

**ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

*AÜEHF'NİN 10. ÖĞRETİM YILINA
ARMAĞAN*

CİLT: V SAYI: 1-4 YIL: 2001

ERZİNCAN – 2001

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

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Fakülteyi bağlamaz.

YAYIN KURULU

Prof.Dr. A. Nezih KÖK
Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN
Yrd.Doç.Dr. Osman CAN
Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN
Yrd.Doç.Dr. M.Tevfik GÜLSOY
Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU
Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN
Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN

EDİTÖR

Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Yrd.Doç.Dr. Sururi AKTAŞ, Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN, Yrd.Doç.Dr. M.Emin BİLGE,
Yrd.Doç.Dr. Hakan BİRSENOĞUL, Yrd.Doç.Dr. Nihat BULUT, Yrd.Doç.Dr. Yusuf
BÜYÜKAY, Yrd.Doç.Dr. Osman CAN, 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. Yavuz KAPLAN, Yrd.Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI,
Yrd.Doç.Dr. Mahmut KOCA, Yrd.Doç.Dr. M.Tevfik GÜLSOY, Yrd.Doç.Dr. Tekin
MEMİŞ, Yrd.Doç.Dr. Şafak NARBAY, Yrd.Doç.Dr. Murat NİŞANCI, Yrd.Doç.Dr. Yücel
OĞURLU, Yrd.Doç.Dr. Yasin POYRAZ, 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.
Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. G.Kürşat YERLİKAYA, Yrd.Doç.Dr. M.Fadıl YILDIRIM,
Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ, Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ, Arş.Gör.Dr. Metin UÇAR,
Arş.Gör. Alparslan AKARTEPE, Arş.Gör. Murat AKDENİZ, Arş.Gör. Abdulkadir AKIL,
Arş.Gör. Tayfun AKTAŞ, Arş.Gör. Abdulkadir Cenap ATMACA, Arş.Gör. Oğuz
CANER, Arş.Gör. Ayhan DÖNER, Arş.Gör. İsa DÖNER, Arş.Gör. Murat ERDEM,
Arş.Gör. Abdullah EREN, Arş.Gör. Veli KARAGÖZ, Arş.Gör. Cumhuriyet RÜZGARESEN,
Arş.Gör. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Arş.Gör. Yusuf YAŞAR, Arş.Gör. Sebahattin YÜREKLİ

Kamu Hukuku

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

- Prof.Dr. A. Nezh KÖK / Yrd.Doç.Dr. Hasan ÇANKAYA**
Hukukun Üstünlüğünün Gerçekleştirilmesinde Adli Tıp'ın Yeri..... 3-10
- Yrd.Doç.Dr. Sururi AKTAŞ**
David Hume'un Anti-Rasyonalist Epistemolojisi Üzerine Dayalı Ahlak ve Adalet Teorisi 11-36
- Yrd.Doç.Dr. Nihat BULUT**
4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi..... 37-64
- Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN**
Tanzimat Dönemini Hazırlayan Temel Etkenler Üzerine Bir İnceleme 65-89
- Yrd.Doç.Dr. B. Caner HACIOĞLU**
Adalet Reformu İçinde Hukukçuların Yetiştirilmesinde Klinik Eğitim Zorunluluğu ve Klinik Eğitim Anlayışı..... 91-94
- Yrd.Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI**
İslâm-Osmanlı Hukukunda Devlet Başkanının Görevinin Sona Ermesi..... 95-120
- Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU**
An Essay on Main Provisions of The Constitution of Republic of Kazakhstan on Organization of State and Administration 121-128
- Yrd.Doç.Dr. Emin RUHİ**
Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması 129-150
- Yrd.Doç.Dr. Emin RUHİ**
Türkiye'de Ekonomik ve Sosyal Konsey 151-174
- Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**
Mecelle'de Hizmet Akdinin Fesih Dışındaki Sona Erme Halleri 175-190
- Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN**
3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme 191-243

Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ

Anayasa Mahkemesi'nin İmar Kanunu'nun 42. Maddesinin 5.
Fıkrasını İptal Eden Kararı Üzerine Bir Değerlendirme..... 245-257

Arş.Gör. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına
Dair Düşünce Hareketleri 259-294

ÖZEL HUKUK

Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin
Hakları ile Bağlantılı Haklar..... 297-329

Yrd.Doç.Dr. M. Emin BİLGE

Hatır İçin Taşınanın Uğradığı Zararların Trafik Sigortası
Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu ve Yargıtay Uygulaması..... 331-347

Yrd.Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY

Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia 349-359

Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN

İlâm Niteliğinde Sayılan Noter Senetlerine Dayanarak Yapılan
İlâmlı İcra Takibinde Takibin İcra Tetkik Merciiince Geri
Bırakılmasının İstenmesi 361-368

Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN

Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası 369-420

Yrd.Doç.Dr. Yavuz KAPLAN

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve
Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi 421-430

Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ

Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi..... 431-444

Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ

İki Uluslararası Sempozyum ve Bir Özet 445-454

Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ

743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile 4721 Sayılı Türk Medeni
Kanunu'nda Yer Alan Evlât Edinmenin Şeklî Şartlarının
Mukayeseli Olarak İncelenmesi 455-465

Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN
İkramiye Ödenmemesinin İş Şartı Haline Gelmesi ve İşçi
Aleyhine Sonuç Doğuran İşyeri Uygulamaları 467-484

Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN / Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ
Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na
Eleştirel Bir Yaklaşım 485-512

Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR
İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve
Hukuki Sonuçları..... 513-555

Yrd.Doç.Dr. Şükrü YILDIZ
Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye
Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması..... 557-575

EKONOMİ-MALİYE

Yrd.Doç.Dr. Murat NİŞANCI
Liberal Demokrasi ile Popülist Demokrasi Arasındaki
Gerginliğin Ekonomik Nedenleri 579-597

Yrd.Doç.Dr. G. Kürşat YERLİKAYA
Kasa Tazminatı ve Türk Vergi Sistemindeki Seyri 599-619

MAHKEME KARARLARI

Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Yusuf Çelebi c.
Turquie" Kararı ve Kısa Bir Değerlendirme 623-632

Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN
Bir Federal Mahkeme Kararı ve Kısaca Değerlendirilmesi..... 633-636

Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ
Alman Federal Mahkeme Kararı (I ZR 232/98) ve
Değerlendirilmesi 637-648

Yrd.Doç.Dr. Yasin POYRAZ
Sarı - Türkiye ve Danimarka Davası 649-664

Yrd.Doç.Dr. M. Fadıl YILDIRIM
İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bir Kararı (BGE 125 III 263
ff) ve Değerlendirilmesi..... 665-673

ÇEVİRİLER

Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN

Avrupa Birliği Konseyinin Aciz Prosedürü Hakkındaki 29
Mayıs 2000 Tarih ve 2000/1346 Sayılı Tüzüğü 677-704

Prof.Dr. Maximilian HERBERGER (Çev.: Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ)

Elektronik Bilgi İşlemlerle (EDV) İlişkide İhtiyatlı
Hukukçular İçin On Emir 705-712

Çev.: Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Yerel Makamların
Faaliyetlerinin Denetlenmesi Hakkındaki R. (98) 12 Sayılı,
(Eylül 1998 Tarihli) Tavsiye Kararı 713-718

Prof.Dr. Ute SACKSOFSKY (Çev.: Yrd.Doç.Dr. Osman CAN)

Feminist Hukuk Bilimi Nedir? 719-734

Hans Josef WIELING (Çev.: Yrd.Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY)

Roma Vasiyet Hukukunda Falsa Demonstratio 735-747

CONTENT

PUBLIC LAW

- Prof.Dr. A. Nezih KÖK / Assist. Prof. Dr. Hasan ÇANKAYA**
The Role of Forensic Medicine in the Realisation of Supremacy of Law..3-10
- Assist. Prof. Dr. Sururi AKTAŞ**
Moral and Justice Theory Based on David Hume's Anti-Rationalist Epistemology 11-36
- Assist. Prof. Dr. Nihat BULUT**
Evaluation of the Regime of Limitation of Rights and Freedoms in Terms of Individual-State Relations within the Framework of the Constitutional Amendment Made by Law No. 4709..... 37-64
- Assist. Prof. Dr. İbrahim DURHAN**
An Investigation on the Basic Factors Preparing the Tanzimat Period 65-89
- Assist. Prof. Dr. B. Caner HACIOGLU**
Clinical Education Obligation and Clinical Education Approach in the Training of Lawyers in the Justice Reform 91-94
- Assist. Prof. Dr. Osman KAŞIKÇI**
Termination of Head of State in Islamic-Ottoman Law 95-120
- Assist. Prof. Dr. Yücel OĞURLU**
An Essay on Main Provisions of The Constitution of Republic of Kazakhstan on Organization of State and Administration121-128
- Assist. Prof. Dr. Emin RUHİ**
Suspension of Enforcement in the Turkish Constitutional Judiciary.... 129-150
- Assist. Prof. Emin RUHİ**
Economic and Social Council in Turkey..... 151-174
- Assist. Prof. Dr. Murat ŞEN**
Termination of Service Contract in Mecelle Except for Termination... 175-190
- Assist. Prof. Dr. Hikmet TÜLEN**
A General Evaluation of the Constitutional Amendments Made by Law No. 4709 of 3.10.2001 191-243

Assist. Prof. Dr. Mustafa YILMAZ

An Evaluation of the Constitutional Court's Decision Annuled Paragraph 5 of Article 42 of the Zoning Law..... 245-257

Res. Assist. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Movements of Thought on the Basis of Criminal Responsibility and the Purpose of Punishment..... 259-294

PRIVATE LAW

Assist. Prof. Dr. Cem BAYGIN

Rights Related to the Rights of the Author According to the Law on Intellectual and Artistic Works..... 297-329

Assist. Prof. Dr. M. Emin BİLGE

The Problem of Whether the Damages Suffered by the Carriage are Covered by Traffic Insurance and the Application of the Supreme Court..... 331-347

Assist. Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY

Error in Materia and Error in Substantia in Roman Law..... 349-359

Assist. Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

Demanding that the Proceedings be Delayed by the Enforcement Investigation Authority in the Proceedings of Enforcement with a Judgment Based on Notary Bills Considered as Writs361-368

Assist. Prof. Dr. Murat DOĞAN

Case for the Prevention of Violation of Personal Rights.....369-420

Assist. Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Evaluation of Finality and Binding Criteria in terms of Enforcement of Foreign Arbitrator's Decisions421-430

Assist. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Sending E-Mails to the Masses from a Legal Perspective.....431-444

Assist. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Two International Symposiums and a Summary.....445-454

Assist. Prof. Dr. Ahmet Cemal RUHİ

A Comparative Analysis of the Formal Conditions of Adoption in the Turkish Civil Code No. 743 and the Turkish Civil Code No. 4721..... 455-465

Assist. Prof. Dr. Murat ŞEN

Non-Payment of Bonuses Becoming a Business Condition and Workplace Practices that have Consequences Against Employees467-484

Assist. Prof. Dr. Murat ŞEN / Assist. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

A Critical Approach to the Private Pension Savings and Investment System Law485-512

Assist. Prof. Dr. Ayhan UÇAR

The Concept of Delivery in the Exception Agreement, the Procedure and Legal Consequences of Delivery513-555

Assist. Prof. Dr. Şükrü YILDIZ

Privatization Practices in Turkey and Protection of Competition as One of the Principles Dominating Privatization557-575

ECONOMY-FINANCE

Assist. Prof. Dr. Murat NİŞANCI

Economic Causes of Tension Between Liberal Democracy and Populist Democracy579-597

Assist. Prof. Dr. G. Kürşat YERLİKAYA

Cash Compensation and Its Course in the Turkish Tax System599-619

COURT CASES

Assist. Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Yusuf Çelebi c. Turquie” Decision of the European Court of Human Rights and a Brief Evaluation.....623-632

Assist. Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

A Federal Court Decision and Its Brief Evaluation633-636

Assist. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Evaluation of the German Federal Court Decision (ZR 232/98)637-648

Assist. Prof. Dr. Yasin POYRAZ

Sarı v. Turkey and Denmark Case649-664

Assist. Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

A Decision of the Swiss Federal Court (BGE 125 111 263 ff) and Evaluation.....665-673

TRANSLATION

Trans.: Assist. Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

Regulation of the Council of the European Union dated 29 May 2000 and numbered 2000/1346 on Insolvency Procedure677-704

Prof.Dr. Maximilian HERBERGER (Trans.: Assist. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ)

Ten Commandments for Prudent Lawyers in Dealing with Electronic Data Processing (EDV)705-712

Trans.: Assist. Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Recommendation R. (98) 12 (Dated September 1998) of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Supervision of the Activities of Local Authorities713-718

Prof.Dr. Ute SACKSOFSKY (Trans.: Assist. Prof. Dr. Osman CAN)

What is Feminist Legal Science?.....719-734

Hans Josef WIELING (Trans.: Assist. Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY)

Falsa Demonstratio in Roman Probate Law735-747

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNDE ADLİ TIP'IN YERİ*

*Prof.Dr. A. Nezih KÖK***

*Yrd.Doç.Dr. Hasan ÇANKAYA****

Birey, bir yandan doğadaki yaşamında bedensel organik acılara maruz kalırken, diğer yandan içinde bulunduğu toplumda sosyal hayatın gerektirdiği bir çok ikili ya da çok taraflı ilişkiler içerisinde yer almak zorunda kalmıştır. Gerek bedensel rahatsızlıklar ve gerekse olumsuz sosyal ilişkiler bireyin denge halini bozarak ona huzursuzluk vermiştir. Bozulan dengenin yeniden kurulmasını birey, öncelikle kendisi sağlamaya çalışmıştır. Bedeninde çoğunlukla ağrı olarak hissettiği bozuklukları kendisine ağrıyı azaltacak yeni pozisyon vererek, doğadan elde ettiği bazı bitkileri ilaç olarak kullanarak deneme yanılma metodu ile gidermeye çalışırken, sosyal ilişkilerinde ortaya çıkan aleyhine durumları bertaraf edebilmek için ihkak-ı hak yoluna başvurmayı tercih edebilmiştir. Zaman içerisinde elde edilen bireysel tıbbi bilgilerin deney ve gözlem yöntemi ile doğruluklarının ortaya konulması ile sistematik hale getirilmesi Tıp Bilimini ve tıp biliminin uygulayıcısı olarak hekimi doğurmuştur. Diğer yandan “nerede toplum varsa, orada hukuk vardır” sözüne uygun olarak birey-birey, birey-toplum, birey-devlet ilişkilerinin kurulması ve kurulan ilişkilerde ortaya çıkan ihtilafların çözümlenmesi ise hukuk bilimini ve bunun uygulayıcısı olarak yargıyı doğurmuştur.

Tıp ve hukuk bilimlerinin gelişmesi tarihsel süreçte sabit bir ivmede olmadığı gibi dünyamızın coğrafi yerel kesitlerinde de aynı ivmede olmamıştır. Özellikle 15.yüzyıldan itibaren yaşanan Avrupa'daki Rönesans ve Reform hareketleri pozitif bilimlerdeki gelişmelerin ivmesini artırmış, elde edilen bilgilerin teknolojiye uygulanması sonucu dünyamız üzerinde yeni coğrafi yerleşim yerleri keşfedilmiş, bu yerleşim yerlerindeki yeraltı kaynaklarının sağladığı ekono-

* Yıllık Adli Tıp Toplantıları, İstanbul-2001'de tebliğ edilmiştir.

** Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

mik g, üretimdeki artış ve üretilenlerin paylaşımı toplumsal yapıda da yeni yapılanmalara gereksinim olduğunu ortaya koymuştur. Rönesans ve Reform hareketleri kümülatif somut etkilerini 1789 Fransız İhtilalinde kendisini göstermiş, modernleşme ile birlikte siyasal otorite rasyonelleşerek laik ulus devlet modeli benimsenmiş, siyasal fonksiyonlar farklılaşmıştır. Evrensel nitelikte bireye yönelik Negatif Statü Hakları (yaşama hakkı gibi) 1.Kuşak Haklar olarak kabul edilmiştir. Tarihsel süreçte 18. ve 19. yüzyıl Avrupa'sına "Liberalizm" akımı damgasını vurmuştur. İnsanı ve insan aklını ön plana çıkararak her türlü dogmayı reddeden, insan aklının kendisini ve doğayı anlayarak denetleyebileceğini, değişimin kaçınılmaz olduğunu savunan bu görüş, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması gerektiğini belirterek laik devlet anlayışını ön plana çıkarmıştır¹. Bilimsel gelişmelerle birlikte buhar gücünün üretimde kullanılması üretimi artırırken, beraberinde işçi sınıfının ve işçi-işveren arasında yeni ilişkilerin ve huzursuzlukların doğmasına neden olmuştur. Sosyal haklar olarak adlandırılan ve genelde pozitif statü hakları olarak bilinen 2. Kuşak Hakların doğumu da bu sürece rastlamıştır. 20. yüzyılda insanlık, ekonomik ve sosyokültürel mirasını yıkıma götüren iki büyük dünya savaşını yaşamak zorunda kalmıştır.

Ancak; her olumsuzluktan çıkarılacak bir olumluluk vardır görüşü gerçekleşmiş, bir daha savaşın yaşanmaması ve savaşta olumsuz yönde en çok etkilenen bireyin (İnsanın) korunması için gerekli tedbirlerin alınarak uygulanması için gerekli çabalar uluslararası alanda gösterilmiştir. 21.yüzyıla girdiğimiz şu günlerde de bunun gerçekleştirilmesi için yoğun çabalar harcanmaktadır.

Dünyada bu olaylar yaşanırken, ülkemizde, Osmanlı Devletinin son zamanlarında kaçırılan uygarlık treninin en yakın istasyonda yakalanması çabası, genç Türkiye Cumhuriyeti Devletinin 29 Ekim 1923 yılında kurulması ile ivme kazanmıştır. Mustafa Kemal Atatürk 19 Mayıs 1919 tarihinde Samsun'da başlattığı tam bağımsızlık hareketini, çağdaş hukuk ilkelerini her aşamada bizzat uygulayarak "yasaları, özellikle kişiler hukukunda bağımsız olarak hiçbir tarafın müdahalesi olmaksızın uygulayacak kuvvet yargıdır" diyerek hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına verdiği büyük önemi belirtmiştir².

Devletimizin, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu Anayasamızın 2.maddesinde açıkça belirtilirken, Yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeler ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı Anayasamızın 9. ve 138. mad-

¹ Bkz., Mithat SANCAR-Maksut MUMCUOĞLU, **Ankara Hukuk Fakültesi, 1998-1999 Eğitim-Öğretim Yılı Ders Notları.**

² Bkz., **ATATÜRK VE HUKUK**, Yargıtay Yayınları No:27, Ankara 1999,

delerinde yer almıştır. Ayrıca 36. madde ile “Herkesin meşru vasıta ve yollar-
dan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak
iddia ve savunma hakkına sahip olduğu, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi
içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı” da belirtilmektedir.

Yargılama faaliyetlerini Anayasa, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani
kanaatlerine göre yapan hakimlerin her konuda derin bilgi ve tecrübe sahibi
olamayacaklarını öngören yasa koyucu, çözüm olarak özel veya teknik bir bil-
giyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına karar verilir
diyerek bilirkişilik sistemini getirmiş, gerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanu-
nunun 66. ve gerekse Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 275. maddele-
rinde tanımını yapmıştır. İşte Adli Tıp'ın hukukun üstünlüğünün gerçekleştiril-
mesindeki rolü bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Yargıya intikal etmiş ihtilaflar-
da insanın bedensel ya da ruhsal sağlığı ile ilgili özel ve teknik bilgilerin elde
edilmesi, yorumlanması söz konusu ise tıp biliminin verileri Yüce Adaletin
tecellisi için kullanılmaktadır. Bu amaçla da dar anlamda hekimin, geniş anlam-
da sağlık personelinin bilirkişi olarak görüşüne başvurulmaktadır.

Hukuk ve Tıp'ın kesişim kümesini oluşturan Adli Tıp multidisipliner bir
uzmanlık alanı olup amacı, özellikle yukarıda bahsedilen toplumsal olayların
gelişimine paralel olarak hukukun üstünlüğünün kurulmasına yönelik çabaların
-ki özellikle bireye verilen değer- gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktır.

Anayasamızın 17.maddesi “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını ko-
ruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller
dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi
deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan hay-
siyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz...” der. Bu
husus aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve Avrupa İnsan Hak-
ları Sözleşmesinde de yer almaktadır. Anayasamızda yer alan bu ifade, Türk Ceza
Kanunu başta olmak üzere yürürlükte bulunan diğer yasalarımızda daha somut
olarak kendisine yer bulmaktadır. Özellikle, başta Anayasamızın 17.maddesi ol-
mak üzere diğer yasalarımızın lafzı ve ruhundan çıkan yorumla Adli Tıp, başta
ölümle sonuçlanan eylemlerde olmak üzere canlılar arasında gelişen bir çok olay-
da uyumsuzlukların çözümünde Yüce Yargının hizmetindedir. Sanık-mağdur ya
da ilgilinin cezai ve medeni ehliyetini ortadan kaldıran ya da hafifleten psikiyatrik
bozuklukların tespiti, kasten ya da taksirle müessir fiillerde eylemin sonucunun
belirlenmesi, cinsel saldırılarda (ırza geçme- ırza tasaddi) durumun belirlenmesi,
yaş tespitinin yapılması, DNA çalışması ile failerin, babalığın tespiti gibi konular
uygulamada en çok görüş istenen hususlardır.

Özellikle, ceza ehliyetini ortadan kaldıran ya da hafifleten psikiyatrik bozuklukların belirlenmesi ile suç teşkil eden eylem nedeni ile faile ceza verileceği ya da cezanın azaltılacağı düşünüldüğünde (Türk Ceza Kanunu Madde 46,47,54)³ veya Anayasanın 104. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının sıhhi nedenlerle bir Şahsın cezasını affetme yetkisini kullanması halinde verilecek adli raporun hukuki anlamı çok önemlidir. Yine bir otopsi işleminde ölümün orijininin (intihar, cinayet ya da kaza olarak) nitelendirilmesine yarayacak bulguların ya da lme eşlik eden faktörlerin tespit edilmesinin adil yargılama açısından ne kadar önemli olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Sonuç olarak yargılama faaliyeti açısından bu denli önemli olan adli tıp bilirkiŐiliđinin etkin ve güvenilir bir Şekilde yapılabilmesi için bu görev ve yetki dağılıminin nasıl yapıldığına bakmak gerekir.

Ülkemizdeki mevcut uygulamalara baktığımızda adli hekimlik hizmetlerinin  koldan yürütüldüğü görülmektedir.

1) Sağlık Bakanlığı Bünyesinde Yürütülen Adli Hekimlik Hizmeti:

Ülkemizde sağlık hizmetleri 1961 yılında çıkarılan 224 sayılı kanunla sosyalleŐtirilmiŐtir. Bu kanunun 10.maddesi ile sağlık ocağı hekimlerinin kendi ocak bölgelerinde adli tabiplik vazifesi göreceği belirtilmiştir. Ancak uygulamada sevk zincirine genellikle uyulmadığı için adli hekimlik hizmetleri bakanlığa bağlı devlet hastanelerince özellikle acil servisler kanalıyla da yerine getirilmektedir.

Sağlık Bakanlığı bünyesinde bulunan Yüksek Sağlık Şurası 1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer almakta olup sağlık personelinin mesleklerinin ifasından doğan adli meselelerde kusurlarının tespitinde bilirkişilik yapmakla yükümlüdür.

2) Adalet Bakanlığı Bünyesinde Yürütülen Adli Hekimlik Hizmeti:

1982 yılında çıkarılan 2659 sayılı yasa ile adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur. Adli Tıp Kurumu, merkez teşkilatı yanında taŐrada "grup başkanlığı" ve "Şube müdürlüğü" teşkilatı, mahkemeler ile hakimler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü kılınmıŐtır⁴.

3) niversiteler Bünyesinde Yürütülen Adli Hekimlik Hizmeti:

³ Bkz., Faruk EREM, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)**, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s.345vd.

⁴ Bkz., Adli Tıp Kurumu Kanunu ve Uygulama Yönetmeliği.

Üniversitelerin tıp fakülteleri bünyesinde mevcut “Adli Tıp Anabilim Dalları” ile üniversitelerde bulunan “Adli Tıp Enstitüleri” de kendilerinden istenilen adli tıp ile ilgili konularda görüş bildirmekte ve ayrıca bu sahadaki uzmanların eğitim-öğretimlerini sağlamaktadır.

Adli Hekimlik hizmetlerinin üç başlı olarak yerine getirilmesi maalesef uygulamada sorunlara neden olmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi “Adli Tıp” multidisipliner bir uzmanlık alanıdır. Bu nedenle Adli Tıp uygulamalarını adli tıp uzmanı hekimler yapmalıdır. Ancak; ne yazık ki ülkemizde adli tıp uzmanı hekim sayısının 200 (iki yüz) civarında olduğu düşünüldüğünde bu gerçeğin sadece dilek aşamasında kalması normaldir. Bu sebeple, adli hekimlik hizmetlerinin yerine getirilmesi görev ve yetkisini, yasa koyucu, sağlık ocağı hekimlerine de 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun ile verilmiştir. Ancak bu görev ve yetkinin verilmesi ile köklü çözüme ulaşılamamıştır. Bugünkü uygulamada sağlık ocağı hekimi genelde tıp fakültesini yeni bitirmiş, adli tıp konusunda deneyimleri yetersiz bir hekimdir. Tıp fakültelerimizin bir kısmında Adli Tıp Anabilim Dalı bulunmadığından ya adli tıp eğitimi alamamıştır ya da anabilim dalı varsa bile uygulama ile ilgili eksiklikleri vardır. Bilgi ve deneyim eksik olunca verilen adli raporların bilimsel güvenilirlikleri de olmamaktadır. Uygulamada da hiçbir mahkeme sağlık ocağı hekimlerinden verilen adli raporlarla yetinmemektedir. Bu nedenle, ikinci kez bilirkişiye başvurularak adli raporların alınması işlemi, zaman harcanmasına ve ek masrafa neden olmaktadır. Bu da yargılamanın ucuz ve çabuk olma ilkesini zaafa uğratmaktadır. Yargıtay’ın çeşitli kararlarında uzman olmayan hekimlerce verilen adli raporların ilgili uzman hekimlerden alınması gerektiği belirtilirken adli tıp konusunda yeterli ve gerekli bilgi ve deneyimi bulunmayan sağlık ocağı hekimlerine telafisi mümkün olmayan ölü muayenesi ve otopsi işlemi yaptırılması çok büyük ve önemli bir çelişki olsa gerektir. Adliye intikal etmiş ölüm vakalarında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 79-83. maddelerinin yerine getirilmesinde ölü muayenesi ve otopsi işlemlerinin yeterli ve gerekli bilimsel nitelikte yapılamaması gerek usul hukuku yönünden gerekse maddi hukuk yönünden giderilmesi mümkün olmayan hatalara yol açmaktadır. Bu durum bazen ölü muayenesi ve otopsi işlemine katılan savcı ya da hekimin görevi ihmal nedeni ile soruşturma geçirmesine neden olurken bazen de uluslararası arenada, insan haklarının ihlali iddiası ile açılan davalarda Devletimizin tazminat ödemesine neden olmaktadır.

Adli hekimlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulan Adli Tıp Kurumunca yerine getirilmesi de olumlu yanları yanında çeşitli olumsuzlukları da gündeme getirilmiştir. Adli Tıp Kurumunun teşkilatlanmasına bakıla-

cak olduğunda; adli tıp Şube müdürlüklerinin ağır ceza mahkemelerinin bulunduğu yerlerde kurulacağı yönetmelikle belirtilmekle birlikte uygulamada her il merkezinde bile ‘‘Adli Tıp Şube Müdürlüğü’’nün kurulması sağlanamamıştır. Yukarıda belirtildiği gibi 200 kadar adli tıp uzmanı ile bunun yapılması mümkün değildir. Ayrıca adli tıp Şube müdürlükleri ve adli tıp grup başkanlıklarının kurulması aşamasında üniversitelerle gerekli işbirliği yasal çerçevede tam sağlanamadığından Adli Tıp Kurumu’na bağlı bu birimler kuruldukları yerlerdeki Adli Tıp Anabilim Dallarının özellikle  l  muayenesi ve otopsi işlemleri yapmasına, resmi bilirkiŐilikleri sıfatına engel olarak, atıl durumda kalmalarına neden olmaktadır.

Teşkilatlanmasına ve uygulamaya bakılacak olduğunda Adli Tıp Kurumu kendisine Adli Tıp Yargıtayı gibi bir görüntü izmektedir⁵. Hatta bazı konularda birlikteliği sağlamak için Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunda tıbbi içtihat kararı alınmıştır. Ancak bu içtihat kararının bile yargıyı bağlayıcı niteliğinin bulunmadığı Yargıtay tarafından belirtilmiştir. Nitekim, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 4.2.1985 tarih ve 1993/34 sayılı kararında ‘‘Hakimlerin teknik sahada uzman olmalarına imkan yoktur, hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir. Bu nedenle, hakim diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç oldukları bu teknik ve bilimsel bilgilerin uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki istiaŐari yardım neticesi itibarı ile hakimi aydınlatmaktadır. Bilirkişi düşüncesi delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Bu istiaŐari niteliği itibarı ile hüküm veren hakimleri bağlamaz. Şüphe ve tereddüt halinde hakim, aynı bilirkiŐiyi ya da belirleyeceği başka bir bilirkiŐiyi görevlendirerek düşüncesine başvurabilir’’ denilmektedir⁶.

Bu bağlamda, bilirkiŐiliĐin özellikle ceza yargılamasındaki önemli yeri yadsınamaz. Ancak; bilirkişiye hangi konularda ve ne zaman danıŐılacaĐının iyi tespit edilmesi gerekir. Aksi taktirde yargılama faaliyetinde yargıç, yetkisini tam olarak kullanamamıŐ duruma düşebilir. Ceza uygulamasında’’son merci’’ sayılmakta ise de Adli Tıp mütalaası dahi mahkemeyi bağlayıcı değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konunun uzmanının katılmadığı Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu raporuna dayanılarak hüküm kurulmasını yasaya aykırı bulunmuŐtur⁷.

⁵ Bkz.,  zdemir KOLUSAYIN, 7. Ulusal Adli Tıp Günleri Kitabı (1-5 Kasım 1993), 1994.

⁶ Bkz., Faruk EREM, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Őerh)**, Dayınlarla Hukuk Yayınları, Ankara 1996.

⁷ Bkz., EREM, **CMUK (Őerh)**.

Adli Tıp Kurumundan verilen raporlar da dahil olmak üzere bilirkişi raporunun mahkemeyi ve hakimi bağlamayacağı Yargıtay kararları ile de sabitken, uygulamada Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dallarından verilen raporların bile, son karar mercii Adli Tıp Kurumudur denilerek Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi, Adli Tıp Kurumunun iş yükünü gereksiz yere arttırarak Adli Tıp Kurumunu yargıyı aksatan kurum konumuna düşürmektedir. Ayrıca; otopsi işlemi sonucu ölümün kesin sebebini ya da ölüme eşlik eden faktörleri tespit etmek için alınan organ ve doku numunelerinin olumsuz şartlarda Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ile ya alınan numunelerin bozulmasına neden olunmakta ya da incelemelerin sonucuna kadar yargılama faaliyetinin yavaşlamasına neden olmaktadır.

Herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmayacağı'nın Anayasamızın 36.maddesi ile güvence altına alındığı yukarıda belirtmiştik. Yaşama hakkının ya da bedensel ve ruhsal vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hakkının ihlali durumunda iç hukukta hakkını arayan herkes için ve hukukun üstünlüğünün ortaya konmasında yararı olan Devlet için adli tıp raporlarının önemi büyüktür. Adli tıp raporları, bireyin uluslararası insan haklarında süje olarak kabul edilmesi ile birlikte uluslararası hukukta da son derece önemi haiz bir duruma gelmiştir. 1215 yılında Magna Carta'da bahsi olan insan hakları 1950 yılında Roma'da imzalanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ile dünyanın yükselen değeri haline gelmiş ülkemiz de 1954 yılında bu sözleşmeyi imzalamıştır. Türkiye, 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını, 1989 yılında da Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargılama yetkisini kabul etmiştir. Gerekli koşulların yerine getirilmesinden sonra özellikle dikey ilişkide devlete karşı açılan davalarda Türkiye, 2.5 milyon dolar tazminat ödemek zorunda kalmıştır⁸. Ülkemiz aleyhine açılan davalar arasında yaşama hakkının ihlali, işkence ve kötü muamele iddiaları bulunduğu düşünülecek olursa konunun Adli Tıp yönünden önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Ülkemizde yargılama faaliyetine bilirkişilik kurumu ile katılarak hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesine katkıda bulunan Adli Tıp Bilim Dalının bu işlevini daha iyi yerine getirebilmesi için neler yapılabilir sorusu üzerinde de fikirlerimizi bir paragraf halinde de olsa ortaya koymanın yararlı olacağı kanısındayız.

⁸ Bkz., Bahtiyar AKYILMAZ, "İnsan Haklarının Gelişim Süreci", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl 5, Sy.56, Temmuz 2000, s.5.

Her Şeyden önce ülkemizde yargılamanın yavaşlamasına ve yargılamanın masraflı olmasına neden olan üç başlı adli hekimlik hizmetlerinden vazgeçmek gerekir. Adli Bilimler Akademisi altında kurulacak idari ve ekonomik açıdan özerk bir kurumla ilgili yasal düzenlemelere gidilerek bilirkiŐiliĐin resmileŐtilmesinden ziyade kurumsallaşması sağlanmalıdır. Adli Tıp, bu akademi içerisinde bir bölüm olarak yerini almalı, ülke çapında, mahkemelerin iş yüküne ve niteliğine bağlı olarak üniversitelerle işbirliği içinde, özellikle tıp fakültelerinin olanakları da kullanılarak bölgesel merkez konumdaki bazı il merkezlerinde yeterli uzman ve yardımcı personelle, yeterli teknik donanıma sahip aĐdaŐ binalarda hizmet vermelidir. Böylece, olanakları kısıtlı ile ve illerde özellikle l muayenesi ve otopsi işleminin adli tıp konusunda deneyimsiz hekimlerce yapılması, nitelikli raporların işin uzmanı olmayan kişilerce verilmesi önlenmiş olacaktır. Bu da, adli raporlarda birlikteliği sağlayarak günümüzde uygulamada sık görülen çeliŐkili raporların verilmesini önlemek suretiyle güven duygusunun gelişmesine yardımcı olacaktır. Ayrıca, her iddia sahibinin, uzman bilirkiŐilerin teknik bilgilerinden yararlanılması sağlanarak adil ve eşit yargılama ile hukukun stnlĞine katkı sağlanmış olunacaktır.

DAVID HUME'UN ANTI-RASYONALİST EPISTEMOLOJİSİ ÜZERİNE DAYALI AHLAK VE ADALET TEORİSİ

*Yrd.Doç.Dr. Sururi Aktaş**

1- Genel Olarak

İngiliz ampirist filozofu David Hume (1711-1776), XVIII. yüzyıl aydınlanma filozoflarından. Ancak tek bir aydınlanma (enlightenment-aufklärung) düşüncesinden söz etmek doğru değildir. Voltaire'den Condorcet'e uzanan bir çizgi Fransız aydınlanmasını, Hume ve Adam Smith'ten Edmund Burke'e kadar olan bir çizgiyi de İngiliz aydınlanması temsil eder¹. Bu iki aydınlanma hareketi, Avrupa aydınlanma düşüncesinin temel karakteristiğini oluşturur. Diğer bir söyleyişle, XVIII. aydınlanma felsefesi, genelde İngiliz ve Fransız tipi aydınlanmanın etkisindedir. Aydınlanma felsefesinden, tek tip bir aydınlanma düşüncesini çıkarmak, Almanya'da olduğu kadar hiçbir ülkede yaygın değildir. Bunun nedeni ise, İngiliz aydınlanmasının Fransa yoluyla Almanya'ya aktarılmış olmasındandır. Bu durum, anti-rasyonalist İngiliz aydınlanmasının Fransız rasyonalizmi altında sunulması sonucunu doğurmuştur. Fransa'da aydınlanma, "kurucu entellektüelizm" veya "kurucu rasyonalizm" temelinde gelişmiştir. Aydınlanmaya ilişkin bu dikotominin pratik sonucu, her iki ülkede farklı siyaset yapılanmalarına yol açmıştır. İngiltere'nin aksine Fransa'da daha güçlü ve merkezi bir devlet ve yönetim biçimi kendini göstermiştir². Daha sonra göreceğimiz gibi Hume'un anti-rasyonalist metodolojisi, Fransız tipi rasyonalist liberalizm yerine, evrimci liberal felsefeye dayanan hukuk ve adalet teorisini beslemiştir. Önceleri daha çok bilgi kuramıyla (epistemoloji) tanınan Hume, özellikle F.A. Hayek'in çalışmalarıyla XX. yüzyılda daha etraflıca

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

1 Bkz. Hayek, Friedrich August von, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, The University of Chicago Press 1967, s. 106

2 Hayek, *Studies*, s. 107

tanınmaya başlanmıştır³.

2- Entellektüel Kimliği

Hume, Edinburgh'lydu ve orada hukuk öğrenimi görmüştür. En önemli eserleri arasında şunları sayabiliriz: *A Treatise of Human Nature* (İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme-1739-1940), *Essay Concerning The Human Understanding* (İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma-1748), *Enquiry Concerning The Principles of Morals* (Ahlak İlkeleri Üzerine Bir İnceleme-1751), *History of England* (İngiltere Tarihi), *Tutkular Üzerine Bir Deneme* (1751), *Dinin Doğal Tarihi* (1755), *Ahlaksal, Politik ve Yazınsal Denemeler* (1741), *Doğal Din Üzerine Diyaloglar* (1779)⁴.

Hume henüz otuz yaşına varmadan *A Treatise of Human Nature* eseri yayımlandı. Ancak bu eser fazla ilgi görmedi. Hume'un deyimiyle "eser baskı makinasından ölü doğdu". Doğuştan neşeli ve soğuk kanlı olduğu için bu darbenin etkisinden kolay sıyrıldığı söyler⁵. Hume'un bu eserine hiçbir eleştirme, felsefeci ve okuyucu aldırış etmez. Bu onu hayal kırıklığına uğratar. Ancak bu halay kırıklığı onun meçhul kalması sonucunu doğurmaz. Aksine bütün bunlara tüm gücüyle karşı koymaya hazırlanmaktadır. Hume bu konudaki kendi özgüvenini şöyle dile getirir: "Prensiplerim, orta malı görüşlerden o kadar uzaktır ki, eğer benimsenecek olurlarsa, felsefede en temelli bir değişme meydana getirirlerdi; ancak bilirsiniz ki bu neviden devrimler, kolay olmazlar"⁶. Levy-Bruhl'e göre Hume'un bu eserdeki (görünüşteki) başarısızlığı, herkesin anlayamadığı derin, soyut ve anlaşılması güç bir felsefi yazın sunmasından kaynaklanmıştır. Oysa, Bruhl'e göre bir felsefenin tanıtılması için, o felsefenin kolay, akıcı ve anlaşılır olmasında hiçbir sakınca yoktu⁷. Hume, *Denemeler*'de (Essays) Bruhl'un önerdiği bu üslubu yakaladı ve halkın edebi ve siyasi rağbetini kazandı. Ancak Hume popülizm adına hiçbir zaman kendi doktrininin ana temalarını kaybetmedi⁸. Yine de Hume, kendisinin bugün evrensel olarak anımsanmasına neden olan A

³ Bkz. Yayla, Atilla, *Liberalizm*, 2. bası, Liberte yayını, Ankara 1998, s. 49

⁴ Sahakian, William S., *Felsefe Tarihi* (çev. Aziz Yardımlı), İdea yayını, İstanbul 1997, s. 150.

⁵ Russell, Bertrand, *Batı Felsefesi Tarihi II (Ortaçağ)* (çev. Muammer Sencer), 7. bası, Say yayını, İstanbul, s. 435.

⁶ Hume, David, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma* (çev. Selim Evrim), MEB yayını, İstanbul 1986, Levy-Bruhl'un önsözü, s. III-IV.

⁷ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*'ya Levy-Bruhl'un önsözü, s. IV

⁸ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*'ya Levy- Bruhl'un önsözü, s. V

Treatise of Human Nature eserini kendisine büyük hayal kırıklığı yarattığı için affedememişti. Bu eserle felsefenin en yüksek alanları için yenilik getirmeye çalışan Hume, bu görevi daha erken bir yaşta üstlendiğinden dolayı hata yapmış olduğunu itiraf eder⁹.

Hume'un entelektüel kimliğini çok iyi betimleyen başka bir eseri ise, *İngiltere Tarihi*'dir (History of England). Hume'un ölümünden sonra yayımlanan bu eser *Tory*'lerle (muhafazakar ingilizler) *Whig*'lerin genel karakteristiklerinin ortaya konulması açısından anılmaya değer¹⁰. Hume'un bu eseri onun bir *Whig*'den daha ziyade bir *Tory* olarak algılanması sonucu doğurmuştur. Biraz daha yakından incelendiğinde bu düşüncenin yanlış olduğu ortaya çıkar. Hume *İngiltere Tarihi*'nde, dinsel alanda katolik *Tory*'lere karşı *Whig*'lerin takındığı hoşgörüsüzlükleri ve haksız suçlamalarını eleştirmiştir. Ancak Hume kendi pozisyonunu şöyle açıklamaktadır: "Benim eşyaya ilişkin görüşlerim *Whig* ilkelerine daha çok uyduğu halde, kişilere ilişkin düşüncelerim *Tory*'lerin önyargılarına uygundur. Thomas Carlyle ise Hume'u *Whig*'lerin atası olarak nitelendirir. Hayek, "Macaulay'ın *Tarih* adlı eseri *Whig* liberalizmini nasıl XIX. yüzyılda yaydı ise, Hume'un *İngiltere Tarihi* de bu felsefeyi XVIII. yüzyılda Avrupa'ya öyle yaydı" demektedir¹¹.

Hume'un *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma* eseri *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme* eserinden uzun süre daha çok yankı buldu. Sözkonusu birinci eserin, Kant'ı dogmatik uykusundan uyandırdığı söylenir¹². Hume temelde bilgi teorisiyle tanınır. Almanya'da ise, Kant'ın çözmeye çalıştığı problemi formüle eden filozof olarak bilinir. Ancak onun asıl görevi insan doğasının genel bilgisini araştırmaktı. Bu, ahlak ve politika için olduğu kadar bilginin kaynağı için de önemlidir. Bu alanlarda olduğu kadar epistemolojide de Kant'ı dogmatik uykusundan etmiştir. Bundan dolayı Hume, Kant ve diğer Alman liberalleri Schiller ve Humboldt tarafından daha sonraki kuşaklardan daha iyi tanınır. Fakat Rousseau'nun etkisiyle Hume felsefesi Fransız düşüncesi (kurucu rasyonalizm) tarafından bastırılmıştır. Dolayısıyla Hume, Kıta Avrupası tarafından doğru bir biçimde değerlendirilememiştir¹³. Hume'un hukuk ve siyaset felsefesi hem Kıta Avrupası ve hem de İngiltere'de ihmal edilmiştir. İngiltere'de sistematik hukuk felsefesi Jeremy Bentham ve John

⁹ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma* ya Levy-Bruhl'un önsözü, s. VI

¹⁰ Russell, s. 436

¹¹ Hayek, *Studies*, s. 110

¹² Russell, s. 436

¹³ Hayek, *Studies*, s. 108

Austin'le başlar. Ancak ikisi de Kıta Avrupasının rasyonalist geleneğinden etkilenmişlerdir. Hume'un ortaya koyduğu hukuk ve siyaset felsefesi daha sonra liberalizm olarak tanınmıştır¹⁴.

3- Epistemolojisi (Bilgi Kuramı)

Hume, İngiliz ampiristleri olan John Locke ve George Berkeley'in epistemoloji alanındaki metodolojilerini sürdüren ve geliştiren bir düşüncüdür¹⁵. Locke, doğuştan verili bilginin olmadığını, bilgilerin duyumlara dayandığını ileri sürüyordu¹⁶. Maddenin varlığını yadsıyan Berkeley ise, algılayanlar olarak Tanrı ve insan dışında evrendeki her şeyin algılamalardan oluştuğunu söylüyordu. Başka bir deyişle Berkeley açısından algılamalardan bağımsız bir varlık yoktur. İngiliz ampirizminin bu düşüncelerine derinlik kazandıran Hume felsefesi, Newton fiziğinin modelinden de etkilenmiştir¹⁷. Hume, deneyin bize sunduğunun dışında ya da deneysel teste tabi tutulamayan varsayımlardan uzak durmayı yeğlerdi. Bu bakımdan Newton'un metodu onun için önemliydi. Hume, açısından Newton'un bilimi sağladı. Çünkü, bu bilim ilk prensiplere ve özlere ulaşmaya çalışmıyordu. Yalnızca, doğrudan veya dolayısıyla doğrulanabilene yöneliyordu¹⁸. Hume, Newton'un bu epistemolojisi üzerine insan doğasının bilimini inşa etmeye çalışıyordu. Newton'un metodu bu bilimin pozitif sınırlarını çizmek için yeterliydi. Hume da insan doğasının biliminin pozitif sınırlarını çizmekle işe başlamak ister. Çünkü insan doğasının deneyi aşan niteliklerine ulaşmaya çalışmak Hume açısından fazlaca iddiacıdır ve böyle bir anlayış ortadan kaldırılmalıdır¹⁹. Böylece o, insan doğasının bilimini deneye özgüleyerek olayları inceleyecek ve her türlü metafiziksel yaklaşımı dışlayacaktır. Çünkü metafiziğe başvurmak, Newton'un metodu üzerine kurulmuş insan doğasının bilimini terk etmek demektir²⁰. Hume, eski metafiziksel felsefeye karşı kuşku içindedir. Bu kuşku eleştiricilikle tamamlanır. Filozof, insan zihni ontolojik

¹⁴ Hayek, *Studies*, s. 109

¹⁵ Bkz. Sahakian, s. 150

¹⁶ Daha geniş bilgi için bkz. Russell, s. 373-374; Sahakian, s. 144;

¹⁷ Copleston, Frederick, *Felsefe Tarihi (Kant)*, (çev. Aziz Yardımlı), 2. bası, İdea yayını, İstanbul 1996, s. 214

¹⁸ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*'ya Levy-Bruhl'un önsözü, s. XI; ayrıca bkz. Yayla, s. 50

¹⁹ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*'ya Levy-Bruhl'un önsözü, s. XII

²⁰ Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*'ya Levy-Bruhl'un önsözü, s. XIV

sorunları çözmeye muktedir midir ya da özlere ve ilk nedenlere varmaya çalışan metafizik olanaklı mıdır biçimindeki eleştirisel sorularını, dogmatik olarak cisim yoktur diyen idealistlerle dogmatik olarak ruhsal öz yoktur diyen maddecilere karşı yöneltiyordu. Ona göre, eşyanın özünü araştıran, hurafe ve dil oyunları ile dolu boş bilim yerine eleştiriyi koymamız gerekir. Bunun için, insan zihninin özünü ve melekelerini çok iyi incelemek ve insan zihninin aşkın metafiziksel sorunlara çözüm bulmada yetersiz olduğunu kavramamız gerekir²¹.

Hume, bilginin kaynağının nereden geldiği ile sorunları *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma* (Essay Concerning The Human Understanding) eserinin II. bölümünde tartışmaya başlar. Filozofa göre iki türlü algılama biçimi vardır; bunlar, *düşünceler* ve *izlenimler*'dir. Bu iki tür algılama biçimi arasında şiddet bakımından derece farkları vardır. *Düşünceler* basit ve soluk algılamalardır. *İzlenimler* ise, işitme, görme ve dokunma gibi şiddetli algılamalardır. *Düşünceler* bu *izlenimlere* dayanır. Örneğin, fazla sıcaktan kaynaklanan acı duygusu veya normal bir sıcaklığın verdiği haz ile bu duyguları sonradan bellekte yeniden canlandırmak veya imgelem yoluyla önceden duymak arasında fark vardır. Doğrudan algılamalar olan *izlenimleri*, *düşünceler* temsil etse bile asla onların yerine geçemezler²². Hume'a göre ilk bakışta *düşüncenin* uçsuz bucaksız olduğu görülür, ancak bu aldatıcıdır. *Düşüncemizle*, olgusal gerçekliğin dışına çıkabilir, evrende bulunmayan çeşitli nesnelere imgelem ile betimleyebiliriz; evrende bulunmayan varlık ve olguları tasarlayabiliriz. Ancak bu, *izlenim* algılamalarına dayanmayan varlıkları zihnin yoktan *düşünebileceği* anlamına gelmez. Örneğin, bir *altın dağ* hayal ettiğimiz zaman, önceki *izlenimimiz* olan *altın* ve *dağ* varlıklarından bir terkip yapmış oluruz; *izlenime* dayanmayan *altın dağ* *düşüncesini* yoktan tasarlamış oluruz²³. Daha kapsamlı bir formülasyonla şunu ifade edebiliriz;

“*Düşüncelerimizin* kumaşı tamamıyla dış duylardan yahut iç duygudan alınmıştır; ruhun fonksiyonu bunları sıraya koymak ve birleştirmekten ibarettir, yahut başka deyişle, fikirler *izlenimlerin* kopyalarıdır ve gücünü kaybetmiş her algı, daha şiddetli bir algının zayıflamasıdır”²⁴.

Hume'un yukarıdaki *düşüncelerinin evrenseller-tümeller* sorunuyla ya-

21 Weber, Alfred, *Felsefe Tarihi* (çev. H. Vehbi Eralp), 5. bası, Sosyal yayınları, İstanbul, s. 292-293

22 Hume, *İnsan Zihni*, s. 22-23

23 Hume, *İnsan Zihni*, s. 24-25

24 Weber, s. 294

kın ilgisi vardır. Düşünceler, doğrudan algılamalar olan izlenimlerin yerine asla geçemeyeceğine göre, zihnin soyut genellemelerinin (evrenseller-tümeller) gerçeğin tam kendisini asla yansıtamayacağı ortadadır. Hume'un evrensellerle ilgili yaklaşımları Berkeley'le uyum içindedir. Berkeley'e göre:

”Bütün genel düşünceler, onlara uzanımlı bir anlam kazandıran ve benzer bireyleri sırası düştükçe anımsatan, belli bir terime eklenmiş, tek tek düşüncelerden başka birşey değildir”²⁵.

Berkeley düşüncesine uygun bir biçimde Hume, “soyut düşünceler kendi güçleri bakımından genel olabilirlerse de kendi içlerinde bireyseldirler” demektedir”. Russell’a göre Hume’un bu kavrayışı *nominalizmin* modern bir biçimidir. Ancak Russell’a göre bunun mantıksal ve psikolojik olarak iki eksikliği vardır. Mantıksal olarak nominalistlerin, benzer nesnelere için uygun gördükleri “ortak ad”; örneğin kedi gibi ortak bir ad da Russell açısından “evrensel kedi” kadar gerçek dışıdır. Dolayısıyla evrensellerin gerçekliğine karşı gelen nominalizm de gerçek dışı kalmakta ve nominalistleri, kendi ilkelerinin uygulamaya taşıyamadıklarından çelişkiye düştüklerini söyler Russell²⁶. Diğer yandan Russell, Hume’un “Zihin, dereceleri üzerine kesin bir kavram biçimlemeksizin her hangi bir nicelik ya da nitelik kavramı yaratamayacağı” düşüncesinin doğru olmadığını söyler. Örneğin Russell’a göre bir metre boyunda bir adam gördüğümüzde ve daha sonra bu adamın imgesi bizde belirdiğinde, bu imgenin gördüğümüz adamdan bir iki santim uzun veya kısa olabilir²⁷. Haklı olarak Russell imgelememizin doğrudan algıları tıpa tıp temsil edemeyeceğini ima eder. Dolayısıyla Hume’daki algılamaya biçimi insan psikolojisini dışarıda bırakmaktadır.

Hume *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma* eserinin IV. Bölümünde, zihnin üzerinde çalıştığı konuları ikiye ayırarak inceler. Bunlar, Düşünce İlişkileri (Relations of Ideas) ve Olguya Ait Şeyler (Matters of Fact). Düşünceye ilişkin önermeler, evrendeki olgusal ilişkiyi hesaba katmaksızın bulgulanabilirler. Örneğin, evrende hiçbir üçgen bulunmamış olsa bile, Euklides tarafından kanıtlanmış önermeler kesinliklerinden birşeyler kaybetmezler. Matematiksel önermeler genellikle bu türdür²⁸. Bilgimizi artırmaya dönük olgusal ilişkiler Düşünceye ilişkin önermeler kadar kesinlik arz etmezler. Örneğin,

25 Russell, s. 437

26 Russell, s. 438

27 Russell, s. 438

28 Hume, *İnsan Zihni*, s. 35

güneşin bugüne kadar doğduğuna ilişkin gözlemimiz, güneşin yarın da doğacağını kanıtlayamaz. "Güneş yarın doğmayacaktır" biçimindeki bir önerme "güneş yarın doğacaktır" biçimindeki önermeden daha az kavranır değildir²⁹. Dolayısıyla Hume açısından, gözlemlerimize dayanarak usavurmayla kesin emin olabileceğimiz sonuçlara ulaşamayız.

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı üzere, Hume metodolojik olarak gözlem ve duyuların gücüne dayanmasına karşın, neden ve sonuç arasındaki kozal ilişki bakımından bir determinist veya bir pozitivist olarak algılanamaz³⁰. Bu bağlamda neden-sonuç ilişkisinin *a priori* mi yoksa *a posteriori* mi olduğu tartışması önemlidir. Bu sorun Kant'ta kesin bir sonuca ulaştırılmış ve nedensel ilişkinin *a priori* olduğu; yani insanın zihinsel kategorisinde önceden verili bulunduğu ileri sürülmüştür³¹. Hume açısından ise neden-sonuç ilişkisi *a priori* olarak asla kavranamaz; bu ilişki yalnızca deneyimle elde edilir³². Diğer yandan Hume'un epistemolojisine göre, neden ile sonuç arasında *a priori* zorunlu bir ilişki de söz konusu değildir. Neden ve sonuç birbirinden tamamen farklı olduğu gibi bir arada da bulunmazlar³³. Dolayısıyla Hume'da bilgi ansal deneylerle sınırlıdır. Aynı nedene bağlı iki olayın tekrarlanması bile, neden-sonuç arasındaki bağlantının her zaman zorunlu olacağını göstermez; sadece iki olayın bir tekrarını gösterir³⁴. Hume, matematik, mantık ve dolaysız gözlem dışında her şeyin olası olarak ifade edilmesi gerektiğini düşünür³⁵. Ona göre, "A, B'ye neden olur" biçimindeki bir önermeyle söylemek istediğimiz şey, A ile B'nin sürekli bir arada ortaya

29 Hume, *İnsan Zihni*, s. 36

30 Hume'un ampirizmi ile pozitivist anlayış arasındaki ilişki konusunda bkz. Sunar, İlkay, *Düşün ve Toplum*, 1. Bası, Birey ve Toplum yayınları, Ankara 1986, s. 96

31 Kant'ta zihnin kategorileri bilgi için *a priori* koşul niteliğindedir. Bu koşul olmaksızın nesnelerin düşünölmeleri olanaksızdır. Düşünölmedikleri sürece de nesnelerin bilinmesi olanak dahilinde değildir. (Copleston, s. 72-73)

32 Hume, bu konuya ilişkin olarak şunları söyler: "şunu ileri sürmeye cesaret edeceğim ki ve bu, bence, istisna kabul etmez genel bir önermedir- bu bağlantının bilinmesi, hiçbir halde *a priori* usavurma ve çıkarsamalarla elde edilmiş olmayıp tersine, ancak deneyden gelir". (Hume, *İnsan Zihni*, s. 38). Hume, genellemelerin gerçek dünyayı yansıtamayacağını ve dolayısıyla boş birer yanılgı olduklarını, Kant ise olgusal dünyayı zihnimizdeki kategorilere göre algıladığımızı söyleyerek pozitivistimin kabullenemeyeceği sonuçlara varmışlardır. (Sunar, s. 96)

33 Weber, s. 295

34 Sahakian, s. 151

35 Russell, s. 440

çıktığı ve bunun tersi örneğinin bulunmadığıdır. *A* ile *B* arasında ne kadar ilişki gözlemlese de, gelecekte de aynı ilişkinin zorunlu olacağı yönünde bir usavurma yapamayız; yalnızca *A* ile *B*'nin yine birlikte ortaya çıkacağına dair bir inanca ve beklentiye sahip olabiliriz. Hume açısından bu bir rasyonel bekleyiştir. Ancak beklentimizin tersinin çıkması da olasıdır³⁶. Hume'un bilgi kuramı (epistemolojisi) Karl Popper'in "yanlışlamacı" metodolojisi için bir ön ilke gibidir. Popper da sınırlı sayıdaki gözleme dayanan olgulardan mantıksal olarak kesin sonuç çıkarılmasına karşıdır³⁷. Popper'a göre, kuğuların beyaz olduğuna dair önermemiz ne kadar çok sayıda olursa olsun, bundan "bütün kuğular beyazdır" önermesini zorunlu olarak çıkaramayız. Oysa Popper'a göre "yanlışlamacı" metodu kullanarak beyaz olmayan tek bir kuğu gözlediğimizde, bundan "bazı kuğular beyaz değildir" önermesini çıkarabiliriz³⁸. Anlaşıldığı üzere gerek Hume ve gerekse Popper, klasik tümevarımsal kanıtlamaları kullanarak rasyonalist genellemelere varmayı kabul etmiyorlar. Hume, tümevarımsal süreçlerden kesin sonuç çıkarmanın insan psikolojisiyle ilgisi olduğunu söyler. Ona göre psikolojik benliğimiz öyle şartlanmıştır ki, tümevarımsal usavurma yoluyla gerçeklik mantıksal olarak kanıtlanamadığı halde alışkanlıklarımızla bunu yapmaya çalışırız ve bundan kendimizi kurtaramayız³⁹.

Yukarıdan da anlaşılacağı üzere Hume bir taraftan bilginin kaynağı olarak duyumları göstermekle bir ampirist, ancak öte yandan da nedensel ilişkilerin zorunlu olarak tekraralanacağını kesin olarak usavurmaya çıkaramayacağımızı söylemekle de bir endeterminist olarak görülmektedir. Hume'un bilgi kuramının (epistemolojisinin) bu iki karakteri de anti-rasyonalist bir epistemik çizgiyi deyimlemesi bakımından önemlidir. Bu bakımdan onun metodolojisi, akla yönelik eleştirel bir kuşkuculuğu ortaya koymaktadır. Ancak bu kuşkuculuk Descartes'da olduğu gibi rasyonalizmi aklayan bir doğrultuda değil, tersine rasyonalizmi dışlayan bir çizgidedir. Hume'un çizgisi. "eleştirel akılcılığı" öneren Karl Popper'dan da farklıdır. Popper, aklın sınırlılığının farkında olmamız gerektiğini söyler. Ancak o, işi anti-rasyonalist bir çizgiye vardırılmaz. Popper'ı karşı geldiği, Platon'un "kapsayı-

³⁶ Bkz. Russell, s. 446;

³⁷ Magee, Bryan, *Karl Popper'in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı* (çev. Mete Tunçay) 1. bası, Remzi Kitabevi yayını, İstanbul 1982, s. 21

³⁸ Magee, s. 21

³⁹ Magee, s. 19

cı akılcılığı"dır⁴⁰. Popper bu akılcılık türünü, "sahte akılcılık" olarak da tanımlar⁴¹ ve bu tür kapsayıcı akılcılığın, nasıl falcı felsefelere ve otoriter sistemlere yol açtığını kapsamlı bir biçimde ortaya koymaya çalışır. Hume'un anti-rasyonalist çizgideki metodolojik kimliği moral felsefe ve adalet teorisi için epistemolojik bir temel oluşturmaktadır. Bu epistemolojik temel onu, adalet kavramı ve moral (ahlak) felsefede evrimci anlayışa götürmüştür.

4- Liberal Etiği

a) Moral (Ahlak) Felsefesinin Niteliği

Hume'un moral (ahlak) felsefesi Hutcheson'a yönelmesi bakımından anti-rasyonalist bir karakter arzeder. Bu yöneliş, Hume'un bilgi kuramıyla (epistemoloji) paralellik taşır. Moral değerler alanında aklın yerine duyguyu geçiren Shaftesbury de Hume'un esin kaynağı olmuştur. Hutcheson, moral felsefesinin temelini biçimleyen duyguyu *moral sense* olarak adlandırır. Hume ise moral duyguyu "duygudaşlık" (smypathy) olarak tanımlar⁴². MacIntyre'a göre, Hume'un Hutcheson'dan esinlendiği temel nokta, aklın moral değerler alanında sınırlı olduğu görüşüdür. MacIntyre, bu açıdan Hume'un İskoç geleneği yerine, "ideler yolu"na bağlandığını söyler⁴³. Hutcheson, Shaftesbury'yi izleyerek, erdemlerin duygulanımlardan ibaret olduğunu ve bu duygulanımların derecesinde insanın erdemli olabileceğini söyler. Oysa MacIntyre'a göre Grek felsefesiyle Shaftesbury'yi uzlaştırmaya çalışan Hutcheson, Aristoteles metinlerini yanlış yorumlamış ve Descartes,

⁴⁰ Popper, Karl, *Açık Toplum ve Düşmanları* (çev. Harun Rızatepe), 2. Cilt (Hegel Marx ve Sonrası), 2. bası, İstanbul 1989, s. 202 vd; Popper, akılcılığı (rasyonalizmi), entellektüelizm (düşüncülük) olarak değil de, ampirizmi de içine alacak biçimde kullanır. (Popper, s. 197).

⁴¹ Popper, s. 200

⁴² Akarsu, Bedia, *Ahlak Öğretileri (I. Mutluluk Ahlakı, II. Kant'ın Ahlak Felsefesi)* 3. bası, Remzi Kitabevi yayını, İstanbul 1982, s. 135. Hutcheson'a göre, insan davranışını belirleyen iki temel duygu vardır. Bunlar, kendini severlilik (self-love) duygusu ve toplumsal duygulardır. Ahlaksal olanın niteliğini ise bu iki duygu belirler. Ancak Hutcheson, toplumsal duygular olan özgecil duygulara, kendini severlilik duygusu karşısında daha üstün bir yer ayırır. Özgecil duyguların bencil duygulara üstün gelmesini de Hutcheson *moral sense* olarak tanımlar. (Akarsu, s. 133-134)

⁴³ Hünler, Solmaz Zelyut, *Rawls ve MacIntyre, İki Adalet Arasında Liberal ve Komunitaryan Düşüncelerin Çatışma Alanı*, 1. bası, Vadi yayınları, Ankara 1997, s. 205

Malebranche, Arnould ve Locke'un temsil ettiği "ideler yolu"na sapmıştır⁴⁴. İdeler yolu kavramının merkezini, "birinci şahıs bakış açısı"nın somutlaştırılan epistemolojik yaklaşım oluşturur⁴⁵. Yine MacIntyre'a göre Hume, Hutcheson'dan daha çok "ideler yolu" konseptine bağlanmış ve "birinci şahıs bakış açısı"nın benimsemiştir⁴⁶. MacIntyre, "üçüncü şahıs bakış açısı"ndan kimliklerin toplumsal olarak ele alındığını, "birinci şahıs bakış açısı"nın ise toplumsal olarak değerlendirilen konsepsiyonların tümünü ortadan kaldırdığını söyler⁴⁷. Dolayısıyla MacIntyre açısından Hume, toplumsal olana değil, bireysel olana, daha açık olarak, liberal bireyciliğe yönelmiştir.

Hume, moral felsefesinin omurgasına yerleştirdiği ya da ahlaksal davranışın temeline koyduğu duygudaşlığı, (sympathy) bağımsız bir içgüdü olarak veya soyut bir birlikte-duyma olarak anlamaz. O, duygudaşlıkla, yabancı sevinç ve acıları birlikte duyduğumuz kendiliğinden ortaya çıkan bir ilkeyi anlatmak ister. Biz ancak bu duygu ile bencil duygulara karşı gelebilir, onları yenebiliriz⁴⁸. Ahlaksal olanla duygu ilişkilendirildiğine göre, Hume felsefesinde ahlakla insan doğası arasında da yakın bir ilişki vardır. Bu bağlamda Hume'un insan doğasıyla ilgili düşüncelerine de bakmak gerekir. Hume insan doğasının evrensel niteliğine vurgu yaparak şunları söyler: Bütün uluslarda ve bütün zamanlarda insan davranışlarında bir yeknesaklık gözlenir. İnsan doğası, işleyişi ve ilkeleri açısından değişmeyip hep aynı kaldığı evrensel bir durumdur. Benzer güdüler, sürekli bir biçimde benzer hareket tarzlarını meydana getirirler⁴⁹. Hume burada nedensel ilişkinin *a priori* olarak verili bulunmadığına ilişkin epistemolojik yaklaşımından bir sapış göstererek ya da endeterminist metodolojisinden ayrılarak insan doğası ve davranışı konusunda determinist bir tavır almaktadır⁵⁰. Hume'a göre, kibir, özsaygı, tamahkarlık, mevki hırsı gibi çeşitli tutkular, dünyanın başlangıcından

44 Hünler, s. 201

45 Hünler, s. 202

46 Hünler, s. 206

47 Hünler, s. 207-208

48 Akarsu, s. 135

49 Hume, *İnsan Zihni*, s. 124

50 Bu açıdan Alfred Weber, Hume'u ahlak ve tarihte bir determinist olarak görmektedir. A. Weber'e göre Hume, Spinoza ile birlikte insan davranışının zorunluluğu ilkesine dayanan tarih biliminin kurucuları arasındadır. (Weber, s. 297)

beri insan davranışlarının ve girişimlerinin kaynağını oluşturmuşlardır⁵¹. Evrensel insan doğasında var olan erdemsizliklerin üstesinden nasıl geleceğiz sorusuna verilebilecek yanıt, yukarıda da değindiğimiz gibi, *sympathy* ile; yani insan doğasında bulunan ve kendiliğinden her yerde ortaya çıkacak duygulanımlardır. Acaba bu duygulanımlar evrensel insan doğasını, kendini severlikten (self-love) hayır (iyilik) severliğe (benevolence) çevirmeye yetecek midir; yetecekse nereye kadar; ya da erdemler arası bu dönüşüm zorunlu mu olmalıdır; yoksa Hume'nu evrensel insan doğası tikel bir durumu mu deyimliyor; adalet ile doğal duygular arasındaki bir ilişki söz konusu mudur? biçimindeki sorulara verilecek yanıtlar, çalışmamızın ilerideki başlıkları altında yeri geldiğinde diğer konularla ilintili olarak verilmeye çalışılacaktır.

Hayek, epistemolojisine paralel olarak, moralitenin akıldan çıkmadığını ve insan zihni tarafından bulgulanabilecek herhangi bir olgusal gerçekliği içermediğini ileri sürer⁵². Dolayısıyla o, erdemın akılla uyum içerisinde olması gerektiği iddiasını reddeder. Eşyanın doğası ebedi bir biçimde uygunluk ve uygunsuzluk durumlarını içerir ki, bu onu düşünen herkes için aynıdır. Yanlış ve doğrunun değişmeyen ölçüleri, yalnız insanoğluna değil, aynı zamanda tanrısallık üzerine de bir borç yükler⁵³. Hume'a göre aklın birincil görevi, gerçeğe ait şeylerle düşünceler arası ilişkileri teşhis etmektir. Akıl, tutkuların motive ettiği yönü etkileyebilir, fakat o tutkuları yaratamaz. Akıl, moral değerlendirmelerden ve tutkuları heyecanlandıran algılamalardan veya eylemi üreten ya da engelleyen algılamalardan ayrı bir şeydir. Bu, aklın moral söylemde önemsiz olduğu anlamına gelmez; moral usavurma olasıdır, fakat bu araçlar ve amaçlarla ilgilidir. Biz eylemlerin moral kalitesi üzerinde anlaşabilir veya anlaşamayabiliriz. Fakat akıl objektif olarak eylemlerin övülebilecek veya kınanacak kalitesini saptayamaz. Moral değerlendirme sübjektiftir, fakat ne keyfidir nede temelsizdir. Hume, moral söylemin olasılığını reddetmez; onun ortaya koymak istediği, moralitenin rasyonalist soyut bilim olamayacağıdır⁵⁴. Etik, rasyonalitenin soyut ilkeleri yerine, deney ve

51 Hume şöyle devam eder: "Yunanlarla Romalıların duygularını davranış tarzlarını ya da iç eğilimlerini öğrenmek istiyorsanız, İngilizlerle Fransızların yaşam tarzlarını yada davranış kalıplarını inceleyerek, bunlardan Yunanlı veya Romalıları için çıkarımlarda bulunabilirsiniz. Bu da sizin için pek yanıltıcı olmaz". (Hume, *İnsan Zihni*, s. 125)

52 Kukathas, Chandran, *Hayek and Modern Liberalism*, Clarendon Press- Oxford 1990, s. 20; bkz. Güriz, Adnan, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniv. Huk. Fak. Yayını, Ankara 1963, s. 19; Hayek, *Studies*, s. 111

53 Kukathas, s. 20

54 Kukathas, s. 21; bkz Akarsu, s. 135

gözleme dayanır⁵⁵. Hume açısından akıl, insan davranışının değerlendirilmesi için ebedi ve mutlak standartlar yaratamaz. Bütün standartlar, tarihsel olarak insan doğasının işlenimi yoluyla ortaya çıkmıştır. Bu tutumun, siyaset ve sosyal felsefeler için önemli sonuçları vardır. Hume kendi zamanının sözleşmecî ve doğal hukukçu rasyonalist teorilerini reddeder⁵⁶. Hume'a göre akıl, kendiliğinden hiçbir eylem tarzı ortaya koyamaz, sadece hangi araçların istenen belirli amaçları doğurabileceğini gösterir. İnsan geleneksel olarak belirli kalıpları takip eder. Bu kalıpları takip etmede insan eylemlerine yol gösteren akıl değil, tutkulardır. Dolayısıyla önceden *a priori* olarak bulunan kurallar mevcut değildir. Hume bu düşünceleriyle rasyonalist doğal hukukun temellerini sarsmaya çalışır⁵⁷.

Bilgi kuramıyla tutarlı bir ahlak (moral) felsefesi geliştiren Hume, insan aklının her şeye gücü yeteceği (omnipotent), dolayısıyla toplumsal, hukuksal ve moral olarak bütün değer ve kurumları baştan sona açık öncüllerden hareketle dizayn edebileceği düşüncesini redderek, "kartezyen rasyonalizmi"nden ilham alan "kurucu rasyonalizm" karşısında yer almıştır. Bu tavrıyla Hume, Bernard Mandeville, Edmund Burke, Lord Acton, Adam Smith, Adam Ferguson ve Carl Menger gibi düşünürlerle anti-rasyonalist liberal geleneğin içinde yer alır⁵⁸. F.A. Hayek'in de yer aldığı bu gelenek, toplumsal kurum ve kuralların baştan sona akıl tarafından tasarlanabileceği, merkezi bilgi anlayışına bağlı olarak her şeyin jakoben bir biçimde üstün aşığı planlanabileceğine ilişkin toplum mühendisliği anlayışlarına karşı gelerek, spontane gelişen geleneksel değerlerin ya da insanoğlunun eylemlerinin niyetlenmemiş sonuçlarının ürünleri olan medeniyetin korunması düşüncesine dayanır⁵⁹.

55 Gülriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 3. bası, Ankara Üniv. Huk. Fak. Yayını, Ankara 1992, s. 259

56 Kukathas, s. 22

57 Friedman, Wolfgang, *Legal Theory*, 2. Edition, London 1949, s. 48

58 Bkz. Yayla, s. 56; Aktaş, Sururi, *F.A. Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi* (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 2000, s. 10

59 Bkz. Aktaş, s. 7-13; F.A. Hayek, "kurucu rasyonalizm"i eleştirirken aklın sınırlılığına ilişkin olarak şunları söyler: "Bu akıl insanın içinde yaşadığı tabii ve sosyal çevreye bir intibaktır ve toplum yapısını belirleyen müesseselerle daimi bir karşılıklı etkileşim içinde gelişmiştir. Akıl bu müesseseler üzerinde işleyen ve onları değiştiren birşey olduğu kadar içinde geliştiği ve kendisinin yaratmadığı sosyal çevrenin mahsulüdür de.....Toplumsal hayatı mümkün kılmış olan müesseseleri dizayn eden, daha toplumun mevcudiyetinden önce kamilen gelişmiş bir akıl mefhumu, insan cinsinin evrimi hakkında bildiğimiz herşeye

b) Yapay Bir Erdem Olarak Adalet Kavramı

Hume, adalet kavramını *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme* (A Treatise of Human Nature) adlı eserinin III. kitabının II. bölümünde ve *Enquiry Concerning the Principles of Morals* adlı yapıtında inceler. Bu iki eser arasında adalet kavramı açısından bazı farklar olsa da, esas ilişkin bir fark sözkonusu değildir⁶⁰. Biz bu konuyla ilişkin olarak birinci eseri izleyeceğiz.

Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme* adlı eserinde adalet kavramını liberal bir bakış açısıyla ele alır. Bu amaca yönelik olarak o, adaletin doğal bir içgüdü ya da doğal bir erdem olmadığını ortaya koymaya çalışır. Hume'a göre adalet, yapay (artificial) bir erdemdir. İnsanı adil davranmaya iten doğal bir içgüdü sözkonusu değildir. Kişisel iyilik (hayır) severlik de adalet için bir güdü olamaz. Yoksullara yardım etmemezi ilişkin ahlaksal yükümlüklerimiz vardır. Ancak bu adalet için bir itki olamaz. Eğer hayır severlik adalet için bir güdü olsaydı, bir insan kendisinde olanın daha fazlasını başkasına bırakırdı. Bu durumda da adalet ile diğer güdüler arasındaki ayırım anlamsız olurdu⁶¹. Hume'a göre hakkaniyet (equity) kurallarına uyma, kendi içerisinde bir değerdir. Bu değerden başka hakkaniyete uymamızı zorlayacak evrensel bir içgüdümüz sözkonusu değildir⁶². Dolayısıyla, insanların çıkarına saygı ve iyilik severlik adalet erdemini açıklamada yetersizdir. Adalet hayır severliğe indirgenirse, ortadan kalkabilir⁶³. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki Hume'un adalet teorisi, formal (biçimsel) ve prosedürel nitelikler üzerine kurulu olup, her türlü gönüllü ahlaksal yükümlülüklerden

terstir." (Hayek, Friedrich. August von., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük C. I. (Kurallar ve Düzen)*, çev. Atilla Yayla, İş Bank. Yayını, s. 28)

⁶⁰ Miller, David, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford 1976, s. 157

⁶¹ Hume, David, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme* (çev. Aziz Yardımlı), 1. bası, İdea yayını 1997, s. 418

⁶² Hume, *İnsan Doğası*, s. 439

⁶³ Çünkü, Hume açısından adalet ile iyilik severliğin karıştırılması tehlikelidir. Her zaman iyilik severliğimizi koruyamayabiliriz. Ona göre adalet konusunda karar verme durumunda olduğumuz bazı durumlarda iyilik severliğimizi kaybederek bu sefer tam zıt yönde karar vermek durumunda kalabiliriz. Filozof, konuyu daha iyi açıklamak için şöyle devam eder: Bir kişi hakkında karar vermek durumunda kaldığımızda ya o kişi ".....benim düşmanımsa, ve bana ondan nefret etmek için haklı bir neden vermişse? Ya kötü bir insansa ve tüm insanlığın nefretini hak ediyorsa? Ya bir pinti ise ve onu yoksun bırakacağım şeyden hiç yararlanamıyorsa?....Ya güçlük içindeysem ve aileme bir şeyler kazanmak için iyeğin güdülerim varsa? Tüm bu durumlarda, kökensel türe (adalet) güdüsü başarısızlığa uğrayacaktır; ve dolayısıyla türenin (adaletin) kendisi ve onununla birlikte tüm mülkiyet ve hak ve yükümlülük"(Hume, *İnsan Doğası*, s. 418)

ayrı bir karakterdedir. Bu, klasik liberal teorinin, “gönüllü ahlaksal ödevlerin devlet gücüne dayalı zorlamalarla hukuk haline dönüştürülemez” biçimindeki temel inancıyla uyumaktadır⁶⁴.

Hume’a göre gerçek sorunlar, insan doğasının iki önemli karakterinden kaynaklanır. İnsanın birinci karakteri, çevresine kayıtsız kalamayışına ilişkindir. İnsan, çeşitli güdüler (motifler) tarafından yönlendirilir. Bunlar, para hırsı, kendini severlik (self-love), gurur, dostluk ve benzerleri biçiminde sıralanabilir. Bu motifler tarafından itilen insan, gerçek ve sürekli yararının nerede olduğunu kestiremez. İşte insanın ikinci karakteri buradan kaynaklanır; yani insan, uzak yararını göremeyen kötü bir yargıç gibidir; daha çok anlık haz ve avantajlara göre davranır. Hume’a göre insan doğasındaki bu zayıflık giderilemez. Tamamen giderilemeyen bu zayıflıklar geçici olarak dindirilmelidir. Bu palyatif çözümü ise, toplum, ahlak, hukuk ve adalet gibi kurumlara sahip olmakla sağlayabiliriz⁶⁵. Bu kurumlar, ya *self-love* (kendini severlik) ile davranan insanın tarafsız olarak eylemde bulunmasını veya bu eylemlerin sonuçlarının tarafsız olmasını sağlar.

Hume, adaletin kökenini insansal konvansiyonlara (teamüller-gelenekler) bağlar. Bu konvansiyonlar, insan zihninin belirli nitelikleriyle (qualities of human mind) dışsal nesnelerin durumlarının (situation of external objects) çelişmesinden doğar. İnsan zihninin nitelikleri ise, bencillik (selfishness) ve sınırlı yücegönüllülüktür (limited generosity). Dışsal nesnelerin durumu ise, istek ve arzulara oranla az olmaları (scarcity) ve kolayca değişebilmeleridir⁶⁶. Bu koşulları tersine çevirdiğimiz zaman adaleti gereksizleştirmiş oluruz⁶⁷. Daha sistematik olarak bu koşullar şöyle sıralanır:

a) İnsanın iyilik severliğe yönelik doğal motifleri vardır, fakat bunlar bir sosyal düzen için yetersizdir. Çünkü iyilik (hayır) severlik duygusu (benevolence), kendini severlik (self-love) duygusuna göre sınırlıdır (limited

⁶⁴ F.A. Hayek, bazı kimselere karşı olan, ahlaksal yükümlülüklerin hiç bir zaman bir hukusal ödev haline dönüştürülemeyeceği, sözkonusu yükümlülüklerin kişilerin özgür iradesine bırakılması gerektiğini vurgular. (Hayek, Friedrich August von., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük II (Sosyal Adalet Serabı)* çev. Mustafa Erdoğan), 1. bası, İş Bank yayını, s. 125)

⁶⁵ Kukathas, s. 24

⁶⁶ Hume, *İnsan Doğası*, s. 427

⁶⁷ Hume bu konuya ilişkin şunları söyler: “ insanın ve doğanın cömertliklerini belirli bir dereceye kadar artırıp, adalet erdeminin yerini daha soylu erdemlerle doldurduğumuz zaman adaleti anlamsızlaştırmış oluruz”. (Hume, *İnsan Doğası*, s. 427)

generosity)⁶⁸.

b) Kaynakların bütün gereksinimleri karşılayamaması anlamından evrensel bir kıtlık olgusu⁶⁹.

İnsan doğasına ilişkin yukarıdaki durumlar olmasaydı adalete gerek kalmazdı. Örneğin, herkes zorunlu olarak hayır severlik duygusuyla hareket etseydi adaletin ne anlamı olabilirdi? Ya da herkesin istediğini alacak kadar bolluk yaşansaydı adalete ne gerek vardı?⁷⁰ O halde adalet kavramı, insan doğası ve çevresel koşulların bir gereğidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hume'un adalet kavramının diğer bir özelliği ise, açık bir anlaşmaya değil, bir konvansiyona (teamüllere-geleneklere) dayanmış olmasıdır. Hume'un konvansiyon tanımlaması, Edna Ullman-Margalit'in "koordinasyon" (eşgüdüm) normlarının oluşumuna benzer. Hume, konvansiyonların, koordinasyon sorunlarına çözüm olsun diye ortaya çıkmış olduklarını ve açık bir anlaşmaya dayanmadıklarını söyler⁷¹. Ullman-Margalit ise, koordinasyon normlarının ortak amaçları gerçekleştirmedeki sorunlara çözüm olsun diye ortaya çıkmadıklarını, birçok meselede koordinasyonun kendi içinde bir amaç olduğunu söyler. Bu amaç çoğunlukla, sadece bir koordinasyon denge durumuyla eş zamanlı var olan uyum ve armoninin gerçekleşimidir. Çözümler, norm olabilir. Çünkü belirli potansiyel çözümler ortaya koyanlar başarılı olur ve taklit edilirler. Hume da mülkiyet kurallarının ortaya çıkışını aynı açıklama biçimiyle şöyle ortaya koyar: "Başkasının da bana aynı biçimde davranması koşuluyla, benim, o kimsenin mülkiyet hakkına saygı duymam benim yararımadır"⁷². Burada bir akit ya da anlaşma değil, uygulamayla gelişen gizli bir uzlaşma vardır. Hume'a göre adalet, rasyonel bir tasarlanmanın ürünü değil, kastedilmemiş bir sonuçtur. Mülkiyet kuralları da, kendi yararlarını izleyen bireylerin eylemlerinin niyetlenmemiş sonuçları olarak meydana gelmişlerdir. Her bireyin özgül yararını kapsayan bu sistem, doğal olarak herkesin yararınıdır. Ancak bu kurallar bilinçli olarak sözkonusu amaç için yaratılmamışlardır⁷³.

Hume'un, adalet kavramını "konvansiyon"la ilişkilendirmesi kültürel ev-

68 Hayek, *Studies*, s. 112

69 Yayla, 57-58

70 Bkz. Yayla, s. 58

71 Kukathas, s. 24-25

72 Hume, *İnsan Doğası*, s. 424

73 Kukathas, s. 25

rimleşmeyi ima etmektedir. Bu yaklaşım açısından, geleneklere dayalı adalet kuralları belirli amaçlar için tasarlanmamıştır. Klasik liberalizmin epistemolojik temelleriyle uyuşan bu anlayış, adaletin pozitif kavram olarak algılanmasına, yani belirli özgül kişilere belirli alacak ve borç yükleyen rasyonel tasarımlar biçiminde kavranmasına karşıdır. Dolayısıyla bu tür adalet kavramı, kurallardan kaynaklanmayan eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı amaçlayan sosyal adalet düşüncesini reddeder.

Hume'un nazarında adalet kavramı dolaylı olarak mülkiyetle (property) bağlantılıdır. Filozofa göre mülkiyet, adalet kurallarının belirlediğinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla adalet kavramı açıklanmadan hak, mülkiyet ve yükümlülük gibi kavramlar doğru olarak açıklanamaz⁷⁴ Onun adalet kavramına ilişkin formülasyonu şöyle ifade edilebilir: "adalet kuralları, kendisiyle maddi malların kime ait olduğunu gösteren teamüllerdir". Adalet erdemi, bu aidiyete herkesin saygı göstermesini, yani başkalarına ait olan mallara el konulmasının yasaklanmasını; haksız olarak sahiplenilmiş malların sahiplerine iadesini gerektirir. Bu tür kuralları genel olarak kabul ettiğimiz zaman şunu söylememiz yanlış olmaz: Bireylerin kendi malları üzerinde hakları vardır ve adalet de bireylerin kendi mülkiyetleri üzerindeki haklara saygı gösterilmesini buyurur. Hume, bu formülasyonu zaman zaman kullanır ama, bunun yanıltıcı olabileceğini de söylemeden geçemez⁷⁵. Hume'a göre adalet ve mülkiyet iki bağımsız düşüncedir, fakat tamamen birbirine bağımlıdır. Adalet kurallarının olmadığı yerde mülkiyet olamaz, yalnızca zilyedlik olabilir; yani mülkiyet olmaksızın bireylerin nesnelere üzerinde hakları olamaz; yalnızca onları kendi iktidarları çerçevesinde sahiplenebilirler. Hume'un bu yaklaşımı, Locke'un teorisinin bir reddidir. Locke'a göre bireylerin sahip oldukları şeyler üzerinde doğal hakları vardır. Hume da ise adalet, haklar ve mülkiyet insansal teamül (human convention) üzerinde biçimlenir. Bundan dolayı Hume, adaleti yapay bir erdem olarak tanımlar. O bununla, hayır severlik (benevolence) eylemleri için doğal bir türtü olduğu halde, adalet eylemleri için aynı doğal motifin olmadığını iddia eder. Geleneksel adalet kurallarının olmadığı durumda bu motifin içeriği ne olabilir ki?; başkalarının haklarına saygı olamaz. Hume, başkalarının mallarının kendilerinde kalmasını sağlayacak doğal sempati duygularıyla hareket etmemiz gerektiğini düşünmez. Buna karşılık o, adaletin toplumlar için yaşamsal olduğunu düşünür ve hiçbir toplumun, adalet kuralları olmaksızın yaşayamayacağına inanır ve

⁷⁴ Hume, *İnsan Doğası*, s. 424

⁷⁵ Milller, s. 158

şunları söyler: Adalet kuralları yapay olmalarına karşın, keyfi değildirler. Ne de onları doğal hukuk olarak nitelemek doğrudur”⁷⁶.

İki temel değer Hume'un sosyal düşüncesinde önemlidir. Bunlar, yaşamda kalma (survival) ve özgürlük (liberty) tür. Hume, bu değerlerin güvenliği için ticaretin (trade-off) gerekli olduğunu önermez. Bunun yerine, özgürlük için güvenliğin, güvenlik için ise özgürlüğün gerekli olduğunu düşünür. Bu iki değeri korumak için de, katı bir adalet (strict Justice) kavramının gerekli olduğunu ve yalnızca katı bir adaletin, toplumun sürekli yararını sağlayacağını ve böylece gerçek bireysel yararların gerçekleşebileceğini söyler. Esnek bir adalet kavramının, tecavüzlerin bütün çeşitlerine kapı aralayacağını düşünür. Çünkü ona göre esnek bir adalet kavramı, mülkiyet kurallarını sürdürmek yerine, yargıları, hak, liyakat ve eşitlik gibi soyut kavramlara dayandırır⁷⁷.

Hume kendi adalet teorisini geliştirirken iki argüman ortaya koyar. Bu argümanlar ticaret ve politikanın doğasına ilişkindir. Her iki durumda da o, mülkiyet kurallarının tarafsız yürütülmesi yoluyla sağlanan istikrar ve kamu özgürlüğünün değerini göstermeye çalışır. Ona göre hükümet (yönetim) güvenliği sağladığı gibi, ekonomik gelişmenin de önkoşuludur. Çünkü bireyler kendi yararlarını izlemeye özgür oldukları zaman en iyisini yaparlar. Güvenlik hem bireyler ve hem de kamunun yararınadır. Bireyler ticaret ve zenginlikleri elde etmede kamu güvenliğinden ne kadar yararlanırlarsa, kamu, bireylerin zenginlikleri ve ticaretlerinin genişliği oranında o kadar güçlü olur. Bundan dolayı herkes kendi yararını izlemeye özgür olmalıdır. Bireysel yararlar yönelmiş aktiviteleri, kamu yararına doğru manüple edecek her teşebbüs, insan doğasını felç edecektir. Bu konuya ilişkin olarak Hume şunları söyler: “Hükümdarlar insanları oldukları gibi ele almalıdırlar; onların düşünüş tarzlarında ve ilkelerinde değişikliğe yol açacak her türlü şiddetten kaçınmalıdırlar”⁷⁸.

Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme* adlı eserinde liberal teorinin dayandığı üç temel kuraldan söz eder. Bu üç temel kural özel mülkiyetin sürdürülmesine yardımcı olur. Bu kuralları, mülkiyetin istikrarı (stability of possession)⁷⁹, mülkiyetin rıza ile devri (tranference by consent)⁸⁰ ve

⁷⁶ Miller, s. 158-159

⁷⁷ Kukathas, s. 26

⁷⁸ Kukathas, 26-27

⁷⁹ Hume, *İnsan Doğası*, s. 433

vaadlerin yerine getirilmesi (obligation of promises)⁸¹ olarak sıralayabiliriz. Bu kurallar, aynı zamanda adalet kurallarıdır. Çünkü mülkiyet kuralları, konvansiyondan doğan adalet kurallarından başka bir şey değildir⁸². Mülkiyetin istikrarına yönelik kurallar, mevcut mülkiyet (present possession), orjinal mülkiyet (işgal-occupation), zamanaşımı (prescription), semerelere ulaşma (accession) ve tevarüs (succession) olarak sıralanabilir. Mevcut mülkiyet kuralı sadece bir toplumun kurulmasında işlevseldir. İnsanlar bir mülkiyet sistemi kurmak için bir araya gelirlerse, onlara rehberlik edecek ilke, bir kimsenin daha önce sahip olduğu mallar üzerinde o kimseye mülkiyet hakkının verilmesi yönünde olacaktır⁸³. Bu ilke sınırlı olarak işleyecektir. Çünkü Hume medeni yaşama önelen (tekaddüm eden) bir “doğal durum” anlayışına karşıdır⁸⁴. Buna bağlı olarak mülkiyet doğal durumdan kaynaklanan bir hak değildir⁸⁵. O, adalet kurallarını daha çok evrim varsayımı içinde ele alır, ve bu kurallar insanların avantajlarına olduğu için onları benimzediklerini söyler. Hume’a göre mevcut mülkiyet ilkesi, mülkiyet hakkı konusundaki ihtilaf durumlarında fonksiyon görecektir. Örneğin iki toprak sahibi, toprakları arasında orjinal sınıra ilişkin kayıtları kaybetmişlerse, halihazırda ki bölünmüş durum üzerinde anlaşılır. Ancak adalet kuralını sadece mevcut mülkiyet ilkesiyle sınırlarsak, bu durum haksızlıklara neden olabilir; adaletle adaletsizlik arasındaki sınır ortadan kalkabilir. Örneğin bir malı çalan hırsız mevcut zilyed olarak o mal üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olacaktır. Bu tür durumları ortadan kaldırmak için adaletin ikinci kuralı olan orjinal mülkiyet (işgal-occupation) ilkesi devreye girecektir⁸⁶. Bu kural bir nesne üzerinde ilk defa hak sahipliğini kazanmış bir kimseden o hakkın o kimsenin iradesi dışında alınması yasaklar. Ancak orjinal mülkiyet (işgal) adaletin başka bir kuralı olan zamanaşımı (prescription) ile çelişir⁸⁷. Hume’a göre bu ilke bir

80 Hume, *İnsan Doğası*, s. 443

81 Hume, *İnsan Doğası*, s. 445

82 Hume, *İnsan Doğası*, s. 436

83 Hume, *İnsan Doğası*, s. 434-435

84 Bkz. Hume, *İnsan Doğası*, s. 426

85 Hume, bu konuya ilişkin olmak üzere şunları söyler: “mülkiyet hakkının halihazırda ki zilyede verilmesi, yararlı olmasına karşın yine de toplumun ilk oluşumunun ötesine taşınmaz; çünkü böyle bir yaklaşımla, “geri verme” kavramını dışlayarak haksızlığı onaylamış olur”. (Hume, *İnsan Doğası*, s. 435)

86 Bkz. Miller, s. 160

87 Miller, s. 161

nesne üzerindeki orjinal hakkın kime ait olduğunun belirsizliği durumunda işleyecektir. Buna göre, bir mal üzerinde belirli bir zaman zilyed olan kimse o malın maliki olur⁸⁸. Semerelere ulaşma (accession) ilkesi ise, bir malın semereleri, o malın malikinin, o semerelerin zilyedliğini elde etmeden bile onlar üzerinde hak sahibi olabileceğini buyurur⁸⁹. Tevarüs (miras bırakma-succession) ilkesiyle Hume, ebeveyn ile çocuklar arasındaki kişisel ilişki nedeniyle bir malın ebeveynlerden çocuklara transfer olmasını (miras kalmasını) gerektirir⁹⁰.

Hume, mülkiyetin istikrarı (stability of possession), mülkiyetin rıza ile devri (transference by consent) ve vaadlerin yerine getirilmesini (obligation of promises), doğanın üç temel yasası (fundamental laws of nature) olarak nitelendirir. Ancak bunları doğal yasa olarak anlamak doğru değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi Hume doğal hukuk anlayışına karşıdır. Dolayısıyla bu üç temel yasayı, akıldan çıkmış *a priori* ilkeler olarak değil de, insan toplumunun ve evrensel doğasının gerekliliklerinin yol açtığı konvansiyonlardan (teamüller-gelenekler) doğan yasalar olarak algılamak daha doğrudur. Hume açısından bu kurallar, barış, güvenlik ve refahın sürdürülmesi için zorunludur⁹¹.

Açıkça görüldüğü gibi Hume, barış ve güvenliğin korunmasını, mülkiyetin korunması ve sürdürülmesine bağlar. MacIntyre açısından Hume'un korumaya çalıştığı evrensel insan doğasının gerektirdiği evrensel bir düzen değildir; onun korumaya çalıştığı düzen tikel bir durumu, yani mülk sahipliğini korumayı amaçlamış XVIII. yüzyıl İngiliz toplumsal düzenini işaret eder. Dolayısıyla Hume'un evrensel insan doğası, MacIntyre açısından XVIII. yüzyıl "ingiliz insan doğası" dır⁹².

Hume, mülkiyetin korunmasına ilişkin yukarıdaki üç temel yasa ile siyasi bir organizasyon olan hükümet (yönetim-government) arasındaki ilişkiyi ilginç bir biçimde ortaya koymaya çalışır. Hume'a göre hükümet yararlı olsa bile her durumda zorunlu değildir⁹³. Hükümet olmadan insanlar küçük ve eğitimsiz bir toplumu sürdürebilirler ama, adalet ve söz konusu üç temel

88 Hume, *İnsan Doğası*, s. 438

89 Hume, *İnsan Doğası*, s. 439

90 Hume, *İnsan Doğası*, s. 440-442

91 Hume, *İnsan Doğası*, s. 453

92 Bkz. Hünler, s. 210

93 Hume, *İnsan Doğası*, s. 463

yasa olmadan herhangi bir toplumun sürdürülmesi olanaksızdır⁹⁴. Dolayısıyla adalet ve söz konusu üç temel yasa hükümet (yönetim) aygıtına tekaddüm eder (önelir). Bu açıdan, hükümete ilişkin bağıllık yükümlülüğü, adalet ve üç temel yasaya bağıllık yükümlülüğünden sonra gelir. Ancak hükümete bağıllık yükümlülüğü de yine adalet kurallarından kaynaklanır. Çünkü adaletin ve temel yasaların yürütülmesi zorunluluğu, siyasal bir örgüt olan hükümet aygıtını doğurmuştur. Başka bir anlatımla, hükümetin kökeni adaletin yerine getirilmesindeki zorunlulukta yatar. Böyle bir zorunluluktan dolayı insanlar bir araya gelerek yöneticileri seçecekler ve onlara itaat etme sözü vereceklerdir. Bu da yeni bir yükümlülük yaratacaktır⁹⁵. Hume bu ikinci yükümlülükleri, “yurttaşlık ödevleri” olarak da nitelendirir. Fakat ikinci yükümlülükler olan yurttaşlık ödevleri, adaletten kaynaklanan doğal yükümlülüklerimiz uğruna icat edilmişlerdir. Hume açısından hükümetin birincil görevi de, doğal yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaktır⁹⁶.

Hume, kendi formüle ettiği adalet kurallarının faydacılık açısından haklılaştırmasını yapmaya çalışır. Hume bu kuralların çoğunu, kamu yararı ve imgelem (imagination) açısından açıklamaya çalışır. İmgelem açısından kuralların açıklanması şöyle ortaya konulur: İnsan zihni birbiriyle fiziksel yakınlığı olan nesnelere bir birine bağlamak ister. Örneğin konuları aynı olan kitapları, kütüphanemizde yan yana koymak isteriz. İmgelem açısından adalet kuralları ise, bir insan ile bir nesne arasındaki fiziksel ilişkiyi (zilyedlik ilişkisini) sürekli ve düzenli bir ilişkiye dönüştürmek ister. Adaletin faydacılık açısından yorumuna örnek olarak mevcut mülkiyet (present possession) ilkesi şöyle yorumlanır: Bir kimse daha önce sahip olduğu bir maldan yoksun olursa, bu malın kendisine verildiği kimsenin aldığı faydadan daha fazla zarar görür. Bu örnek Hume açısından mülkiyetin istikrarındaki faydayı gösterir⁹⁷. Hume, adaleti ahlaksal standartlardan daha çok kamu yararına oturtur. Ancak Hume’un bu yaklaşımı, adaletin değerli olduğu düşünülen ampirik koşullarda geçerlidir. Açlığın veya bolluğun yaşandığı varsayımsal bir toplumda adalet kuralları terkedilir. Çünkü böyle koşullarda bu tür kurallar artık insan refahına katkıda bulunmazlar. Miller’e göre, bolluğun yaşandığı durumlarda insanlar mallarını kendilerinde tutmalarında bir yarar göre-

94 Hume, *İnsan Doğası*, s. 464

95 Hume, *İnsan Doğası*, s. 465

96 Hume, *İnsan Doğası*, s. 466

97 Miller, s. 163

meyecekleri için, Hume'un adaletinin faydacı bir temeli kalmamaktadır⁹⁸. Miller'in Hume'un adaletine ilişkin bu yargısı doğru değildir. Çünkü, Hume açısından bolluğun yaşanabileceği varsayımsal bir ortamda zaten adalet (malların paylaşımına ilişkin adalet) gereksiz hale gelecektir. Hume'un adalet teorisi Benthamcı klasik eylem faydacılığı yerine, kural faydacılığı üzerine dayanır. Eylem faydacılığı açısından adalet, her bireyin faydasını ve dolayısıyla toplumsal faydayı gerçekleştirir. Başka bir anlatımla eylem faydacılığı tikel faydalardan hareket eder⁹⁹. Hume'da ise fayda, adalet kurallarına uyulduğu zaman uzun vadede ortaya çıkan bir durumdur; her özgül eylemin fayda açısından tatmin edilmesi gerekmez¹⁰⁰. Önemli olan yasaların tümü ve adalet şemasının toplum için sonuçta yararlı olmasıdır¹⁰¹. Adalet kuralları toplum için faydalıdır ama, kamu yararı adalet için bir güdü oluşturmaz. Çünkü adalete yönelik böyle bir güdü sözkonusu olamaz. Eğer herkes kamu yararı için güdülenseydi adalete gerek kalmazdı¹⁰². Tekrar edersek Hume'da adalet gereksinimi, insan doğasının bencilliği, sınırlı iyilik severliği ve isteklerin tatminine sunulmuş nesnelere darlığından kaynaklanır: Bu çelişkiler adalet yoluyla dengelenir. Bu durum da sonuç olarak bütün toplum için faydalıdır. Hume, "fayda amacına göre tasarlanmış olmasa da bütün ahlak ve hukuk kurallarına itaat, bireyleri kendi amaçlarını izlemede başarılı kılar", demektedir. Hume, özgül bir eylemin tanımlanabilir faydası yerine, belirli soyut kuralların evrensel olarak uygulanmasından kaynaklanan faydaya ilgi gösterir. Çünkü ona göre insan zihni karmaşık toplumsal düzenlerin detaylarını hesaplamada ve bizi memnun edecek soyut kuralları tesbit etmede yetersizdir. Dolayısıyla Hume, kuralları, fayda yerine, toplumsal gelişimin deneysel ve evrimsel yönüne bağlar¹⁰³.

98 Miller, s. 164

99 Bkz. Aktaş, s. 149-151

100 Hume bu konuya ilişkin olarak şunları söyler: "...tekel adalet edimleri kamu yararı veya bireysel yararlar ne kadar aykırı olursa olsun, sonuçta bütün şema (kuralların genel bir görünümü) hem toplumun sürdürülmesine ve hem de bireysel yararlar katkısında bulunur. (Hume; *İnsan Doğası*, s. 429)

101 Bkz. Hume, *İnsan Doğası*, s. 494

102 Hume, *İnsan Doğası*, s. 428

103 Hayek, *Studies*, s. 88; Hayek'e göre kartezyen geleneğinde yer alan Helvetius, Beccaria ve bu geleneğin İngiliz temsilcileri olan Bentham, Austin ve G.E. Moore, Hume'un, ardışıklı kuşaklar yoluyla evrimleşen soyut kurallarındaki genel faydacılığı (generic utilitarianism), eylemlerin tüm tahmin edilebilen sonuçlarının tam bir bilinçle değerlendirildi-

Adaleti bireysel bir erdem olarak gören geleneksel adalet tartışmalarında, örneğin Aristoteles'te, adalet, liyakat ve eşitlik açısından değerlendirilir¹⁰⁴. Hume bu iki kriteri görmezlikten gelir. Birçok yerde Hume, bir dağıtım kriteri olarak liyakat ve eşitliğe karşı tavrı alır. Filozof liyakata göre dağıtımı ele alırken, *sempati* ile adalet arasındaki ilişkiye değinir ve bu iki kavramın çelişeceğini söyler. Hume, eğer ben bir malın bencil birisine mi yoksa iyilik sever birisine mi ait olduğuna karar vermek zorundaysam, benim doğal duygularım o malın iyilik sever birisine verilmesi yönünde olur der; eğer adalet ilkelerine göre hareket etmek zorundaysam, bireylerin kişisel karakterini görmezlikten gelerek, mevcut kurallara göre o mal kime aitse, ona vermek durumundayım der¹⁰⁵. Hume, liyakate (merit-desert) göre dağıtım karşı gelirken şunları söyler: Doğal sempati ve soyut akıl, maddi malların ideal olarak liyakatlere göre dağıtımını öngörür. Ancak pratik deneyimler, bunun hiçbir şekilde işlemeyeceğini ve mülkiyetin istikrarını bozacağını gösterir. Hume'a göre liyakat standartları üzerinde insanlar hiçbir zaman uzlaşamazlar; bu standartların özgül durumlarda nasıl uygulanacağı konusunda anlaşamazlar. Dolayısıyla liyakat üzerine dayalı bir kural tarafsız uygulanamaz¹⁰⁶. Hume, liyakat kuralının moral tekeli ancak sınırsız akla (omnipotent) sahip bir yöneticinin olduğu mükemmel bir teokraside (ki, böyle bir yöneticinin varlığı sadece bir hayaldir) olanaklı olabileceğini şu şekilde açıklamaya çalışır:

“Akla sahip ve fakat insan doğasıyla tanışmamış bir yaratık düşünelim ki, bu yaratık kamu yararını, barış ve güvenliği sağlayacak adalet kurallarını keşfetmeye çalışsın. Çoğunlukla böyle bir yaratık, mülkiyetin en çoğunu en çok erdemliye verecektir. Özgür iradesiyle toplumu yöneten ve sınırsız akli olan bir yöneticinin bulunduğu bir teokraside liyakat kuralı anlamlıdır ve anlamlı amaçlar için hizmet edebilir. Fakat insanoğlu bu belirsiz kuralı uygularsa, gerek bu kuralın belirsizliğinden, gerekse bireylerin kendilerini beğenmişlikleri yüzünden liyakat kuralından hiçbir zaman bir davranış kuralı

rilmesi gerektiğini isteyen özgül faydacılığa (eylem faydacılığına-particularist utilitarianism) çevirdiklerini söyler. (Hayek, *Studies*, s. 88)

¹⁰⁴ Aristoteles, adaleti hem geometrik eşitlik ve hem de aritmetik eşitlik ilkesine dayandırır. Malların geometrik eşitlik açısından dağılımı orantılılık ilkesine göre olur, bu dağılımda hak etme ve liyakat kriterleri de önemlidir. (Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev. Saffet Babür, Hacettepe Üniv. Yayını, Ankara 1988, s. 98-101)

¹⁰⁵ Miller, s. 166

¹⁰⁶ Miller, s. 167

çıkamaz ve toplum derhal ve zorunlu olarak çözülmeye gider"¹⁰⁷.

Yukarıdaki bilgilerden de anlaşıldığı gibi Hume, liyakat kuralına göre bir dağıtım ilkesini kabul etmemektedir. Hume'un bu yaklaşımı serbest piyasa mekanizmasına daha fazla olanak tanımaktadır. Piyasa dışında paylaşım kalıplarının yeniden tanımlanıp ortaya konulması bir "yeniden dağıtım" ilkesini gündeme getirir. Piyasa süreçlerinin eşitlikçi (egalitarianism) düşünce doğrultusunda manüplüle edilmesi serbest piyasa koşullarının mantığına aykırıdır. Bu açıdan F.A. Hayek ve Robert Nozick yeniden dağıtımcılığa karşı gelirler¹⁰⁸. John Rawls ise başka bir açıdan liyakat kuralına göre dağıtımı benimsemez. Raws'a göre herkes aynı liyakati ve kabiliyeti taşıyamayacağına göre, bu tür bir ilkeye göre dağıtım eşitsizlik üretecektir¹⁰⁹. Yeniden dağıtımcı olmayan Hume, doğal olarak eşitlikçi de (egalitarian) değildir. Onun açısından serbest piyasa eşitliği sağlayacak niteliktedir. Çünkü özgür pazar ortamı girişimcilerine öykünme ruhunu aşılacaktır. Daha fazla kar eden tacirler, başkalarının kendilerini taklit etmelerini sağlarlar ve böylece daha çok sanayi, daha fazla hizmet talebi ve daha yüksek ücretler ortaya çıkmış olur. Serbest piyasa koşullarında spontane oluşan eşitlik Hume açısından insan doğasına daha uygundur. Eşitliğin zorla yerine getirilmesi bütün bir toplumu daha da yoksullaştıracığı gibi, siyasal alanda da tirani nitelikte bir otoriterizmi gündeme getirecektir¹¹⁰. Hume'un sözünü ettiği spontane eşitlik, aslında piyasa koşullarının spontane sonuçlarıdır. İşte Hume bu sonuçlarla yetinir.

¹⁰⁷ Miller, s. 167

¹⁰⁸ Hayek'in liyakat ilkesine ilişkin görüşleri için bkz. Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, Routledge-Kegan Paul, London 1990, s. 93 vd); ayrıca bkz. Aktaş, s. 192-195; R. Nozick'in bu konuya ilişkin düşünceleri konusunda bkz. Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford 1971, s. 156 vd.)

¹⁰⁹ Rawls bireylerin soyut kurallara göre hak-edişleri ile doğuştan getirdikleri doğal liyakatlerini birbirinden ayırt eder. Rawls'a göre adil bir şema, bireylerin neyi hak ettiklerini göstererek sosyal kurumlar üzerine bina edilmiş meşru beklentilerini tatmin eder. Dolayısıyla Rawls'da liyakatler hak edişlerin meşru kriteri değildir. (Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press 1976, s. 310 vd.)

¹¹⁰ Kukathas, s. 27

Sonuç

Hutcheson ve Shaftesbury'ye dayanarak epistemolojisini anti-rasyonalist bir temele dayandıran Hume, geliştirdiği metodolojiyle moral felsefesi arasında tutarlı bir paralellik kurmayı başarmıştır. Bu paralellik, epistemolojisiyle adalet kavramı arasında da mevcuttur. Hume'un anti-rasyonalist felsefi öğretisi kendisinden sonra gelen liberaller için köklü bir kaynak teşkil etmiştir. Ancak Hume'un epistemolojisi üzerine temellendirilen liberal öğreti, kartezyen rasyonalizmine dayanan, Voltaire ve Rousseau gibi düşünürler tarafından temsil edilen Fransız tipi rasyonalist liberalizmden farklıdır. Diğer yandan Hume'un felsefesi, haz ve acıların rasyonel hesaplanmasına dayanan Benthamcı klasik faydacılıktan da farklıdır. Rasyonalist liberalizm, insan zihninin gücüne dayanarak toplumsal kurum ve kuralların yeniden baştan sona dizayn edilebileceği düşüncesini benimser. Bu düşünce kötüye kullanıldığı zaman jakoben bir anlayışa kadar uzayabilir. Toplum mühendisliği yaklaşımlarıyla rasyonalist liberalizm kolayca uzlaşabilirler. Geleneksel kurumların başka bir yöne dönüştürülmesine karşı olan Hume felsefesi, teamüllerin (konvansiyonların) gücü üzerinde yükselir. Hume'un liberal öğretisi açısından konvansiyonlarla gelişmiş kurumlar, eşitlik ve sosyal amaçlar için yeniden tasarlanamaz. Klasik liberalizmin temel inançları sayılan bu düşünceler, XX. yüzyılda bu felsefeyi yeni kuşaklara tanıtan F.A. Hayek için önemli bir başvuru kaynağı oluşturmuştur¹¹¹. Bu genel yargılardan sonra Hume felsefesinin temel noktalarını şu şekildi sıralayabiliriz:

- a) Bilginin kaynağı akıl değil, duyulardır.
- b) Ampirik olarak elde edilmemiş bilgi şüpheli ve zayıftır.
- c) Moralite, duygularla ilgilidir. Moral prensipler konusunda akıl ikinci derecede rol oynar. Sempatı (duygudaşlık), moral duyguların (moral sense) algılanmasında önemlidir.
- d) Adalet, rasyonel tasarlamaya değil, konvansiyonlara (teamüllere) dayanır.
- e) Adalet için doğal bir güdü söz konusu değildir. Adalet yapay bir erdemdir. Dolayısıyla adaletle ilgili hayır(iyilik)severlik gibi doğal bir motife sahip değiliz.
- f) Adalet toplumsal fayda ve kamu çıkarını realize eder. Ancak toplumsal fayda ve kamu çıkarı (yararı) adalet için bir dürtü ya da güdü olamaz.

¹¹¹ Bkz. Kukathas, s. 46 vd

Çünkü herkes toplumsal fayda ve kamu çıkarını düşünseydi adalete gerek kalmazdı.

g) Adaletin gerekliliği, insan doğasındaki bencillik (selfishness), sınırlı yüce gönüllülük (limited generosity) ve malların azlığından (sınırlı kıtlık durumundan) kaynaklanır. Bu nitelikler tersine çevrildiğinde adalet anlamsızlaşır.

h) Adalet kuralları mülkiyetin istikrarına hizmet ederler.

D) Adalet kuralları, devlet kavramına önelirler (tekaddüm ederler). Devlet bu kuralların realizasyonu için vardır.

Yukarıdan da anlaşıldığı gibi Hume'un adalet felsefesi rasyonalist bir temele dayanmaz. Filozof rasyonalist doğal hukuku reddetmiştir. Ancak Norman Barry'nin de haklı olarak belirttiği gibi, Hume kendisini doğal hukuktan tamamen arındırmış değildir¹¹². Çünkü Hume'un felsefesindeki evrensel insan doğası adalet kavramını zorunlu kılmaktadır. Ancak adalet kuralları teamüllere dayandığı için rasyonalist bir temeli yoktur.

Hume'un siyaset felsefesi devlete pozitif görevler yüklemeyi. Onun öğretisindeki devlet kavramının temel işlevi, mülkiyetin istikrarı, mülkiyetin rıza ile devri ve sözleşmelerin yerine getirilmesi olarak sıralanan temel adalet kurallarının yürütülmesini sağlamaktır. Söz konusu bu kurallar, devlet kavramından önce gelir. Devlet, bu kurallar uğruna ortaya çıkmıştır. Bu son cümle Hume felsefesinin temel karakteristiğini biçimlemektedir. Çünkü burada filozof, devlet dışı gelişen bir hukuk kavramına gönderme yapmaktadır. Hume sosyal sözleşmeci olmamasına karşın burada Locke'a yaklaşmaktadır. Ontolojik kökenleri farklı olsa bile, gerek Locke ve gerekse Hume'daki devlet dışında gelişen hukuk, devleti bağlayıcı niteliktedir. Ancak hemen şunu belirtelim ki her iki filozof da, devlet dışında gelişen hukuku büyük ölçüde mülkiyet hakkı ile ilişkilendirirler. Locke'ta "doğal durumdan" getirilmiş mülkiyet hakkı, Hume'da ise teamüllere dayanan mülkiyet kuralları, *primer norm* niteliğindedirler.

Hume'un hukuk felsefesindeki adalet kavramı, mülkiyet kavramı ile yakından bağlantılıdır. Hume'da adalet kurallarının en temel niteliği, özel mülkiyetin istikrarına hizmet etmeleridir. Mülkiyet adalet kuralları tarafından garanti altına alınmıştır. Adalet kavramının mülkiyet kavramıyla sıkı bir biçimde ilişkilendirilmesi, Hume'un siyaset felsefesinde ekonomik özgürlükleri ön plana çıkarmıştır. Buna karşın Hume'un toplum imgeleminde reka-

¹¹² Bkz. Yayla, s. 65

betçi bir özellik bulmak çok kolay değildir. Filozof endüstri ve ticaretin gelişimi için gerekli olan açılımları yapmıştır. Ancak onun imgelemindeki toplum, sert olmasa da gevşek örgülü bir hiyerarşik yapı arz eder. Ona göre, ister doğumdan kaynaklansın, ister şans ve kabiliyetlerin sonucu olsun, hiyerarşik düzendeki yerimizi iyi bilmemiz gerekir. Ancak Hume'da hiyerarşik düzen sert ve katı değildir. Hiyerarşik düzendeki kademeler arası geçişlilik kolaydır. Bireyler bu hiyerarşik yapıda konumlarını daha iyi hale getirebilirler. Öyle görünüyor ki Hume kendi yaşadığı toplumun sosyal ve siyasi yapısının etkisindedir. Çünkü XVIII. yüzyıl İngiltere'sinde feodalite kaldırılmış, parlamenter yönetim sağlanmış ve birçok kişisel hak garanti altına alınmıştı, ama aristokrasi hale baskın haldeydi¹¹³. Bu koşullarda Hume, muhafazakar-liberal bir görünümde. Yine de bu pozisyonuyla Hume özgür bir toplum için gerekli kurumlar olan, dinsel hoşgörü, temsili hükümet, güçler ayrılığı, basın özgürlüğü gibi siyasal özgürlükleri desteklemiştir¹¹⁴. Sonuç olarak şunu söyleyelim ki, onun açtığı epistemolojik yol, ekonomik özgürlük için olduğu kadar, siyasal özgürlükler için de umut vericidir.

¹¹³ Bkz. Miller, s. 175-176

¹¹⁴ Bkz. Holmes, Stephen, *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard University Press, 1996, s. 1992

**4709 SAYILI KANUNLA YAPILAN ANAYASA
DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİNİN
BİREY DEVLET İLİŞKİSİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd.Doç.Dr. Nihat Bulut**

**I- GİRİŞ: HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖNEMİ KARŞISINDA
SINIRLAMANIN ZORUNLULUĞU**

Doktrine bakıldığında, haklar ve özgürlüklerin, öteden beri, kamu özgürlükleri, temel haklar ve ödevler, temel haklar ve özgürlükler, insan hakları gibi çeşitli kavramlarla karşılandığı görülmektedir¹. Fakat bu kavramsal çeşitliliğe rağmen, bunların tanınması ve korunmasının, anayasal sistemlerin esasını teşkil ettiği konusunda hep bir mutabakat olmuştur. Üzerinde uzlaşma sağlanmış olan bir başka husus da, hak ve özgürlüklerin ya da insan haklarının yönelmiş olduğu amaçtır. Gerçekten, insan hakları felsefi açıdan ne şekilde temellendirilmiş olursa olsun, insanın onurunun, şerefine ve değerine insan haklarının temelini oluşturduğu ve amacını teşkil ettiği her zaman vurgulana gelmiştir².

Bu çerçevede insan hakları, insanla ilgili bazı gerekleri dile getirir. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar. İnsanın değerinden söz etmek, onun diğer canlılar arasındaki özel yerine işaret

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

1 Konuya ilişkin kavramsal ayrımın nedenleri için bkz. Mehmet Akad-Biherin (Vural) Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der y., İstanbul, 2000, s.153; Konuya ilişkin temel kavramlar için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF y., Diyarbakır, 1989, s.13 vd.

2 Bkz. İoanna Kuçuradi, "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1982, s.49.

etmek demektir. İnsana bu özel yeri sağlayan ise, onun özelliklerinin bütünü ve sahip olduğu imkanlardır. Bu imkanlar dolayısıyla insan, diğer varlıklardan farklı olarak, kendini gerçekleştirmek peşinde koşar. İşte bu özellikler, insanın değerini ya da onurunu oluşturur³. Onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir ve ancak sahip olunan haklara ulaşmakla mümkündür⁴. Esasen, temel hakların anayasal düzeyde tanınıp güvence altına alınmasının nedeni de insan onurunun korunmasıdır⁵.

İnsan onuru, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır⁶. Kuşkusuz insan onurunun korunması, insan haklarını bir bütün olarak, ayırım gözetmeksizin⁷ uygulamaya taşımakla, insanı toplumsal koşulların meydana getirdiği her türlü baskıdan kurtarmakla, dahası, ona kendini geliştirme fırsatı vermekle mümkündür. Aksi bir ortamda, gerçek özgürlükten söz etmek mümkün değildir.

Çağdaş insan hakları belgeleri bu amaçla, hak ve özgürlükleri fonksiyonlarına göre tasnif etmişler ve her bir kategoriyle insanın bir yönünü korumayı hedeflemişlerdir. Bu çerçevede kişisel haklar (negatif statü hakları), kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen ve bireyin maddi ve manevi varlığını koruyan özgürlüklerdir. Düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığı... gibi özgürlükler bu bağlamda değerlendirilmekte ve bunların devlete sadece bir karışmama ve gölge etmeme ödevi yüklediği kabul edilmektedir. Sağlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı... gibi sosyal ve iktisadi haklar (pozitif statü hakları) ise, vatandaşlara devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme hakkını tanıyan ve bunun karşılığında devlete sosyal alanda

3 İbid, s.49.

4 Andre Mercier, "İnsan Haklarının Temelleri", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1982, s.15.

5 İnsan hakları ve insan onuru ilişkisi için bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İÜHF y., İstanbul, 1984, s.24 vd.

6 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 63/132, K: 66/29, KT: 28.6.1966, **AMKD**, sy.4, s.187.

7 Hakların bütünlüğü ilkesi, onların değişik şekillerde tasnif edilmelerine karşın, birbirinin "sine qua non" şartı olduklarını, yani birbirini tamamladıklarını ifade eder. (Bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**, s.63; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF y., Ankara, 1981, s.83.)

belirli görevler ve fonksiyonlar yükleyen haklardır⁸. Siyasal haklar (aktif statü hakları) ise, siyasal görüş ve tutumlarını açıklama, örgütlenme, oy verme vb. yollarla vatandaşlara yönetimde söz sahibi olma ve siyasal kararlara katılma yetkisi veren haklardır. Bu haklara sırasıyla, koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları da denilmektedir⁹.

Sonuçta, bütün bu hak ve özgürlükler biraraya gelerek, insanın korunması ve kendini geliştirmesi amacına hizmet ederler. Böyle bir amaç, her şeyden önce, siyasal iktidarın sınırlandırılmasını gerektirir. Konuya tarihsel açıdan yaklaşıldığında, insan hakları doktrininin, insanın değerinden yola çıktığı, bu değer in özgür olmayı gerektirdiğini vurguladığı ve bu uğurda siyasal iktidarın sınırlandırılmasını esas aldığı görülür. Amaç, bireyin seçtiği amaçlar doğrultusunda, kendi yargısına göre eylemde bulunmasını sağlamaktır¹⁰. Devlet ise, bu amacı sağlamaya yönelik bir araçtır. Dolayısıyla, birey devlet ilişkisinde önceliği alması gereken unsur bireydir¹¹.

Ne var ki, özgür insan, aynı zamanda sorumluluk sahibi bir varlıktır. İnsanın bu yönü, ödevli kılınması sonucunu doğurmuş ve temel insan hakları

8 Hemen ifade etmek gerekir ki, sosyal ve iktisadi hakların, gerçek anlamda hak olup olmadıkları konusu tartışmalıdır. Sözelimi Hayek, sosyal ve ekonomik hakların, devletin çeşitli kişi ve gruplara belirli maddi konular temin etmek üzere kullanılmasını gerektirdiğinden hareketle, diğerleri ile birlikte gerçekleşmeyeceğini ifade etmekte ve her hakkın belli bir kişiye ödev yüklediğini, sosyal ve ekonomik haklarda ise böyle bir muhatabın bulunmadığını vurgulamaktadır. Sosyal ve ekonomik hakların zorlamaya dayandığını savunan Rand ise, hakkın konusunu bireyin kendi çabalarıyla gerçekleştirilmesi özgürlüğünü ifade ettiğini, oysa bu tür hakların başkalarına karşılıksız ödev yüklediğini, dolayısıyla insan haklarını tahrip edici olduğunu belirtmektedir. (Bkz. Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s.147-148)

9 Bkz. Kapani, s.6. Fakat, unutmamak gerekir ki, hakların bütünlüğü ilkesi karşısında, yapılacak her ayırım, hak ve özgürlük grupları arasındaki kesin sınıflamaları değil, derece farklılıklarını ifade edecektir. (Bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**, s.63; Benzer bir yaklaşım için ayrıca bkz. Muzaffer Sencer, "Hak ve Özgürlük Kavramı," **İnsan Hakları Yılı**, C. 16, 1994, s.5.)

10 Elbette insan haklarıyla iktidar arasındaki ilişki sadece iktidarın sınırlandırılmasından ibaret değildir. Çağdaş insan hakları anlayışı çerçevesinde siyasal iktidar, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve böylece özgürlüğün sağlanması yönünde görevler üstlenmiştir. (Bkz. Bahri Savcı, "İktidarla Münasebeti Bakımından Hürriyet Problemi", **AÜSBFD**, C.XIX, sy.,2, 1964, s.157.)

11 17 ve 18. yüzyıllarda çeşitli düşünürler tarafından ortaya konan bu anlayışın 1789 Fransız Devrimi ile somutlaştığı ve bireye siyasal iktidar karşısında özerk alanın tanınmasını ifade ettiği bilinmektedir. (Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, "Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)", **AÜSBFD**, C. XLIV, Temmuz-Aralık 1989, No:3-4, s.195.

belgelerinde insanın haklarıyla beraber ödevlerine de işaret edilmiştir¹². Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin, herkesin topluma karşı ödevleri olduğunu belirten 29. maddesi ile 1982 Anayasasının, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini vurgulayan 12. maddesi bunun en açık örnekleridir.

Öte yandan, insanın toplum içinde yaşaması başkalarının haklarına saygı göstermesini gerektirir. Bir kere, toplumsal yaşam içinde, bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Bu durum bir dengeleme yapmayı ve birey haklarını sınırlandırmayı gerektirir¹³. Öte yandan kamu düzeninin sağlanması ve korunması da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kılar¹⁴. Çünkü toplumsal yaşamın bulunduğu yerde, sınırsız özgürlükten söz etmek, kargaşadan söz etmek demektir ve bunu istemek de mantıklı olmasa gerektir. Kısacası, özgürlük ancak düzen içinde mümkündür. Düzen içinde özgürlük ise sınırlı bir özgürlüktür.

Sonuç itibarıyla, toplumsal yaşamın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kıldığı görülmektedir. Fakat bu zorunluluğa karşın, yapılacak sınırlamalarda bazı önemli ilkelerin hesaba katılması gereği de kabul edilmelidir. Bu ilkelere en önemlisi, özgürlük otorite ilişkisinde dengeyi iyi kurmak ve özgürlüğü otoriteye feda etmemektir. Elbette, ilk bakışta, düzen ya da otorite ile özgürlük birbiriyle çatışır gibi gözükmemektedir. Fakat gerçekte bunların birbirine ait olan iki şeyin parçası sayılmaları gerekir¹⁵. Bu bağlamda, düzen ya da onu sağlamakla yükümlü olan iktidar, özgürlüğün düşmanı değil, şartıdır.

Özgürlük otorite ilişkisinde özgürlüğü ön plana çıkarmak, devlet birey ilişkisinde bireyi ön sıraya almak demektir. Dolayısıyla, oluşturulacak sınırlama rejiminde bu gerçeği dikkate almak ve devleti bireye yeğlememek gerekir. Çünkü özgürlüğün şartı olan devlet, başlı başına bir amaç değildir. Amaç, insanın seçmiş olduğu gaye doğrultusunda kendisini geliştirme imkanına sahip

¹² Hak-ödev ilişkisi için bkz. Akad, **Teori ve Uygulama Açısından...**s.46 vd; Bu ilişkinin uluslar arası insan hakları belgelerine yansması için konusunda bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta y., İstanbul, 1997, s.380 vd.

¹³ Kuşkusuz böyle bir tespit, hak ve özgürlükler bir bütün olarak değerlendirildiğinde doğrudur. Yoksa, tek tek hak ve özgürlükler söz konusu edildiğinde, bazılarının sınırlandırılmaması olduğu görülür. Sözgelimi, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik gibi haklar hiçbir biçimde ve yerde sınırlamaya tabi tutulamayacak tür ve nitelikte haklardır. (Bkz. Gemalmaz, s.395)

¹⁴ Kapani, s.223.

¹⁵ Maurice Croston, "İnsan Hakları Nelerdir?", **Sosyal ve Siyasal Teori**, Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999,s.311.

olmasıdır. Bu durum dikkate alındığında, özgürlüğün ancak toplum düzeninin sürmesini sağlamak ve herkesin ondan düzen içinde yararlanmasını olanaklı kılmak için sınırlanabileceği yargısına varılır¹⁶.

Bütün bu tespitler, sınırlama yapılırken uyulması gereken bir başka ilkenin gündeme getirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu, “özgürlük kural sınırlama istisna” ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın ancak istisnai hallerde, düzenin bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ifade eder. Aksi bir tutum, yani bu ilkeyi tersine çeviren bir anlayış, insan haklarının yönelmiş olduğu amaçla bağdaşmaz.

Bu çalışmada, bütün bu tespitlerin ışığında, öncelikle, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler için öngörmüş olduğu sınırlama rejimi ele alınacak, bunun çağdaş insan hakları anlayışı ve dolayısıyla birey devlet ya da otorite özgürlük ilişkisi açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Ardından da, 2001 Anayasa değişiklikleriyle birlikte ortaya çıkan durum, yine aynı çerçevede irdelenecek ve sonuç itibarıyla gelinecek noktanın bir ilerleme sayılıp sayılamayacağı tartışılacaktır. Bu arada hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışma olağan dönemlerle sınırlı tutulacak ve olağanüstü dönemler için öngörülen sınırlama rejimi üzerinde durulmayacaktır.

II- ANAYASANIN İLK ŞEKLİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ

A- Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Temel hak ve özgürlükleri bazen anayasanın kendisi sınırlar, yani hakkı ancak belli sınırlar içinde tanıır¹⁷. Bu konuda en yaygın model, yasaklar şeklindeki düzenlemelerdir. Bu yasaklar soyut olabilecekleri gibi, somut da olabilirler¹⁸. Siyasi partilerin ticari faaliyetlere girişmemeleri (m. 69/2), bazı kişilerin parti üyesi olamamaları (m. 68/5), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak silahsız ve saldırısız olması halinde mevcut bulunması (m.34/1) gibi sınırlamalar, temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile sınırlanmasına örnektir. Esasen, 1982 Anayasasının bu tür sınırlamalara bolca yer verdiği, hatta, bilim ve sanat özgür-

¹⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Afa y., İstanbul, 1994, s.68.

¹⁷ Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Anlamı Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasamız”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.487.

¹⁸ Bkz. Bülent Tanör- Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul, 2001, s.131 vd.; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF y., Ankara, 1982, s.22.

lûğü gibi, doğası gereği sınırlanmaması gereken bir takım hak ve özgürlükleri de doğrudan sınırlandığı görülür¹⁹. Kuşkusuz bu tür sınırlamaların çokluğu, anayasanın yeterince özgürlükçü olmadığını kanıtı sayılır.

Çoğu kez ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması doğrudan anayasanın kendisi tarafından yapılmaz. Anayasa sınırlama nedenlerini göstererek, işi yasama organına bırakır²⁰. Bu durumda önem kazanan husus, yasama organına tanınan yetkinin genişliğidir. Hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda yasama organına geniş yetkiler tanınması, özgürlükler açısından sakınca doğurur. Bu yüzden, yasama organına tanınan sınırlama yetkisinin bazı koşullara bağlanması gerekir.

B- Sınırlamanın Koşulları

Bütün çağdaş anayasalar gibi, 1982 Anayasası da, temel hak ve özgürlüklerin hangi organ tarafından, ne gibi nedenlere dayanılarak ve ne ölçüde sınırlanabileceğini düzenleyen kurallara yer vermiştir. Buna göre, “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

1- Sınırlamanın Yasa İle Yapılması

Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ilk şartı, bunun *yasa* ile yapılabilecek olmasıdır. Kuşkusuz bu durum, bireyleri iktidar karşısında güvenceli bir konumda tutmak açısından son derece önemlidir. Esasen liberal demokratik rejimler de bu gerçekten hareketle, sınırlamanın yasa ile yapılması anlayışını benimsemişlerdir²¹. Dolayısıyla, yürütme organının düzenleyici işlemler aracılığı ile temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması,

¹⁹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.133.

²⁰ Bazen anayasanın, neden göstermeden sınırlamanın yasayla yapılacağını söylediği de olur. Sözgelimi, 1924 Anayasasının, “Basın, kanun dairesinde serbesttir” (m.77) hükmü böyledir. Basit yasa sınırlaması denilen bu sınırlama biçiminde, yasa koyucuya sebep göstermeden sınırlama yetkisi verilmektedir (Bkz. Sağlam, s.29; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, s.369)

²¹ Yasa kaydıyla sınırlamanın bireyler açısından taşıdığı güvenceler için bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1992, s.90; Kapani, s. 230-232.

kural olarak, mümkün değildir. Elbette, sınırlamanın yasa kaydına bağlanması tek başına yeterli olmayacaktır. Yasal sınırlama hükümlerinin açık ve kesin olması da şarttır²². Bu, hukuk devletinin bir gereğidir ve amaç bireyin yasanın emrini önceden görebilmesini ve hesaba katabilmesini sağlamaktır²³.

Ne var ki, genel ve olağan kural böyle olmakla birlikte, 1982 Anayasası çerçevesinde, olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnemelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün kılınmış ve bu tür düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin denetiminden de bağışık tutulmuştur²⁴. Öte yandan, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, olağan dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnemeler ile de, kişisel ve siyasal haklar alanında olmasa bile, sosyal ve ekonomik haklar alanında düzenleme yapmak olasıdır. Gerçi sosyal ve ekonomik hakların devletin olumlu müdahalesini gerektirdiğinden hareketle bu durumu normal karşılamak mümkün gibi gözükmektedir. Fakat, bu haklardan bazıları, sözelimi sendika hakkı, devletin müdahalesi bakımından, kişisel ve siyasal haklardan farklı sayılmaz. Dolayısıyla, sosyal ve ekonomik hakların yasa kaydına bağlı olmaksızın sınırlandırılmasına kapı aralayan bu hüküm, Anayasanın 13. maddesinin birinci fıkrasıyla çelişmektedir. Doktrinde haklı olarak, sosyal ve ekonomik haklar bakımından, temel hakkı güçlendiren düzenlemelerin kanun hükmünde kararneme ile; hakkı sınırlayıcı düzenlemelerin ise, ancak yasa ile gerçekleştirilebileceğinin kabul edilmesinin bu çelişkiyi giderebileceği savunulmaktadır²⁵. Yine de, son anayasa değişikliği sırasında bu konunun da ele alınması ve yukarıdaki yorum çerçevesinde netliğe kavuşturulması isabetli olurdu.

2- Sınırlamanın Bir Nedene Dayanması

Kuşkusuz temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin yasama organına verilmesi bireyler için önemli bir güvence teşkil eder. Fakat bu güvence, önemli olmakla beraber, yeterli değildir. Çünkü yasama organının özgürlükleri alabildiğine kısıtlaması ve kullanılamaz hale getirmesi mümkündür²⁶. Bu gerçekten yola çıkan anayasalar, yasama organının olası ihlallerini önleme

22 Uygun, s.96.

23 Gören, s.378.

24 Bkz. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.69 vd.

25 Uygun, s.114; Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" **Anayasa Yargısı** 9, Ankara, 1993, s.268-269; Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.372.

26 Uygun, s.115.

amacı gütmüşler ve sınırlama yetkisini bazı koşullara bağlamışlardır. 1982 Anayasası da bu doğrultuda, yasama organına, sınırlama yaparken, Anayasada sayılan *nedenlere dayanmak* zorunluluğu getirmiştir.

1982 Anayasası, ilk şekliyle, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde iki tür sınırlama nedeni öngörmüştür. Bunlar, genel sınırlama nedenleri ve özel sınırlama nedenleridir. Genel sınırlama nedenleri Anayasanın 13. maddesinde sayılmış ve bunların temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz, Anayasada böyle bir kuralın yer almasına karşın, bu nedenlerin tümünün, bütün hak ve özgürlüklere uygulama olanağının bulunmadığı, bazı özgürlüklerin niteliği gereği sınırlama nedenlerinin her türlüüne maruz kalmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Sözgelimi, kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağını belirten kanaat özgürlüğünün, niteliği gereği, bu nedenlerden payını almayacağı ortadadır²⁷.

Fakat durum bir bütün olarak değerlendirildiğinde, genel sınırlama nedenlerinin yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanıdığı da gerçektir. Çünkü, genel sınırlama nedenlerini oluşturan milli egemenlik, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, genel ahlak...gibi kavramlar muğlak kavramlardır ve içerikleri üzerinde anlaşmak oldukça güçtür. Bu gerçek, demokratikleşme söz konusu olduğunda bu düzenlemenin hep gündeme gelmesi sonucunu doğurmuş ve bu çerçevede, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması; bu mümkün görülüyorsa, sayının azaltılması ve bu alanda içeriği belirsiz kavramlar kullanmaktan vazgeçilmesi önerilmiştir²⁸.

Öte yandan, genel sınırlama nedenlerinden söz ederken, Anayasanın Başlangıç hükümlerini de dikkate almak gerekir. Tanör-Yüzbaşıoğlu, Başlangıç hükmünü 13 ve 14. maddelerle birlikte, genel sınırlama halkalarını oluşturan maddelerden birisi olarak değerlendirmekte ve özellikle, "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği..." hükmünün, yasa eliyle sınırlama getirilmesi için çok elverişli bir dayanak teşkil ettiği ve adeta bir açık bono olduğunu vurgulamaktadır²⁹.

Anayasa Mahkemesinin Başlangıç ile ilgili tutumu da bunu haklı çıkarır niteliktedir. Doktrinde, Başlangıç hükmündeki kavramların ölçü norm olarak

²⁷ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, S y., Ankara, 1989, s.160.

²⁸ Bkz. Hikmet Tülen, "Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişikliği Tartışmaları", *AÜEHFD*, C.IV, S.1-2, s.208.

²⁹ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.134.

değerlendirilmesinin “yerindelik” sorunu olduğu, görevi “hukuki denetim” olan Anayasa Mahkemesinin bu kavramları ölçü norm olarak değerlendirmesinin, yetkilerini aşarak, yerindelik denetimine kayması sonucunu doğuracağı ifade edilmiş ve bu nedenle, bu kavramların sadece seçimle iş başına gelen siyasal organlara hitap eden felsefi ve siyasi kavramlar olduğu belirtilmişse de³⁰, Anayasa Mahkemesi bu kavramları ölçü norm olarak kullanmıştır³¹. Kuşkusuz, Başlangıç hükmünde geçen “Hiçbir düşünce ve mülahaza” ibaresine Anayasa Mahkemesinin bu eğilimi de eklenince, ortaya çıkan durumun yasa koyucuya ne kadar geniş bir takdir alanı bıraktığı anlaşılır.

Özel sınırlama nedenleri ise, her hangi bir hak ve özgürlükle ilgili anayasa maddesinde yer alan sınırlama nedenleridir. Bunlar, sadece ilişkin oldukları haklar için geçerli olan nedenlerdir ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki ideal usul de budur. Kuşkusuz burada da sınırlama nedenlerini ölçülü tutmak gerekmektedir. 1982 Anayasasının, özel sınırlama nedenleri açısından, 1961 Anayasasına göre daha katı bir tutum takındığı ve nedenleri ağırlaştırdığı söylenebilir³².

Sonuçta, Anayasanın, genel sınırlama nedenlerinin yanı sıra, ilgili hak ve özgürlüklere getirilen özel sınırlama hükümleriyle, ağır bir sınırlama rejimi benimsediği ve böylece insan haklarının alanını daralttığı ifade edilebilir³³.

3- Sınırlamanın Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olması

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının bir diğer şartı, sınırlamanın anayasanın *sözüne ve ruhuna uygun* olmasıdır. Bu ilke çerçevesinde, yapılacak sınırlamalar, anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallara ve anayasa, başlangıç da dahil, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ortaya çıkan prensiplere aykırı olamayacaktır³⁴. Anayasanın sözüne uygunluk şartının, özellikle, somut ve ek güvenceler söz konusu olduğu zaman, kullanışlı bir

³⁰ Bu konuda Özbudun, Teziç ve Yüzbaşıoğlu'nun görüşleri için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, 1993, s.128.

³¹ İbid, s.129-131; Mehmet Tevfik Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, **Liberal Düşünce**, Yıl 6, Sayı 22, Bahar 2001, s.48 vd.

³² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin y., Ankara, 1995, s.79; Uygun, s.133.

³³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Türkiye'nin Demokrasi Sorunu**, İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası y., İstanbul, s.16.

³⁴ Bkz. Uygun, s.142 vd.

koşul olacağı açıktır³⁵. Fakat aynı şeyi anayasanın ruhuna uygunluk şartı için söylemek güçtür. Aslında, ilk bakışta cazipmiş gibi gözükken bu prensip, anayasanın bizzat kendisinin temel hak ve özgürlükleri geliştirici yorumlara yardımcı olmadığı durumlarda fazlaca bir değer taşımayacaktır. Nitekim 1982 Anayasası döneminin yargı pratiği de bunu ortaya koymuş ve Anayasa Mahkemesi, Anayasanın, otorite özgürlük dengesinde otoriteye ağırlık tanıdığını belirtmiştir³⁶.

Öte yandan, anayasanın ruhu kavramı, nesnel olarak tanımlanabilecek nitelikte olmadığı için, yargı denetimi sırasında bu yola başvurulmasının, yerindelik denetimine kayılması sakıncasını doğurması da mümkündür³⁷.

4- Sınırlamanın Ölçülü Olması

Yasma organının sınırlama yaparken uyacağı bir başka ilke *ölçülülük* ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişki noktasında önem kazanmakta ve bir hakkı sınırlayan önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğine işaret etmektedir³⁸. Hukukun pek çok alanı için önemli olan³⁹ ve değişik hukuk düzenleri⁴⁰ ile uluslar arası insan hakları belgelerinde⁴¹ yer alan bu ilke, otorite özgürlük ilişkisinde, özgürlüğün gereğinden fazla sınırlandırılmasının önüne geçmek için kullanılmaktadır.

1961 Anayasasında pozitif dayanağı olmamasına karşın, Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesinden türeterek kabul ettiği ve kararlarında uyguladığı⁴² ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasıyla, adı açıkça zikredilmemesine

35 Tanör- Yüzbaşıoğlu, s.147.

36 Bkz. İbid, s.147.

37 İbid, s.147.

38 Kavram için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2001, s.1289-1290; Ufugun, s.161-162.

39 Örneğin ilke idare hukukunda, kolluk faaliyetlerinin sınırları, ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde kullanılmaktadır. (Yücel Oğurlu, "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.IV, sy.,1-2, 2000, s.147.) Aynı şekilde ilke ceza hukukunda da kullanılmaktadır. (Mahmut Koca, "Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama"- Bu makale, Prof. Dr. Ergun Önen Armağanında Yayınlanacaktır-)

40 Bkz. İlkenin Almanya ve Fransa uygulamaları için bkz. Hakyemez, s.1293-1298.

41 Bkz. İlkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde uygulaması için bkz. İbid, s.1298-1305.

42 İbid, s.1305.

karşın, Anayasanın 13/2 ve 15. maddeleri dolayısıyla pozitif dayanaklara kavuşmuş ve Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu ilkeyi kullanmıştır⁴³.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleridir⁴⁴. Bir hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan aracın, yani yasanın, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından uygun olması *elverişlilik* ilkesini; yasa koyucunun öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması, *gereklilik* ilkesini; amaç ile aracın birbirine karşı ölçsüz olmaması gereği de, *oranlılık* ilkesini ifade eder.

5- Sınırlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmaması

1982 Anayasası, son olarak, yukarıda sayılan ilkelerin hepsine uyulmuş olsa bile, sınırlamanın hiçbir biçimde *demokratik toplum düzeninin gereklerine* aykırı olmayacağı esasını getirmektedir. 1961 Anayasasının bu konuda, “kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz” hükmünü koyarak, öze dokunma yasağı öngörmüştü. 1982 Anayasası ile getirilen yeni düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesince de kabul edilmiş bir düzenlemedir⁴⁵. 13. Maddenin gerekçesinde, bu kıstasın, 1961 Anayasasının getirmiş olduğu “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin ve uygulanması daha kolay bir kıstas olduğu belirtilmiştir⁴⁶.

Elbette burada önemli olan, demokratik toplumdaki ne anlaşılacağı, yani Anayasada çerçevesi çizilen demokrasi anlayışının mı, yoksa evrensel demokrasi yaklaşımının mı esas alınacağı ve söz konusu ölçütün ne şekilde yorumlanacağıdır. Sorun, doktrinde tartışılmış ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Aslında bu konudaki tartışma Anayasanın içindeki çelişkiden kaynaklanmıştır. 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olduğu belirtilmişti ve bu maddeden yola çıkarak, Anayasanın çağdaş, Batılı, liberal demokrasi anlayışı-

⁴³ Bkz. Uygun, s.165 vd.

⁴⁴ Bkz. Hakyemez, s.1316 vd; Uygun, s.161-162; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s.114 vd.

⁴⁵ 1982 Anayasası ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi arasındaki ilişki için bkz. Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İÜHF y., İstanbul, 1993, s.3 vd.

⁴⁶ 13. maddeninin gerekçesi için bkz. Mehmet Akad-Abdullah Dirişkol, *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım y., İstanbul, 1988, s.71-72.

nı benimsediğini söylemek mümkün gözükmekteydi. Fakat Başlangıç hükümünde geçen “hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ibaresi, bu yargının kuşku verici olduğu sonucunu doğurmuştur. Tanör, Başlangıçta geçen bu hükümden yola çıkarak, 1982 Anayasasının hürriyetçi demokrasi anlayışını kendisiyle özdeşleştirip, bunun dışındaki her türlü yorumu yasakladığını belirtmektedir⁴⁷. Hemen belirtilmelidir ki, Türkiye Cumhuriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bireysel başvuru hakkını tanıran, buna koymuş olduğu çekince de bu görüşü doğrular niteliktedir. Dışişleri Bakanlığı konuya ilişkin tebliğinde şöyle demektedir: “Bu beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan 'demokratik toplum' kavramı, Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasanın dibacesine ve 13. maddesine uygun olduğu şeklinde anlaşılmalıdır”⁴⁸.

Aslında konu, Anayasanın hazırlık aşamasında, 13. maddenin ikinci fıkrasındaki temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzenine aykırı olarak sınırlandırılmayacağına ilişkin hüküm ele alınırken, Danışma Meclisinde de tartışılmış ve sonuçta 13. maddenin gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir: “Hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır”⁴⁹. Genellikle kabul gören demokratik rejim, Batılı, liberal ya da klasik demokrasi olduğuna göre, buradan çıkan sonuç, 1982 Anayasasıyla klasik demokrasinin benimsendiğidir.

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasasına bakılarak, benimsenen demokrasi anlayışı hakkında iki farklı yargıya ulaşılabilmektedir. Gerçekten 13. maddenin gerekçesi Batılı liberal demokrasinin kabul edildiği izlenimini verirken, Başlangıçta yer alan hükümler aksi bir kanaate yol açmaktadır. 1982 Anayasasının içinde barındırdığı bu çelişki, Türk doktrininde farklı değerlendirmelere yol

⁴⁷ Bülent Tanör, *İki Anayasa*, Beta y., İstanbul, 1991, s.132-133; Tanör'ün aksine Turhan, “Başlangıç kısmında, Anayasanın, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, Anayasadaki bütün hükümlerin çağdaşlık esas alınarak yorumlanması gerekmektedir” demektedir ve bu yüzden Anayasadaki demokrasi kavramını, çağdaş Batılı demokrasi anlayışı çerçevesinde yorumlamak gerektiğini vurgulamaktadır. Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri,” *TDV Bülteni*, sy.10, Aralık 1991, s.22.

⁴⁸ Tebliğ için bkz. 12 Nisan 1987 tarihli Resmi Gazete, s.2.

⁴⁹ Gerekçe için bkz. Akad- Dinçkol, s.72.

açmışsa da⁵⁰, 1982 Anayasasının yerel bir demokrasi anlayışını benimsediğini söyleyenler bile, Anayasa Mahkemesinin, demokrasi kavramına çağdaş ve evrensel ölçütler açısından bakarak, sorunu çözebileceğini savunmuşlardır⁵¹. Gerçekten Anayasa Mahkemesi 1982 sonrasında konuya ilişkin ilk kararında değilse bile, ikinci kararında sorunu çağdaş, evrensel demokrasi lehine çözüme kavuşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin görüşünü ilk kez, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun grev hakkını serbest bölgelerde 10 yıl süreyle yasaklayan geçici 1. maddesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediği” sonucuna varırken belirtmiş ve söz konusu kararda şu ibareye yer vermiştir: “Yasa koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde...demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur”⁵². Sağlam, Anayasa Mahkemesinin milli demokrasi anlayışını benimsediği bu kararını endişe verici bir gelişme olarak değerlendirmiştir⁵³. Kuşkusuz bu karar, Yüksek Mahkemenin Anayasanın Başlangıç kısmındaki “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” direktifini aynen benimsemiş olduğunu göstermektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi kısa bir süre sonra vermiş olduğu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ilgili kararda yukarıdaki içtihadını değiştirmiş ve bu kez evrensel Batı demokrasi anlayışını benimsediğini ortaya koymuştur. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir: “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir...Demokratik hukuk devletinde güdülen

50 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Nihat Bulut, **1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Siyasal Katılım**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) MÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s.134 vd.

51 Tanör, s.137; Fazıl Sağlam, “1982 Anayasasının Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar,” **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1990, s.441.

52 E: 1985/21, K: 1986/23, K.T. 6.10.1986, **AMKD**, sy.22, s.224.

53 Sağlam, ‘1982 Anayasasının...,’ s.440.

amaç ne olursa olsun, özgürlükleri kısıtlamak bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmemesidir”⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi bu kararında açıkça klasik Batı demokrasi anlayışını benimsemiş ve sonraki kararlarında da bu çizgisini sürdürmüştür⁵⁵. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 14.6.1988 tarihli bir kararında, “İncelenen kural çağdaş Batı demokrasilerinin en güçlü niteliği olan katılımcılığı sürekli biçimde etkin olma ögesini önemli ölçüde zedeleyerek bireyleri ve toplumu kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır”⁵⁶ diyerek, bu konudaki yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesinin neredeyse Anayasaya rağmen ileri bir demokrasi anlayışını benimsediğini göstermektedir ve Çağlar’ın deyişle, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı farklı bir şekilde okuduğunun göstergesidir⁵⁷. Kuşkusuz bu durum Anayasa Mahkemesinin hem temel hak ve özgürlükler için önemli bir güvence oluşturması⁵⁸, hem de Anayasayı Batı demokrasi anlayışı doğrultusunda yorumlamada etkin bir rol oynayarak Avrupa standardını yakalayabilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak görülebilir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin yorumuna gelince, Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlamıştır. Fakat arada önemli bir yaklaşım farkı vardır. Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde, hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran ve kullanılmaz duruma düşüren sınırlamaları öze dokunma olarak kabul etmişken⁵⁹, 1982 Anayasası döneminde, kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını belirtmiştir⁶⁰.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öze dokunma yasağı çerçevesinde değerlendirmekte, fakat, 1961 Anayasası döneminden geriye düşerek, öze dokunmayı, sadece hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesine özgülemektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlüğün kullanılmasını ciddi bir şekilde güç-

54 E: 1985/8, K: 1986/27, K:T: 26.11.1986, **AMKD**, sy.22, s.365.

55 Bkz. Yüzbaşıoğlu, , s.314 vd.

56 E: 1988/14, K: 1988/18, KT: 14.6.1988, **AMKD**, sy. 24, s.253-254.

57 Bakır Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi,” **Anayasa Yargısı 7**, Ankara, 1990, s.91.

58 Uygun, s.178.

59 Bkz. Akad- (Vural) Dinçkol, s.242.

60 Bkz. İbid, s.243.

leştirici sınırlamaları öze dokunma saymamakta ve dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmamaktadır.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını hakkın özü kavramıyla tanımlaması, doktrinde genellikle olumlu bulunmuşsa da, Gözler, ilkenin 1961 Anayasasına ait olduğunu, 1982 Anayasası ortamında böyle bir ilkenin bulunmadığını ifade etmiş ve Anayasa Mahkemesini pozitif temelden yoksun bir ilkeyi uyguladığı için eleştirmiştir⁶¹. Öte yandan Gözler, bu iki ilke arasında özdeşlik olmadığını, bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin, öze dokunan kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır, demesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Gözler'e göre, öze dokunan ama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan sınırlamalar bulunabilir. Sözgelimi, ölüm cezası yaşama hakkının özüne dokunur, ama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı değildir⁶².

Hukuk tekniği açısından bu yargıya katılmak mümkün değildir. Çünkü öze dokunma yasağı yasama organı için öngörülmüş bir yasaktır. Ölüm cezası ise, bizzat anayasa tarafından kabul edilen bir ceza türü olmuştur ve öz kriteri açısından değerlendirmede bu durum dikkate alınacaktır. Ayrıca demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini öz kriteri ile tanımlamak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bireyler için daha güvenceli bir durum yaratıyorsa, bunu olumlu bulmakta da bir sakınca olmasa gerektir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi bu kriteri kullanırken 1961 dönemindeki yorumuna sadık kalmamış ve hak ve özgürlüğün kullanılmasını ciddi bir şekilde güçleştirici sınırlamaları öze dokunma saymamıştır.

C- Sınırlama Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını bu ilkelere bağlayan 1982 Anayasası, özellikle sınırlama nedenleri dolayısıyla eleştirilmiş ve özgürlüklerin genel rejimi açısından, katmerli sınırlama sistemi denilebilecek bir mekanizma getirmiş olmakla suçlanmıştır⁶³. Bir kere, istisnasız bütün hak ve özgürlükler için devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması gibi genel sınırlama hükmü konulmuştur. İkinci olarak temel hak ve özgürlükler, kendi maddelerinde sayı-

⁶¹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi y., Bursa, 2000, s.194-195.

⁶² *Ibid*, s.196.

⁶³ Tanör, s.134.

lan sınırlama nedenleriyle de daraltılabileceklerdir. Üçüncü olarak temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlığını taşıyan 14. maddeyle genel bir yasaklama ve yaptırım hükmü konulmuş ve bunların hangi amaçlarla kullanılmayacakları, aksine davrananların cezalandırılacakları kabul edilmiştir.

Ayrıca, Başlangıç 5. paragrafta yer alan, "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği..." hükmünün de hak ve özgürlüklerin yasama organı eliyle sınırlandırılmasına elverişli olduğunu eklemek gerekir.

Bütün bunlar, 1982 Anayasasının devlet otoritesini özgürlükler aleyhine güçlendirme ve dolayısıyla bireyi devlet karşısında ikinci plana atma eğiliminin⁶⁴ ya da birey özgürlükleri karşısında devletin kutsallaştırılmasının⁶⁵ bir göstergesi sayılmıştır. Aslında Osmanlı birikimi de dahil, Türk siyasal geleneğinde devletin bireye ve toplumsal gruplara göre üstün tutulması hep süregelen bir olgu olmuştur⁶⁶. Bunun doğal sonucu, devletin toplum üzerinde ve ondan özerk bir varlık olarak algılanması, devlete sahip olanların kendilerini ulusal menfaatlerin tek temsilcileri saymaları ve giderek sivil topluma ve onun kurumlarına şüphe ile bakmalarındır⁶⁷. Esasen demokrasiye geçtikten sonra da, Türk yönetici elitlerinin bu tutumları çok değişmemiştir. Özbudun'un da belirttiği gibi, bürokratik elitler modern-batıcı eğilimleri gereği demokrasiyi içtenlikle istemişler, fakat demokrasinin, rakip ya da karşıt çıkarların serbestçe örgütlenmelerini ve kuralları önceden belirlenmiş biçimde barış içinde yaşayabilmeleri yolundaki çağdaş anlayışı tam anlamıyla benimseyememişlerdir⁶⁸.

1982 Anayasasının bireye göre devlete öncelik vermesinin, gönüllü birliklerle sendikalara kısıtlama getirmesinin ve siyasal partilerin gücünü sınırlama-

⁶⁴ Tanör, s.134; Taha Parla, **Türkiyede Anayasalar**, İletişim y., İstanbul, 1991, s.37.

⁶⁵ Gemalmaz, **Türkiye'nin Demokrasi Sorunu**, s.16.

⁶⁶ İltar Turan, **Siyasal Demokrasi, Siyasal Katılma, Baskı Grupları ve Sendikalar**, Türkiye Denizcilik Sendikası Eğitim Dizisi-7, Emin Ofset, İstanbul, 1986, s.70.

⁶⁷ Ergun Özbudun, "Türkiye'de Siyasal Kültür ve Demokrasi," **Türkiye'de Demokrasi ve Siyasal Kültürün Gelişmesi**, Yayına Hazırlayan, Hüsnü Erkan, TDV ve Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Ortak yayını, İzmir, 1990, s.66.

⁶⁸ İbid, s.66. Belki de bu durumu normal karşılamak gerekir. Çünkü genç Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı Devletinin bürokratik hünerlerini ve idari mekanizmasını miras almıştı. Osmanlı devleti ise, temelde, doğulu ve geleneksel bir görünüşteydi. Dolayısıyla eski alışkanlıkların atılması son derece zordu. (Bu konuda bkz. Ersin Onulduran, **Political Development And Political Parties in Turkey**, AÜSBF y., Ankara, 1974, s.103.)

sının, büyük ölçüde, böyle bir anlayışın ürünü olduğu söylenebilir⁶⁹. Oysa Batıda anayasa hareketleri esas olarak bireyin devlete karşı korunmasını amaçlayan bir seyir takip etmiştir⁷⁰. Soruna anayasal gelişim açısından bakılırsa, Türkiye'de de 1971 değişikliklerine kadar belli başlı anayasal uğrak noktalarının, siyasal rejimin felsefesini ve çerçevesini liberalleştirmek, toplumun ve bireyin bağımsızlaşmasına hizmet etmek gibi amaçlarla ortaya çıktıkları görülür⁷¹. 1961 Anayasasının, bireyi ön planda tutan özgürlükçü yapısı bunun kanıtıdır. 1982 Anayasası bu bakımdan bir gerilemeyi ifade etmekte ve aslında 1961 Anayasasının bireye ve toplumsal gruplara tanıdığı hakların, devlet otoritesini sarstığı anlayışına dayanmaktadır.

1982 Anayasasının hak ve özgürlükler ve bunların sınırlandırılması konusundaki yaklaşımı da bu bakış açısının bir ürünüdür. 1982 Anayasası, bu bakış açısıyla, 1961 Anayasasına göre, özgürlük ile otorite arasındaki dengede, otoriteye daha fazla ağırlık vermiştir⁷². Bu bağlamda, bir yandan yürütmenin güçlendirilmesi yoluna gidilirken⁷³, öte yandan, yukarıda da belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlükler alanında, serbestlikten çok sınırlamacı bir anlayış benimsenmiştir.

Dolayısıyla, 1982 Anayasasının hak ve özgürlükler konusundaki tutumu, onun bireye bakışının sonucu olarak, sınırlamadan yanadır. Anayasa, uluslararası normlara, özellikle de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun olarak yurttaşlara bir takım hak ve özgürlükler tanıdıysa da, çağdaş anlayışın gereği olan "özgürlük kural sınırlama istisna" ilkesini tersine çevirmiş⁷⁴ ve kutsal⁷⁵

69 Ergun Özbudun, "Development of Democratic Government in Turkey: Crises, Interruptions, and Reequilibrations," *Perspectives on Democracy in Turkey*, (Editor: Ergun Özbudun), Sevinç Matbaası, Ankara, 1988, s.40-41.

70 Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta y., İstanbul 1986, s.134 vd.

71 Tanör, s.130.

72 Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek y., İstanbul, 1986, s.134.

73 Kuşkusuz yürütmenin güçlendirilmesi olgusu tek başına alındığında hak ve özgürlükler açısından sakınca doğurmayabilir. Gerçekte yürütmenin güçlendirilmesi, bütün dünya anayasalarında görülen ve devlet görevlerinin artmasıyla birlikte çağımızın zorunlu kıldığı bir yaklaşımdır. Fakat bunun otorite ile özgürlük arasında kurulmuş dengeleri fazla bozmadan gerçekleştirilmesi gerekir. (Bkz. İbid, s.169-170)

74 Tanör, s.135.

75 1982 Anayasası, ilk şekliyle, Başlangıçta bunu açıkça vurgulamış ve birinci paragrafta "Kutsal Türk Devleti"nden söz etmiştir. Bu ibare birey devlet ilişkisine nasıl bakıldığını göstermesi açısından önemli sayılmış ve liberal batı anayasacılığının bireyin haklarını kut-

saydığı devletin otoritesini güçlendirmek için, 1971 ve 1973 değişiklikleri ile belirginleşen temel hak ve özgürlükleri sınırlama eğiliminin en üst noktasını oluşturmuştur⁷⁶.

Şimdi sorun şudur: Acaba 2001 değişiklikleri bu anlayışın geride kaldığının bir göstergesi sayılabilir mi? Kuşkusuz bunu anlayabilmek, söz konusu değişikliklerin irdelenmesiyle mümkündür.

III-SON ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ

A- Getirilen Yenilikler

4709 Sayılı Kanunla⁷⁷, Anayasanın 13. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: "Temel hak ve hürriyetler, özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Eskisiyle karşılaştırıldığında, bu hükmün dört temel yenilik getirdiği görür. Bunlardan ilki, hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesi; ikincisi, öze dokunma yasağı; üçüncüsü, sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayacağı esası; dördüncüsü ise, sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edemeyeceği hükmüdür.

1- Genel ve Özel Sınırlama Nedenleri Toplamından Özel Sınırlama Nedenlerine Geçiş

Yukarıda, 1982 Anayasasının, ilk şekliyle, bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenleri öngördüğü belirtilmişti. Anayasanın bu tutumu, öteden beri tartışma konusu olmuş ve yukarıda da vurgulandığı gibi, yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçi, genel sınırlama nedenlerini içeren 13. maddeye dokunulmaması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Sözelimi Gözler, 1982 Anayasasının öngördüğü genel sınırlama nedenlerinin sayıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü sebeplerden fazla olsa bile, onunla uzlaşmaz nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Gözler'e göre, 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenlerinin hepsi gereklidir ve bu maddede yapılacak bir değişiklik, sistemimizde

sallaştıran anlayışına aykırı bulunmuştur (Bkz. İbid, s.133). Hemen belirtelim ki, 1995 değişikliklerinde "kutsal" ibaresi yerini "yüce" ibaresine bırakmış ve nispeten yumuşatılmıştır.

⁷⁶ Uygun, s.194

⁷⁷ RG: 17.10.2001, Sy. 24556 (mükerrer)

telafisi güç zararlara yol açacaktır. Çünkü Anayasanın pek çok maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için özel sebep belirtilmemiştir. Genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması, bunları “mutlak” hak ve özgürlükler haline getirecek ve sınırlandırılmaları söz konusu olmayacaktır⁷⁸.

Fakat yine de, demokratikleşme olgusunun gündeme geldiği her durumda, bu madde de gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Son Anayasa değişiklikleri ile birlikte tartışma, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması şeklinde çözüme bağlanmıştır. Fakat, Gözler’in dikkat çektiği sakıncalar da hesaba katılmış ve genel sınırlama nedenlerinin bazıları, kimi hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında özel nedenler arasına sokulmuştur. Dolayısıyla yapılan değişikliklerle, genel sınırlama nedenleri bütünüyle feda edilmemiş ve gerekli yerlerde, özel sınırlama nedeni şeklinde varlığını sürdürmüştür.

Bu çerçevede, Anayasanın, *özel hayatın gizliliği* ile ilgili 20. maddesi, *konut dokunulmazlığı* ile ilgili 21. maddesi, *haberleşme hürriyetini* düzenleyen 22. maddesi, *düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti* ile ilgili 26. maddesi, *dernek kurma özgürlüğünü* düzenleyen 33. maddesi, *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı* ile ilgili 34. maddesi ve *sendika kurma hakkını* düzenleyen 51. maddesi, eskiden genel sınırlama nedenleri olarak zikredilen nedenlerden bazılarında payını alan maddeler olmuştur.

Bu değişikliklerle, 1982 Anayasasının, “sınırlanmayacak özgürlük bırakmamak”⁷⁹ şeklindeki amacında değişme olmuş ve her hak ve özgürlüğün, kendi koşulları çerçevesinde sınırlandırılması anlayışının yolu açılmıştır. Elbette genel sınırlama nedenlerinin pek çoğunun, bazı hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedeni haline getirilmesi değişikliğin olumlu yanını törpülemektedir. Fakat özel hak maddeleri için öngörülen sınırlama nedenlerinin, eski durum dikkate alındığında az sayıda olması olumlu bir gelişmedir⁸⁰. Buna bir de Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddedeki değişiklik eklenirse, durumun daha da iyileştirildiği söylenebilir. 14. madde, yeni şekliyle, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan

78 Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi y., Bursa, 2001, s.9-11. Hemen belirtmelidir ki, bu yaklaşımına rağmen Gözler de, bunlardan bazılarının çıkartılarak nedenlerin hafifletilebileceğini söylemektedir

79 Cem Eroğul, *Anatüzeeye Giriş*, İmaj y., Ankara, 1996, s.270.

80 Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, <http://www.liberal.dt.org.tr/at-mc33.htm> (28.11.2001)

faaliyetler biçiminde kullanılamayacağını belirtmekte ve Anayasa hükümlerinden hiçbirinin devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını hükme bağlamaktadır.

14. madde, yeni şekliyle, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, esas olarak üç yenilik getirdiği görülür. Birincisi, kötüye kullanma sayılan hak kullanma biçimlerinin sayı olarak azaltılmış olması; ikincisi, “amaç gütmeye” yerine “faaliyette bulunma” ibaresinin getirilmiş olması; üçüncüsü ise, devletin de temel hakları sınırlama yetkisini kötüye kullanabileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Kötüye kullanma biçimlerinin azaltılmasını ve devletin de bu hükmü ihlal edebileceğinin öngörülmüş olmasını prensip olarak olumlu bulan Erdoğan, kötüye kullanmanın, şu ya da bu amacın güdülmesi durumunda değil, güdülen amaç ne olursa olsun, kişilere veya kamuya somut bir zarar vermesi durumunda söz konusu olabileceğinden hareketle, 14. maddede hiçbir önemli iyileştirmenin yapılmadığını savunmakta ve maddenin yeni haliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gerisinde kaldığını belirtmektedir. Erdoğan maddenin, “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan yıkıcı, bozucu, ortadan kaldırııcı eylemler biçiminde kullanılamaz” şeklinde olması gerektiği görüşündedir⁸¹.

Soruna ideal açıdan yaklaşıldığında, Erdoğan’ın kaygılarına katılmamak imkansızdır. Yine de yeni düzenlemenin, devletin korunması amacından, çoğulcu demokratik düzenin korunması amacına geçişi ifade etmek açısından önem taşıdığını ifade etmek gerekmektedir.

Öte yandan Anayasanın Başlangıç metninde yapılan değişikliği de sınırlama nedenleri açısından hesaba katmak gerekir. Burada yapılan değişiklikle, beşinci paragrafın başında geçen, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi, “Hiçbir faaliyetin” şeklini almıştır. Partilerin üzerinde anlaşmış oldukları pakette “faaliyet” değil, “eylem” sözcüğü teklif edilmiş, fakat Anayasa Komisyonunda faaliyet kelimesi üzerinde mutabakat sağlanmıştır. Yapılan değişiklikle, bu paragrafta vurgulanan ideolojik değerler manzumesi karşısında, hiç değilse düşünce açıklamalarına koruma sağlanmak istendiği açıktır. Fakat, son tahlilde, “eylemler” yerine “faaliyetler” sözcüğünün tercih edilmesi, Başlangıç’ın orijinal metninin anlamında ciddi bir değişiklik yapılmadığı intibahını

⁸¹ Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, <http://www.liberal.dt.org.tr/at-me33.htm> (28.11.2001)

uyandırmaktadır. Çünkü faaliyet sözcüğü, faal olma halini, çalışmayı, canlılığı, hareketliliği ifade eder ve doğal olarak, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alacak bir şekilde yorumlanabilir⁸². Erdoğan buradan yola çıkarak, resmi ideolojiyle bağdaşmayan düşünce açıklamalarının hala korumasız olduğunu söylemektedir⁸³. Hatta, yukarıda da belirtildiği gibi, Başlangıç hükmü yasa eliyle sınırlama getirilmesi için çok elverişli bir dayanak teşkil ettiğine göre, durumun bütün hak ve özgürlükler açısından sakınca doğurabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, bu durumun, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ile ulaşılan ileri aşamayı zayıflattığı bir gerçektir.

Şüphesiz bu gerçek, Başlangıç kısmında yapılan değişikliğin bütünüyle anlamsız olduğu sonucunu doğurmaz. En azından değişikliğin amacı ve doğrultusu, düşünce açıklamalarını dışarıda bırakmaya yönelik gözükmektedir. Burada vurgulanmak istenen, değişikliğin yetersiz olduğudur. Şayet faaliyet sözcüğü yerine eylem sözcüğü kullanılmış olsaydı, düşünce açıklamaları dışarıda bırakılmıştır, demek daha kolay olurdu. Faaliyet sözcüğünün anlamı çerçevesinde aynı sonuca varmak güçtür. Yine de, Anayasa Mahkemesinin, faaliyet sözcüğünü düşünce açıklamalarını dışarıda bırakacak bir şekilde yorumlaması mümkündür.

Son tahlilde, sınırlama nedenleri konusundaki bu gelişme, 1982 Anayasasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda, ideal anlamda olmasa bile, çağdaş anayasacılık anlayışına yaklaştığının birer göstergesi sayılabilir.

2- Öze Dokunmama Yasağı ya da Öz Güvencesi

1961 Anayasası, 1949 tarihli Federal Alman Bonn Anayasasından esinlenerek, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı hükmünü getirmişti. Kuşkusuz, bir hak ve özgürlüğün özünü tanımlamak kolay bir iş değildir. Hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamaz demek, bazı önemli soruların yanıtlanmasını gerektirir: Nedir bir hak ve özgürlüğün özü? Ya da, sınırlamada nereye kadar gidilirse, hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olunur?

Aslında sorun bir değerlendirme sorunudur. Bu bağlamda, özün belirlenmesi gerektiğinde, neyin aranacağı hep tartışılmış ve temelde iki teori ileri

82 Buna karşın eylem, fiil ve ameliye anlamına gelir ve işi, oluşu, davranışı, hareketi ifade eder. Bu yönüyle eylem sözcüğünün kullanılmasının, düşünce açıklamalarının dışarıda bırakılması açısından daha güvenceli bir durum yaratacağı ortadadır.

83 Mustafa Erdoğan, "Anayasa Değişikliği Üstüne", <http://www.liberal.dt.org.tr/at-me33.htm> (28.11.2001)

sürülmüştür. Birincisi, nispi öz teoridir. Bu teoriye göre, öz sadece her münferit temel hak için değil, her münferit olay için ayrı ayrı belirlenmeli ve her münferit olaya katılan kamusal ve özel menfaatlerin tartılması ve ölçülmesi ile öze dokunulup dokunulmadığı tespit edilmelidir. İkincisi ise, özü, sabit, münferit olay ve somut durumdan bağımsız olarak anlayan mutlak öz teoridir. Bu anlamıyla öz, temel hakkın çekirdeği, temel cevheri, asgari içeriğidir⁸⁴.

Şayet sorun bir değerlendirme sorunuysa, bu konuda değerlendirme yapacak organ da, şüphesiz Anayasa Mahkemesi olacaktır. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, bir hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ya da kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlanması halinde, o hak ya da özgürlüğün özüne dokunulmuş olacağı yargısına varmış⁸⁵ ve böylece “mutlak öz teorisi”ni benimsediğini ortaya koymuştur⁸⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1982 Anayasası “öze dokunma yasağı” yerine, “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” kriterini getirmiş, fakat Anayasa Mahkemesi, 20 yıllık deneyimine sadık kalarak, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlamıştır. Ne var ki, yine yukarıda vurgulandığı gibi, Yüksek Mahkeme, öze dokunmayı sadece hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesine özgüleyerek, söz konusu güvence bakımından oldukça geri bir düzeye düşmüştür.

Bugün için, öz güvencesinin Anayasaya yeniden girmesi önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Fakat umulan yararın elde edilebilmesi Anayasa Mahkemesinin tutumuna bağlıdır. Anayasa Mahkemesi öz güvencesinin içeriğini 1961 Anayasası dönemindeki gibi geniş bir anlayışla yorumlarsa beklenen fayda sağlanabilecek; aksi durumda ise, hiçbir şey değişmemiş olacak ve bu ilkenin denetimdeki rolünün azaltılması olgusu varlığını sürdürecektir⁸⁷.

Bu arada, öz kriterinin Anayasaya sokulmasının, Anayasa Mahkemesinin, pozitif dayanaktan yoksun bir ilkeyi uyguladığı şeklindeki eleştiriyi gidermek açısından önemli olduğu da vurgulanmalıdır.

3- Sınırlamaların Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmaması

Laiklik ilkesi, geçmiş anayasalarda olduğu gibi, 1982 Anayasasında da sıkı bir biçimde korunmuştur. Gerçekten Anayasa, Başlangıç, 2. madde ve bu maddenin içeriğini dolduran 6 ve 10. maddeleriyle laikliği Cumhuriyetin te-

⁸⁴ Bu teoriler için bkz. Gören, , s.376.

⁸⁵ E: 1963/25, K: 1963/87, K.T: 8.4.1963, AMKD, sy.1, s.228.

⁸⁶ Gören, s.378.

⁸⁷ Uygun, s.190.

meli yapmış ve ayrıca, Anayasanın 14, 24 ve siyasal partilere ilişkin 68 ve 69. maddeleriyle laikliği koruyucu, ayrıntılı sayılabilecek düzenlemeler getirmiştir. Fakat hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınır olarak bu ilkeye başvurulması, ilk kez karşılaşılan bir olgudur. Dolayısıyla, bundan böyle, yapılacak sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte, laik Cumhuriyetin gereklerine de aykırı olamayacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken, laik Cumhuriyetin gereklerinin bir sınırlama nedeni olarak değil, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olarak değerlendirildiği gerçeğidir. Yani Anayasa Mahkemesi bir hak ve özgürlük sınırlamasının Anayasaya uygun olup olmadığını denetlerken, bunun laik Cumhuriyetin gerekleri açısından zorunlu olup olmadığını tespit edecek ve kararını bu doğrultuda verecektir. Kuşkusuz bu gerçek karşısında önem kazanan husus, laik Cumhuriyetin gereklerinden ne anlaşılması gerektiğidir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, devletin kurum olarak laikliği, egemenliğin kaynağının dünyevi olması, resmi dinin bulunmaması, din ve vicdan özgürlüğünün tanınması ve bu çerçevede, belli bir dinin emirlerinin hukuki yaptırıma bağlanmaması anlamını taşır⁸⁸. Bu özellikleriyle, çağdaş demokrasi anlayışının önemli unsurlarından birisini teşkil eden laiklik ilkesi, temelde iki koşulun varlığını gerektirir. Birincisi, din ve vicdan özgürlüğü, ikincisi ise, devletin dinlere karşı yansız olmasıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü, vatandaşların istedikleri dine inanmalarını veya hiçbir dine inanmamalarını (vicdan özgürlüğü) ve inandıkları dinin ibadetlerini serbestçe yerine getirebilmelerini ya da getirmemelerini (ibadet özgürlüğü) içerir. Vicdan özgürlüğü, insanın iç dünyasına ilişkindir ve doğası gereği sınırlanamaz. İbadet özgürlüğünün ise, toplumsal yaşamı etkilediği durumlarda, kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılması mümkündür. Nitekim 1982 Anayasası da konuya bu şekilde yaklaşmış ve 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenleri serbest kılmıştır (m.24).

Devletin dinlere karşı tarafsız olması ise, onun her türlü dinden arınmışlığını, herkesin inancına saygılı olmasını ve dinler konusunda tarafsız kalmasını ifade eder⁸⁹. Bu ilkenin, ideal anlamda laik öğretimi ve devlet yapısı içinde din kurumlarının bulunmamasını da gerektirdiği söylenmelidir⁹⁰. Fakat soruna bu açıdan bakıldığında, Anayasanın 24. maddesinin dördüncü fıkrası gereğin-

88 Akad-(Vural)Dinçkol, s.297.

89 İbid, s.299

90 İbid, s.300.

ce, din kültürü ve ahlak öğretiminin, ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına alınması ve yine Anayasanın 136. maddesi gereğince Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içinde düzenlenmesinin, ayrı bir durum olduğu görülür. Bu gerçekler ışığında, Türkiye’de geçerli olan laiklik anlayışı ya da uygulamasının, genel geçer laiklik anlayışından ayrı olduğu söylenebilir⁹¹.

Dolayısıyla, laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütünün uygulanması söz konusu olduğunda şöyle bir tartışmanın yaşanması muhtemeldir: Laik Cumhuriyetin gereklerinden kasıt, evrensel laiklik anlayışı mıdır, yoksa bu Anayasada çerçevesi çizilen yerel laiklik anlayışı mı? Kuşkusuz bunun değerlendirmesini yapacak olan Anayasa Mahkemesidir. Fakat Anayasaya böyle bir hüküm konmamış olsaydı bile, yasama organının bu yöndeki olası ihlalleri, özellikle Anayasanın ruhuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle önlenebilirdi. Yine de bu hükmün, özellikle, din ve vicdan özgürlüğünün garanti altına alınması ya da güvenceli bir biçimde korunması açısından önemli olduğu söylenebilir. Gerçi, Erdoğan, konuya ilişkin değerlendirmesinde, “laik Cumhuriyet” in kurulu düzenin ve resmi ideolojinin sembolik bir anlatımı olduğunu ve Türkiye’de hakların çoğu kere bu gerekçelerle kısıtlandığını ifade etmekte ve sınırlamanın sınırı olarak “laik Cumhuriyet” kaydının getirilmiş olmasının kişiler lehine güvence teşkil etmeye elverişli olmadığını belirtmektedir⁹². Fakat konuluş yeri dikkate alındığında, hükmün, özgürlükler için güvence teşkil etmeye matuf olduğu görülmektedir.

4- Ölçülülük İlkesi

Anayasanın 13. maddesindeki, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklindeki ibare, “...Bu sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiş ve böylece ölçülülük ilkesi lafzen de, açık bir biçimde Anayasaya sokulmuştur.

Sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişki noktasında önem kazanan ve bir hakkı sınırlayan önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğine işaret eden bu ilke, daha önce de belirtildiği gibi, 1982 Anayasasıyla, adı açıkça zikredilmesine karşın, 13. maddenin ikinci fıkrası ve 15. madde dolayısıyla, pozitif dayanaklara kavuşmuştur. Esasen Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası

⁹¹ Soysal, s.258

⁹² Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişikliği Üstüne”, [http://www. Liberal.dt.org.tr/atme33.htm](http://www.Liberal.dt.org.tr/atme33.htm) (28.11.2001)

döneminden beri, bu dönemde adımı açıkça vermemekle birlikte⁹³, bu ilkeyi bir ölçüt olarak uygulamıştır⁹⁴.

Değişiklik bu açıdan esasa ilişkin bir yenilik getirmemekte, sadece Anayasa Mahkemesinin öteden beri uyguladığı bir ilke, Anayasaya ilave edilmiş olmaktadır. Fakat bu ilave, özü itibarıyla olmasa bile, kanun yapma tekniği açısından eleştirilebilecek cinstendir. Daha değişiklik yapılmadan önce, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun hazırlamış olduğu değişiklik teklifini değerlendiren Gözler, pozitif hukuk metinlerinin kendi koydukları ilkelere isim veremeyeceklerini, sadece ilkenin içeriğini hüküm altına alabileceklerini, ismin doktrin tarafından verilmesi gerektiğini ifade etmiş ve ölçülülük ilkesi tabirinin anayasanın metninde geçmesinin, sanki anayasanın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesinin veya doktrinin ürettiği bir ilkenin anayasallaştırıldığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacağını vurgulamıştır⁹⁵. Gözler, bu tespitlerin ışığında, şu andaki ibarenin yerine, “temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir” ifadesinin konmasının daha isabetli olacağı görüşünü ileri sürmüştür⁹⁶. Fakat değişiklik, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun teklifi doğrultusunda gerçekleşmiş ve bu teknik aksaklık Anayasaya yansıtılmıştır.

B- Yeni Sınırlama Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

Yeni sınırlama rejiminin en önemli özelliği, içerik açısından, genellikle belirsiz ve netlikten uzak kavramlardan oluşan genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olmasıdır. Esasında, genel sınırlama hükmü niteliğindeki bu düzenlemeler, yasama organına geniş bir takdir yetkisi vermekte ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ileri noktalara götürülmesine olanak tanımaktaydı. Değişiklikle birlikte genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve hem yasama organının takdir alanı daraltılmış, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile benzerlik sağlanmıştır.

Kuşkusuz, kaldırılmış olan genel sınırlama nedenlerinin, özel sınırlama nedeni olarak bazı maddelere aktarılması olgusunu tartışmak ve eleştirmek mümkündür. Fakat yeni düzenlemenin, Anayasayı, “özgürlük kural, sınırlama istisna” ilkesine yaklaştırdığı ve böylece birey devlet ilişkisinde, birey lehine

93 Bkz. Uygun, s.165

94 Bkz. İbid, s.165 vd; Hakyemez, s.1310 vd.

95 Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, s.12

96 İbid, s.12

bir gelişmeye işaret ettiği de bir gerçektir. Buna bir de, 14. maddede yapılan değişikliklerle, kötüye kullanma biçimlerinin azaltılması ve devletin de bu hüküm ihlal edebileceğinin öngörülmüş olması eklenirse, yeni düzenlemenin eskisine oranla ileri bir aşamayı ifade ettiği görülür.

Elbette bütün bu gelişmeler, belli bir iyileştirmeyi ifade etmekle birlikte, 1982 Anayasasının otoriteye ağırlık veren anlayışının tümüyle değiştiği şeklinde yorumlanamaz. Hele Başlangıç kısmındaki değişikliğin çok sınırlı kaldığı dikkate alınır, bu yargı bütünü haklılık kazanır. Bir kere, “Hiçbir düşünce ve mülahaza “ ibaresinin “Hiçbir faaliyet” şeklinde değiştirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından umulan yararı sağlamaktan uzak gözükmemektedir. Çünkü faaliyet sözcüğünün, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alır bir biçimde yorumlanması mümkündür. Anayasa Mahkemesinin Başlangıç kısmındaki ilkeleri ölçü norm olarak kullandığı hesaba katılırsa, kat edilen mesafenin çok da fazla olmadığı anlaşılır.

Yapılan Anayasa değişikliğiyle, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması dışında, öze dokunma yasağı getirilmiş, sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı esası benimsenmiş ve sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bunlardan öze dokunmama kuralının gereken faydayı temin etmesi, Anayasa Mahkemesinin 1961 dönemindeki yorumuna dönmesiyle mümkün olacaktır. Yüksek Mahkeme eski içtihadına döner ve tekrar “bir hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ya da kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlanması halinde, o hak ya da özgürlüğün özüne dokunulmuş sayılır” yargısına varırsa, öz kriterinin Anayasada yer alması bir anlam ifade edecek; aksi durumda hiçbir şey değişmemiş olacaktır.

Sınırlamaların demokratik toplum düzeniyle birlikte, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı ilkesi ise, konuluş yeri dikkate alınır ve bu hükmün sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olduğu hesaba katılırsa, genelde bütün özgürlükler, özelde ise dinsel alanla ilgili özgürlükler için önemli bir güvence teşkil eder. Ölçülülük ilkesinin anayasaya girmesi ise, zaten uygulanan bir ilke olduğu için, önemli bir yenilik sayılmaz.

Sonuç olarak, bütün bu gelişmeler karşısında, Anayasanın, nispeten de olsa, devletin korunmasından bireyin korunmasına geçtiğini ve böylece birey devlet ilişkisinde, biraz daha birey lehine bir gelişmenin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca Anayasada yapılan ve sınırlama rejimiyle ilişkili olmayan diğer değişiklikler de doğrultunun bu yönde olduğunu kanıttır. 26. maddedeki dil yasağının kaldırılması, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında yapılan değişiklikler ve bu çerçevede ölüm cezasının kaldırılması, siyasal partilerin kapatılması konusundaki değişikliklerle odak olmanın belli kriterlere bağlanması

ve özellikle, Anayasanın 118. maddesinde yapılan değişikliklerle, MGK kararlarının Bakanlar Kurulunca “öncelikle dikkate alınır” ibaresinin, “değerlendirilir” şeklini alması ve MGK içindeki sivil üye sayısının artırılması bu bağlamda dikkati çeken değişikliklerdir. Diğer taraftan, Anayasanın geçici 15. maddesinde yapılan değişikliklerle, 12 Eylül döneminde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebilecek olması da bu çerçevede altı çizilmesi gereken bir başka yeniliktir.

IV- SONUÇ

İnsanla ilgili bazı gerekleri dile getiren, temelde insan onurunun korunmasını amaçlayan ve böylece insanın özgür kılınmasını hedefleyen hak ve özgürlükler, toplumsal yaşamın zorunluluğu karşısında sınırlama gereğiyle yüz yüze kalırlar. Bir kere, toplumsal yaşam içinde bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Öte yandan, kamu düzeninin sağlanması ve korunması da birey haklarının sınırlandırılmasını gerektirir. Fakat bu sınırlamanın salt düzen ya da otorite uğruna değil, yine özgürlükçü düzen veya ortamın sürdürülebilmesi için yapılması gerekir. Bu tespit dikkate alındığında, sınırlamanın istisna kalması ve her halükarda bireyin korunmasının amaçlanması gerektiği anlaşılır.

1982 Anayasası bu konuda iyi bir örnek teşkil etmekten uzak olmuş ve bu yönüyle her zaman gündemde kalmıştır. Gerçekten 1982 Anayasasının sınırlama rejimi, onun, devlet otoritesini özgürlükler aleyhine güçlendirme ve dolayısıyla bireyi devlet karşısında ikinci plana atma eğiliminin ya da birey özgürlükleri karşısında devletin kutsallaştırılmasının bir göstergesi sayılmıştır.

4709 Sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği bu anlayışın tersine çevrilmesi bakımından bir umut olmuştur. Fakat, birey lehine önemli açılımlar getirmesine karşın, bu değişikliğin de beklenen ölçüyü tutturamadığı söylenebilir. Yapılan değişikliklerle 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olması olumlu bir gelişmedir. Fakat genel sınırlama nedenlerinin pek çoğunun, bazı hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedeni haline getirilmesi değişikliğin olumlu yanını zayıflatmıştır.

14. maddedeki kötüye kullanma biçimlerinin azaltılması ve devletin de bu hükmü ihlal edebileceğinin öngörülmüş olması, başka bir olumlu gelişmedir. Aynı şekilde Başlangıç metninde yapılan değişikliklerle, beşinci fıkranın başında geçen, “Hiçbir düşünce ve mülhazanın” ibaresinin, “Hiçbir faaliyetin” şeklini almasını da, ilk bakışta, olumlu bir değişiklik olarak değerlendirmek mümkündür. Yapılan değişikliklerle, bu paragrafta vurgulanan ideolojik değerler manzumesi karşısında, hiç değilse düşünce açıklamalarına koruma sağlanmak istendiği

söylenabilir. Fakat, burada, “eylemler” yerine “faaliyetler” sözcüğünün tercih edilmesi, Başlangıç’ın orijinal metninin anlamında ciddi bir değişiklik yapılmadığı intibamı uyandırmaktadır. Çünkü faaliyet sözcüğü, faal olma halini, çalışmayı, canlılığı, hareketliliği ifade eder ve doğal olarak, yazma ve konuşma da dahil, her türlü etkinliği içine alacak bir şekilde yorumlanabilir.

Bunların dışında, öz kriterinin yeniden Anayasaya sokulması, ölçülülük ilkesinin açıkça anılması ve laik Cumhuriyetin gereklerinin, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olarak Anayasaya konulması ve böylece dinsel alanla ilgili özgürlüklerin güvencesinin sağlanmasını istenmesi de olumlu değişimler olarak zikredilebilir. Fakat, temel hak ve özgürlükler ile ilgili maddeler tek tek dikkate alındığında, özel sınırlama nedenlerine gereğince dokunulmamış olması önemli bir eksiklik olarak kalmıştır.

Sonuç olarak, Anayasanın, tam anlamıyla, devleti sınırlayan ve bireyi kollayan bir siyasal belge haline getirilmesinde çekingen davranılmıştır. Başlangıç kısmında yer alan, “Hiçbir düşünce ve mülahaza...” ibresinin yerine, “Hiçbir eylem...” ibaresinin kullanılmasına cesaret edilemeyip, “Hiçbir faaliyet...” şeklinde ara bir formülle yetinilmesi bunun en açık kanıtıdır. Bu yüzden, yeni sınırlama rejimi değerlendirilirken, hep “nispi bir iyileşme” tabiri kullanılmak zorunda kalmıştır.

TANZİMAT DÖNEMİNİ HAZIRLAYAN TEMEL ETKENLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN**

I- Genel Olarak

Tanzimat döneminin başlangıç tarihi, 3 Kasım 1839 olarak kabul edilir. Bu tarihte, “Gülhane Hatt-ı Hümayunu” veya “Tanzimat Fermanı” olarak tarihe geçen ferman, Mustafa Reşit Paşa tarafından, padişah Abdülmecit adına okunarak ilân olunmuştu. Biçimsel yönden diğer fermanlardan bir farkı olmayan Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu), içerik bakımından ele alındığında, yeni bir dönemi başlatacak nitelikte ilkelerin yer aldığı bir belge olduğu görülmektedir¹.

Bu dönemde, Osmanlı Devleti'nin tüm kurum ve kuralları, değişim rüzgârlarından bir şekilde etkilenmiştir. Hatta, Cumhuriyetin kuruluş dönemindeki büyük devrimlerin başarıya ulaşmasında ve yerleşmesinde, Tanzimat dönemindeki gelişmelerin katkısı büyüktür². Bu yeni dönemdeki gelişmelerin hareket kaynağı olan Tanzimat Fermanı, tarihin belli bir gününde ve birden bire ortaya çıkmış değildir³. Devletin ve halkın içinde bulunduğu koşullar ile diğer ülkelerle olan ilişkiler, Fermanın ilânını ve yeni dönemi hazırlayan etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır.

II- Tanzimat Dönemini Hazırlayan Etkenler

Tanzimat Fermanı, yasa egemenliğini kurma ve yönetimi yeniden düzenleme yolunda yapılan çabaların, başlangıç noktasını oluşturur⁴. Diğer bir

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Gülhane Hatt-ı Hümayunun metni için bkz., Suna KİLİ, A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Türk Anayasa Metinleri (Senéd-i İttifak'tan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür yayınları (yay.), Ankara, 1985, s. 11-13.

2 Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Cilt I, Beta yay., İstanbul, 1987, s.59.

3 Bkz., Tarık Zafer TUNAYA, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İstanbul, 1960, s.31.

4 İlber ORTAYLI, “Tanzimat Adamı ve Tanzimat Toplumu”, *Türk Siyasal Hayatının*

deyişle Tanzimat, bir yasallaşma hareketidir. Bu fermanla; gerek teb'a-devlet ilişkileri gerekse kamu gücünün kullanılması hususunda kurallar getirilmiş ve Osmanlı padişahı, kendi iradesi ile kendi yetkilerini sınırlamıştır⁵.

İlk bakışta; Tanzimat Fermanının, diğer fermanlar gibi tek taraflı irade açıklamasıyla ortaya çıktığı, dolayısıyla bu iradenin geri alınmasının her zaman mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, Tanzimat Fermanını (ve bu fermanla başlayan dönemi) hazırlayan olaylara bakılırsa; bu fermanın, lütuf kabilinden bir irade açıklamasıyla doğmadığı, Osmanlı padişahını buna zorlayan nedenlerin bulunduğu görülecektir. Tanzimatın mimarı olarak bilinen küçük bir aydın grup⁶ dışında, genellikle Osmanlı üst düzey yöneticileri bu fermanı hoşnut değillerdi⁷. Ne var ki, içinde bulunulan koşullar, böyle bir fermanın ilânını zorunlu kılmıştı.

Tanzimat Fermanı, bir "anayasa" değildir. Zira "anayasa"; bir devletin temel kuruluşunu ve devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini, çalışmalarını gösteren bir ana hukuk belgesidir. Fermanla böyle bir içerik mevcut değildir. Ancak, modern anayasalardaki en temel ilkelerden bazılarının (can, mal, ırz güvenliği gibi) fermanla yer alması, ona anayasal bir konum vermektedir⁸. Bu nedenle ferman, bir anayasa olmasa da "anayasal nitelikte bir belge" olarak kabul edilmektedir⁹.

Bıçimsel bakımdan Tanzimat Fermanı, diğer fermanlar gibi, padişahın belli konulardaki tek yanlı irade açıklamasıdır. Bu iradenin, yine tek yanlı bir iradeyle ortadan kaldırılması olanaklıydı. Padişahın (Abdülmecit'in) buna

Gelişimi, (ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), Beta yay., İstanbul, 1986, s.69.

- 5 Bülent TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 3.bası, YKY (Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık Ticaret ve Sanayi A.Ş.) yay., İstanbul, 1999, s.98 ; Bahri SAVCI, "Anayasacılığımızın Gelişim Çizgisi Üzerine", *Turan Güneş'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:50, No:3-4, Ankara, 1995, s.283 vd.
- 6 Tanzimat hareketi; Mustafa Reşit Paşa, Ahmet Cevdet Paşa, Ali Paşa ve Fuat Paşa'ların öncülüğünde başlamıştı. Bkz., ORTAYLI, *agm.*, s.69-70.
- 7 Ahmet CEVDET PAŞA, *Tezâkir(1-12)*, (Yayımlayan, Cavid Baysun), 3.bası, TTK (Türk Tarih Kurumu) yay., Ankara, 1991, s.7.
- 8 Tanzimat Fermanının hukuksal niteliği konusunda çeşitli görüşler için bkz., Hayati HAZIR, "Tanzimat Fermanının Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", *Jale G. Akipek'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Konya, 1991, s.195 vd.
- 9 Coşkun ÜÇOK, Ahmet MUMCU, Gülnehal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 8.bası, Savaş yay., Ankara, 1996, s.273 ; TANÖR, *age.*, s.92 ; Tanzimat Fermanının hukuksal niteliği konusunda farklı görüş için bkz., Enver Ziya KARAL, "Gülhane Hatt-ı Hümayununda Batının Etkisi", *Bellekten*, Cilt:XXVIII, Sayı: 112, TTK. yay., Ankara, 1964, s.598 vd. (Sonraki atıflarda "Gülhane Hatt-i" olarak kısaltılmıştır) ; Reşat KAYNAR, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, 3.bası, TTK. yay., Ankara, 1991, s.181 vd.

têşebbüs etmeyişini, fermanın sonunda yer alan “ruhani yaptırım” ile açıklamak yetersiz olur. Gerçi, mutlakiyetçi bir sistemde padişahın, uyruklarına birtakım sözler vermesi ve bunları yerine getireceğine dair yemin etmesi, önemli bir bağlanmadır¹⁰ ancak, padişahı fermana bağlı olmaya sevkeden, belki daha önemli olan bir husus, fermanın doğuşunda etkili olan dinamiklerdir. Sonra gelen padişahların da fermana sadık kalmaları ve onu bir “ana yasa” gibi görmeleri¹¹, önceki padişahın yemininin bağlayıcılığı ile izah edilemez. Fermanın doğuşuna etkili olan nedenlerin varlığı, diğer padişahların da fermana bağlı kalmaları sonucunu doğurmuştu.

Tanzimat Fermanının doğuşunu (ve bu ferman ile başlayan dönemi) hazırlayan etkenleri, “iç” ve “dış” etkenler olarak ayrı başlıklar altında ele alıp, incelemeye çalışacağız. Hemen belirtelim ki; yaptığımız bu ayırım ya da tasnif şekli, konuyu daha iyi izah edebilmek ve sistematik bilgi sunabilmek amacıyla yöneliktir. Dolayısıyla, dış etken olarak ortaya koyduğumuz bazı olayları, iç etken olarak ifade etmek de olanaklıdır. Örneğin; aşağıda dış etkenler arasında belirttiğimiz “1838 ticaret sözleşmesi”, ülke içinde doğurduğu önemli sonuçlar düşünülerek iç etken olarak da kabul edilebilir. Ancak, uluslararası boyutu dikkate alınarak bu sözleşme, dış etkenler başlığı altında inceleme konusu yapılmıştır.

1- İç Etkenler

Osmanlı Devleti’nde, geleneksel ve temel üretim aracı olan toprak düzeninin bozulması, üst yapı kurumlarını da etkilemiş ve özellikle silahlı kuvvetlerin gücünü büyük ölçüde çökertmişti. Batı karşısındaki üstün durumu, silahlı kuvvetleri ile muhafaza eden Osmanlı Devleti, giderek bu üstünlüğünü kaybetmeye başladı¹².

Ordunun zayıflaması devletin iç otoritesini de büyük ölçüde etkilemiş ve ayaklanan bir vali ile (Mısır valisi) on yıl uğraşmak zorunda kalınmıştı. Sonuçta Mısır sorunu ancak, dış yardım ile çözülebilmmişti. Uluslararası ilişkiler, karşılıklı çıkar esasına dayandıkları için, Osmanlı Devleti’ne yapılan dış yardımın karşılıksız olduğu düşünülemez. Nitekim, 1838 ticaret sözleşmesi ile verilen ödümlerle, Mısır sorununa yardım alınabilmmişti. Bu ticaret sözleşmesi, Tanzimat Fermanının da temellerinden birini oluşturur. Bu nedenle, birbirini etkileyen ve doğuran olaylar zinciri olarak; toprak ve para düzeninin bozulması, Mısır sorunu ve hukuk sisteminin yetersizliği ayrı başlıklar

¹⁰ TANÖR, *age.*, s.90-91.

¹¹ KARAL, *Gülhane Hatt-ı*, s.600.

¹² Murat SARICA, *Siyasal Tarih*, 2.bası, Ar yay., İstanbul, 1983, s.123.

altında ele alınacaktır. Ticaret sözleşmesi ise –yukarıda değindiğimiz gibi– dış etkenler arasında incelenecektir.

a) Geleneksel Üretim Sistemi Ve Bu Sistemin Bozulması

Osmanlı Devleti'nde geleneksel üretim sistemi; dirlik (ya da tımar) denilen, toprak düzenine dayanmaktaydı. Osmanlı Devleti için bu sistem, yaşamsal önemi haiz bulunmaktaydı. Öyle ki, ülkenin tarımsal yaşamının düzene konulması ve vergilerin toplanması bu sistem içerisinde gerçekleştiği gibi, askeri gücün temeli de yine bu sisteme dayanmaktaydı.

aa) Dirlik Sistemi

Osmanlı Devleti topraklarının büyük kısmı miri'dir¹³, yani devletindir. Devlet, kendisine ait olan araziye (toprağı) yine kendisi işletemeyeceğinden, bu toprakların işletilebilmesi için bir sistem kurmuştur. Kaynağı, Abbasi ve Selçuklulardaki "ikta" sistemine dayanan¹⁴ bu sisteme "dirlik" ya da "tımar" denilmektedir. Dirlik (tımar); devletin, belirli bir miri arazinin yıllık gelirinin¹⁵ tamamını veya bir kısmını, belli hizmetler karşılığında bir şahsa vermesidir. Bu şahıslar, savaşta yararlılık gösteren askerler (komutanlar) ve devletin üst düzey yöneticileridir.

Arazi, kendilerine dirlik verilen kişinin (sipahinin) mülkü değildir. Arazinin mülkiyeti devlete aittir. Dirlik sahibi (sipahi), araziye halka (reaya'ya) işletmek üzere dağıtır, üründen ve halkın şahsından devletin alacağı vergileri toplar. Sipahi bu gelirler ile, kendisine yüklenen hizmetleri (ki bu çoğunlukla askeri nitelikte hizmetlerdir) yerine getirir¹⁶.

¹³ Osmanlı Devleti'ndeki arazi türleri için bkz., M.Âkif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, 3.bası, Beta yay., İstanbul, 1999, s.380 vd.

¹⁴ Osmanlı "tımar" kurumunun kaynağı konusunda ayrıntılı ve farklı görüşler için bkz., Coşkun ÜÇÖK, "Osmanlı Devleti Teşkilâtından Tımarlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 3-4, Ankara, 1925, s.529 vd.; Halil CİN, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, 3.bası, Selçuk Üniversitesi yay., Konya, 1992, s.65 vd.

¹⁵ Bu gelirler, araziye ve ürüne bağlı vergilerden oluşmaktadır.

¹⁶ Dirlikler, birçok bakımdan ve çeşitli şekillerde tasnife tabi tutulmuştur. Örneğin; Dirlik arazisinin gelirine göre a)Has (yıllık geliri 100 bin akçeden fazla), b)Zeamet (yıllık geliri 20 bin akçeden 99.999 akçeye kadar), c)Tımar (yıllık geliri 19.999 akçeye kadar) olmak üzere üçe ayrılır. Dirlikler, başka bakımlardan da tasnif olunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Halil CİN, S.Gül AKYILMAZ, *Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., Konya, 1995, s.265 vd.

bb) Dirlik Sisteminin Bozulması

İyi işlediği zamanlarda bu sistem, olumlu sonuçlar vermiştir. Devlet bir yandan, masraf yapmadan büyük bir askeri güce sahip olmakta, diğer yandan ise, hazineden bir harcama yapmadan sipahisinin geçimini sağlamış olmaktadır¹⁷. Yine bu sistem ile, ayrıca bir harcama yapılmadan vergilerin toplanması sağlanmış ve ülkenin tarımsal yaşamı düzene konulmuştur. Dirlik sistemi, XVI. yüzyılın sonlarına doğru bozulmaya başladı. Osmanlı Devleti'nin temelini oluşturan bu sistemin bozulmaya başlaması, duraklama devrinin de başlangıcını oluşturur. Bu dönemde, savaşların yol açtığı büyük mali sıkıntılar, ülkenin ekonomik yapısının bozulması sonucunu doğurdu. Ekonomik yapıdaki çöküntü, toplumun tüm üst yapı kurumlarını etkilemiştir.

Askeri gereksinimlerin büyük kısmını karşılayan dirliklerin bozulması ve mali kriz nedeniyle maaşlarını alamayan yeniçerilerin, askerlik dışı işlerle meşgul olmaları, Osmanlı ordusunu çökertmişti. Ordunun zayıflaması, milli bilince varan ulusların bağımsızlık mücadelelerine hız kattı. Toprak kaybına neden olan bu gelişmeler, devletin bir yandan para gereksinimini arttırmış, diğer yandan da gelirlerin azalması sonucunu doğurmuştur¹⁸. Artan ihtiyaçları karşılamak üzere yeni gelir kaynakları aranmaya başlandı. Bu yeni kaynak yine toprak (dirlik) oldu ve devletin temel taşı olan dirlikler, "iltizam yöntemi" (açık arttırma) ile verilmeye başlandı. İltizam yönteminin kabulü, dirlik sisteminin bozulması sonucunu doğurdu. Zira, daha önce dirliklerin gelirleri sipahilerin yeteneklerine göre verilmekte iken¹⁹, bu yöntemde açık arttırma ile satılmaktaydı. Yani dirlikler, ehil ve hak sahibi olanlara değil²⁰ devlete en çok para verene verilmekteydi. Bu yöntemle dirlikleri alan sipahiler, yaptıkları harcamaları geri almak ve para kazanmaktan başka birşey düşünmediler. Dolayısıyla sipahiler, devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmek yerine, kendi gelirlerini arttırmak gayreti içine girdiler ve daha çok ürün elde edebilmek için köylüye baskı yapmaya başladılar. Merkezi otoritenin zayıflamasına paralel olarak devletin sipahiler üzerindeki denetiminin azalması sonucunda sipahiler, dirliklerin fiilen sahibi konumuna geldiler²¹.

17 ÜÇOK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.219.

18 SARICA, *age.*, s.123.

19 KOÇI BEY, *Koçi Bey Risâlesi* (Sadeleştiren, Zuhuri Danışman), Kültür Ve Turizm Bakanlığı yay., Ankara, 1985, s.57.

20 KOÇI BEY, *age.*, s.58 vd.

21 Halil İNALCIK, "Çiftliklerin Doğuşu: Devlet, Toprak Sahipleri ve Kiracılar", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Ed. Çağlar Keyder, Faruk Tabak, (çev.Zeynep Altok), Tarih Vakfı Yurt yay., İstanbul, 1998, s.23.

b) Para Düzeninin Bozulması ve Ortaya Çıkan Sorunlar

Dirliklerin bozulma sürecine girmesi, toplumun tüm üst yapı kurumlarını etkilemiştir. XVI. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, dirliklerin dağıtılmasında "iltizam" usulünün yerleşmesine paralel olarak, ekonomik yaşamda çöküntü başladı. İlk önce para düzeni bozuldu²². Para düzeninin bozulmasında, sarraf ve banker musevilerin büyük rolü oldu. Bunlar, paranın (akçenin) kenarlarını kırmak suretiyle vezinlerini (ağırlıklarını) düşürdüler. Ayrıca çoğu musevi olan usta kalpazanlar, piyasaya sahte para sürdüler. Bu gelişmeler, Osmanlı tarihinde XVI. yüzyılın en önemli olayı idi. Çünkü; toplumun temel mübadele aracı olan para düzeninin bozulması, paraya olan güven duygusunun azalmasına ve Osmanlı sosyal yapısının çökmeye başlamasına neden oldu²³.

aa) Sosyal Sorunlar

Dirlik ve para düzenindeki olumsuz gelişmelerden en çok, ekonomik ve askeri düzenin temelini oluşturan reaya sınıfı etkilendi. Dirlik sistemi içerisinde, asıl üretici konumunda bulunan köylülerin (reayanın) ödedikleri vergiler, ülke ekonomisinin ve askeri düzeninin en önemli mali kaynağını teşkil etmekteydi. Köylüler, vergi borçlarını, halis (eksik ya da sahte olmayan) akçelerle ödemek zorunda idi. Halis akçe bulunamadığı zamanlarda vergi borçlarını düşük vezinli ya da sahte akçelerle ödemek durumunda kalan köylüler; bu tür akçeleri mültezimlere kabul ettirebilmek için, normal vergi borçlarının çok üstünde ödemelerde bulunmak zorunda kalmaktaydılar. Bu durum köylünün, üretimden ve topraktan uzaklaşması sonucunu doğurdu ve dirlik sistemi giderek bozulmaya başladı. Bu bozulma; devletin gelirlerinin azalmasına yol açarken, diğer yandan, savaş ve isyanlar nedeniyle devletin giderleri de artmaktaydı.

bb) Askeri Sorunlar

Osmanlı Devleti'ni ayakta tutan ve diğer ülkelere karşı saygın kılan en önemli unsur, askeri gücü idi. Merkezi otoritenin güçlü olduğu ve dirlik sisteminin iyi işlediği zamanlarda devlet, askeri bakımdan da güçlü konumunu devam ettirmekteydi. Dirlik sisteminde sipahiler; kendilerine yüklenen yükümlülükler çerçevesinde, ya belirli bir askeri gücü sürekli olarak hazır bulundurlardı ya da belirli askeri araç ve gereçleri temin ederlerdi. Bu yönü-

²² Para(akçe) düzeninin bozulma nedenleri için bkz., Süleyman KOCABAŞ, *Osmanlı İhtilallerinde Yabancı Parmağı*, Vatan yay., İstanbul, 1993, s.14.

²³ Zeki ARSLANTÜRK, *Naîma'ya Göre XVII. Yüzyıl Osmanlı Toplum Yapısı*, Ayışığıkitapları yay., İstanbul, 1997, s.114 vd.

le dirlik sistemi, yeniçeri ocağının²⁴ ihtiyaçlarının karşılanmasında da önemli bir kaynak teşkil etmekteydi²⁵.

Devletin içine düştüğü bu ekonomik sıkıntı, silahlı kuvvetleri de büyük ölçüde etkilemiştir. I. Murat zamanından itibaren devletin sürekli ordusu statüsünde bulunan ve maaşlı askerlerden oluşan yeniçeri ocağı da giderek bozulma sürecine girmiştir. Paranın (akçenin) değerinin düşmesi ve paraya olan güven duygusunun azalması, yeniçeri askerlerinin reel gelirlerinin azalmasına yol açtı. Öyle ki; maaş gelirleri, asgari bir geçim düzeyinin sağlanmasının bile çok gerisinde kaldı. Bu durum karşısında yeniçeri askerleri, ya zulüm ve tecavüze başladılar ya da askerlik dışı işlerle meşgul oldular²⁶.

Devletin kuruluş ve yükselişinde büyük rolü olan yeniçeri ocağı, bu kez devletin çöküşünü hazırlayan bir kurum haline geldi. Bu askeri kurum; birçok isyan ve ihtilalde öncü rolü oynadığı gibi, devletin çöküşünün önlenmesi için girişilen birçok yenilik hareketinin de önünde engel olmuştur²⁷. Osmanlı yenilik (ıslahat) hareketlerinin, ağırlıklı olarak askeri alanlara ilişkin olmasının nedeni budur. Bu askeri kurum ıslah edilmeden (ya da ortadan kaldırılmadan) diğer yenilik hareketlerinin başarıya ulaşamayacağı görülmüştür. Bu nedenle, yeniçeri ocağının ıslahı için daha XVII. yüzyılın başlarından itibaren faaliyetler başlamış²⁸ ve 1826 yılına kadar bu faaliyetler devam etmiştir.

24 Osmanlı Devleti'nde; dirlik sistemi çerçevesinde sipahilerin yetiştirip hazır tuttuğu askeri gücün dışında bir de maaşlı askerlerden oluşan ve kendilerine yeniçeri denilen bir askeri güç bulunmaktaydı. Yeniçeri ocağının doğuşu, I.Murat zamanına kadar uzanmaktadır. Bu padişah döneminde "kul sistemi"nin ortaya çıkışına paralel olarak kurulan "acemi ocağı", maaşlı askerlerden oluşan bir askeri örgüt idi. Daha sonra "yeniçeri ocağı" olarak ifade olunan bu askeri örgüt, genel olarak "kapı-kulu" adıyla anılmaktadır. Bkz., ÜÇÖK,MUMCU,BOZKURT, *age.*, s.173-174.

25 Dirlik sistemi çerçevesinde oluşturulan askeri gücün giderleri, dirlik gelirleri ile karşılandığından, devletin bu noktada bir harcama yapması sözkonusu değildi. Yeniçeri ocağının giderlerinin karşılanmasında da dirlikler, önemli bir kaynak durumundadır. Söyle ki; bazı dirliklerin salt, yeniçeri askerlerinin ihtiyaç duyduğu araç ve gereçlerin temini ile yükümlü tutulması mümkündü. Bu halde dirlikler, yeniçeri ocağının finansmanına doğrudan katkı sağlamaktadır. Diğer yandan, dirlik sistemi çerçevesinde toplanan vergilerin tümü sipahiye ait değildi. Olağanüstü zamanlarda konulan bazı örfi vergiler ile "cizye" vergisini devlet, kendi hazinesine almaktaydı. Bu halde ise, yeniçerilerin hazinece karşılanan giderlerine dirliklerin dolaylı olarak katılması sözkonusudur.

26 İsmail CEM, *Türkiyede Geri Kalmışlığın Tarihi*, 3.bası, Cem yayınevi, İstanbul, 1973, s.193 vd ; KOCABAŞ, *age.*, s.14.

27 CEM, *age.*, s.193 ; KOCABAŞ, *age.*, s. 15 vd.

28 Ayrıntılı bilgi için bkz., İsmail Hakkı UZUNÇARŞILI, *Osmanlı Tarihi (Karlofça Anlaşmasından XVIII. Yüzyılın Sonlarına Kadar)*, Cilt:IV/I, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.9 vd.

Savaş kabiliyetini büyük ölçüde kaybeden yeniçeri ocağı, 1826 yılında kaldırıldı²⁹. Yeniçeri ocağının kaldırılması, ülkenin dört bir yanında sevinç ve memnuniyetle karşılanmıştı ancak bu büyük girişim, ülkeyi, kısa bir süre için de olsa ordusuz bırakmıştı³⁰. Bir yıl sonra (1827'de) Osmanlı (ve Mısır) donanmasının Navarin'de yakılması sonucunda Osmanlı Devleti, deniz gücünü de kaybetti. Bu koşullar altında Rusya ile savaşmak zorunda kalındı (1828-1829 savaşı) ve doğal olarak bu savaş kaybedildi ve ağır koşullar içeren bir andlaşma (*Edirne Barış Andlaşması*) ile son buldu³¹. Bütün bu olumsuz gelişmeler, devletin buhranlı dönemine rastlamıştı. Zira bu sırada Yunan isyanı devam etmekteydi ve devlet bu isyanı bastırarak güce sahip değildi³². Nitekim 1829 yılında Yunanistan, Osmanlı Devleti'nden ayrıldı. Bir yıl sonra da (1830'da) Cezayir kaybedildi. Bu gelişmeler, bir süreden beri isyankâr tutumunu sürdüren Mısır valisi Mehmet Ali Paşa'yı yüreklendirdi.

c) Mısır Sorunu

Mısır sorununun yüzeysel nedeni, Mehmet Ali Paşa'nın Navarin'de yanan donanmasını yeniden kurabilmek için Suriye'nin ormanlarından yararlanmak ve bu yüzden Suriye valiliğinin de kendisine verilmesini istemesidir. Ancak Mısır valisinin, bu istemin dışında ve üstünde daha büyük hedefleri ve emelleri bulunduğu iddia olunmuştur³³. Mısır sorunu, başlangıçta dış ülkelerin dikkatini çekmedi ve Osmanlı Devleti'nin bir iç sorunu olarak görüldü. Ancak, devletin bu isyanı bastırmakta acze düşmesi ve yapılan savaşların Mısır valisi lehine sonuçlanması³⁴ üzerine dış ülkeler, bu soruna ilgi göstermeye başladılar.

29 Yeniçeri ocağının kaldırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Enver Ziya KARAL, *Osmanlı Tarihi (Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri, 1789-1856)*, Cilt:V, 5.bası, TTK yay., Ankara, 1988, s.146 vd. (Sonraki atıflarda "*Osmanlı Tarihi, C.V*" olarak kısaltılmıştır).

30 Yeniçeri ocağının kaldırılmasından sonra yerine, "Asakir-i Mansure-i Muhammediye" adıyla, yeni ve modern bir ordu kurulması için hazırlıklara başlanmış ancak bu hazırlıklar yeterli düzeyde olmadığı için, Osmanlı Devleti birkaç yıl düzenli bir orduya sahip olmamıştır. KARAL, *Osmanlı Tarihi, C.V*, s.119.

31 1828-1829 Osmanlı-Rus savaşından sonra imzalanan "Edirne Barış Andlaşması'nın hükümleri için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi, C.V*, s.120-121.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi, C.V*, s.112 vd.

33 Bkz., Oral SANDER, *Siyasi Tarih (İlkçağlardan- 1918'e)*, İmge Kitabevi yay., Ankara, 1989, s.210 ; KARAL, *Osmanlı Tarihi, C.V*, s.128-130.

34 Osmanlı Devleti ile Mısır arasında yapılan savaşlar ve bu savaşların sonuçları için bkz., SANDER, *age.*, s.211 vd.

aa) Mısır Sorununun Uluslararası Boyut Kazanması

Mısır sorununun askeri bir çatışmaya dönüşmesi, 1831 yılında Mısır'ın Suriye'yi işgal etmesiyle başladı. Bir yıl sonra (1832'de) yapılan savaşta ise Osmanlı Devleti, Mısır karşısında ağır bir yenilgiye uğradı³⁵. Bu yenilgi karşısında tüm Osmanlı ülkesinin tehdit altında olduğunu düşünen padişah, dış ülkeleri yardıma çağırarak zorunda kaldı. O günün koşullarında, yardım alınabilecek en uygun ülke olarak görülen (coğrafi yakınlığı da nazara alınarak) Rusya'dan yardım istendi. Osmanlı Devleti üzerinde etkin bir konuma geçmek isteyen Rusya, bu istemi hemen kabul etti ve 5 Nisan 1833'te İstanbul'a asker gönderdi. Bu olay, Batılı ülkeleri de harekete geçirdi. Çünkü; Rusya'nın Osmanlı Devleti üzerindeki etkinliği, Batılı ülkelerin özellikle Fransa ve İngiltere'nin bu bölgedeki çıkarları ile çatışmaktaydı. Bu nedenle, Rusya'nın Osmanlı Devleti üzerindeki fiili etkinliğini ortadan kaldıracak ve Rus kuvvetlerinin çekilmesini sağlayacak bir çözüm bulunmalıydı. Bunu sağlayacak en etkili çözüm, Rus kuvvetlerinin gelme nedenlerini ortadan kaldırmaktı.

Rus kuvvetleri; Osmanlı Devleti'nin 1832 yılında yaptığı savaşı kaybettikten sonra Mısır kuvvetlerinin Anadolu'ya yerleşmeleri üzerine çağrılmıştı. Diğer bir deyişle Rus kuvvetlerinin varlık nedeni, Mısır kuvvetlerinin Anadolu'daki fiili varlığıdır. Bu itibarla, Mısır kuvvetlerinin Anadolu'yu terketmeleri halinde, Rus kuvvetlerinin varlık nedeni ortadan kalkacaktı. Bu sonucu elde edebilmek için Fransa ve İngiltere, Mısır üzerinde baskı kurmaya başladılar ve *Kütahya Barışı*'nin³⁶ imzalanmasını sağladılar.

Bu barıştan sonra Mısır kuvvetlerinin Anadolu'yu boşaltması üzerine, Rus kuvvetleri de çekilmek durumunda kaldı. Ancak, Osmanlı Devleti üzerindeki etkinliğini kaybetmek istemeyen Rusya, askerlerini çekerken Osmanlı Devleti ile bir ittifak andlaşması (*Hünkar İskelesi Andlaşması*) imzaladı³⁷.

35 Stanford J.SHAW, Ezel Kural SHAW, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, (çev.Mehmet Harmancı), Cilt:II, e yay., İstanbul, 1983, s.61 vd.

36 14 Mayıs 1833 tarihinde Osmanlı Devleti ile Mısır arasında yapılan "Kütahya Barışı", devletlerarası bir andlaşma niteliğinde değildi. Zira bu barış; padişahın valisine birtakım haklar tanıyan fermanı ile sağlanmıştı. Fermanlar, nasıl ortaya çıkıyorlar ise aynı şekilde geri alınabilmesi olanaklı olan, tek yanlı hukuksal belgelerdir. Bu nedenle Kütahya Barışı, Mısır sorununa kesin bir çözüm getirememiş, geçici bir barış ortamı sağlamıştır. Bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.136.

37 8 Temmuz 1833 tarihinde imzalanan "Hünkar İskelesi Andlaşması"na göre; taraflardan birine bir saldırı durumunda, diğer taraf askeri yardıma bulunacaktı. Ancak, o günün koşullarında Osmanlı Devleti'nin bir askeri yardım yapacak durumda olmadığı düşünülerek, Rusya'nın bir saldırıya uğraması halinde boğazların yabancılara devlet gemilerine kapanaacağı hükmü, andlaşmaya dahil edildi. Sander, *age.*, s.211 vd. ; SHAW, J.S., SHAW,

Osmanlı Devleti'ni de böyle bir ittifak andlaşmasını imzalamaya iten nedenler bulunmaktaydı. Kütahya barışı, Mısır sorununa kesin bir çözüm getirememişti. Mısır valisi, Kütahya barışında kendisine bir padişah fermanı ile tanınan hakların yeterli güvence sağlamadığını düşünüyordu. Osmanlı padişahı ise, Mısır'ın yeni bir saldırısından kuşku duymaktaydı. Böyle bir ortam içerisinde Mısır sorununun tarafları, kendilerini güvence altına alacak yollar aramaya başladılar. Mısır; Batılı ülkelere, özellikle Fransa'ya yaklaşmaktaydı. Osmanlı Devleti'ne gelince; daha çok Mısır'ın çıkarlarını kollayan Kütahya barışının imzalanmasındaki rolleri nedeniyle İngiltere ve Fransa'ya güven duyulamayacağı düşüncesi, ağırlık kazandı. Buna karşılık Rusya, Mısır sorununun başından beri Osmanlı Devleti'nin yanında yer almıştı. Bu itibarla, Mısır tehlikesini bertaraf edebilmek için Rusya'ya güven duymaktan başka çaresi olmayan Osmanlı Devleti, Rusya ile ittifak andlaşmasını (Hünkar İskelesi Andlaşmasını) imzaladı³⁸.

Bu andlaşma ile Rus himayesine girme yolu açılmış olsa da Osmanlı Devleti, andlaşmanın kendisine sağladığı güvenceden aldığı güç ile, Mısır'a karşı kaybettiklerini geri alma yollarını aramaya başladı. Kütahya barışı, Mısır sorununun her iki tarafını da memnun etmemişti. Mısır valisi bu barış ile az kazandığını, padişah ise çok kaybettiğini düşünmekteydi. Karşılıklı güvensizlik ortamı içerisinde Kütahya barışı uzun sürmedi. Nitekim, bir yıl kadar sonra yeni bir anlaşmazlık çıktı. Osmanlı Devleti bu kez, Batılı devletlerin de desteklerini temin etme çabası içine girdi. 1838 ticaret sözleşmesi ile İngiltere'nin siyasi yardımı sağlandı. Ancak, 1839 yılında Nizip'te yapılan savaşı, yine Osmanlı Devleti kaybetti³⁹.

Nizip zaferi, Mısır valisinin cür'etini arttırdı ve artık bütün isteklerini Osmanlı Devleti'ne kabul ettireceği düşüncesine kapıldı. Kendisine yapılan bütün teklifleri reddetti ve uzlaşmaz bir tutum içerisine girdi. Bu durum karşısında, güçlü bir Mısır'ı kendi çıkarları açısından tehlikeli gören Batılı ülkeler de giderek Osmanlı Devleti yanında yer almaya başladılar.

Mısır sorununa kesin bir çözüm bulunamaması ve Nizip yenilgisinden sonra; Osmanlı Devleti ile ittifak andlaşması imzalamış olan Rusya'nın bir askeri müdahalesinden kuşku duyan İngiltere, aktif olarak Osmanlı Devleti'nin yanında yer aldı. Rusya ise; Mısır sorununun uluslararası bir boyut kazanmasından sonra, ittifak andlaşması ile elde ettiği üstün konumunu daha fazla devam ettiremeyeceğini düşünerek, İngiltere ile birlikte hareket etmeye

E.K., *age.*, s.63-64.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.136-138.

³⁹ 29 Haziran 1839 yılında Nizip'te yapılan savaşın sonucu İstanbul'a ulaşmadan padişah II. Mahmut vefat etti ve yerine henüz onaltı yaşında olan oğlu Abdülmecit geçti.

başladı. Avusturya ve Prusya'nın da katılımı ile Londra'da biraraya gelen bu dört devlet arasında, Mısır sorununa ilişkin bir andlaşma yapıldı⁴⁰. Daha sonra Fransa'nın da katılımı ile oluşan müttefik devletlerin askeri baskıları sonucunda Mısır valisi, kendisine teklif olunan andlaşma koşullarını kabul etmek durumunda kaldı⁴¹.

bb) Mısır Sorununun Sonuçları

Mısır sorununun sonuçlarına gelince; Osmanlı Devleti'ni on yıl süreyle uğraştıran ve başlangıçta ülkenin bir iç sorunu gibi görünen Mısır sorunu, daha sonra diğer bazı ülkelerin karışmaları ile uluslararası bir sorun haline geldi. Bu sorunu, kendi gücü ile ortadan kaldıramayacağını anlayan Osmanlı Devleti, dış destek bulmanın yollarını aradı. Devletin varlığına yönelik bu büyük tehlikeyi (Mısır tehdidini) bertaraf edebilmek için kendisine sunulan her türlü yardımı kabul eden Osmanlı Devleti, daha sonra bu yardımların bedelini ağır olarak ödemek durumunda kalmıştır.

Ancak, Mısır sorunu, Osmanlı Devleti ve tarihi bakımından olumlu bir sonuca da kaynaklık etmiştir. Hukuk devletine giden yolun açılmasını sağlayan ve ileride doğacak olan anayasal rejimin temelini oluşturan "*Tanzimat Fermanı*"nın ilânı, Mısır sorunu ile yakından irtibatlıdır. Fransız Devriminin ortaya çıkardığı liberal düşünceler, yani yöneten ile yönetilen arasında kopuksuz, organik ve işlevsel bağların kurulması süreci, özgürlük ve eşitlik ilkeleri, Osmanlı Devleti'nde uzun süre etkili olamadı⁴². Avrupa'da ortaya çıkan bu yeni düşüncelerin, yarım yüzyılı aşkın bir süre sonra Osmanlı Devleti sınırları içine girişi ve merkezi otoriteyi etkileyişi, Tanzimat Fermanı ile olmuştur. Aynı şekilde, XVIII. yüzyıl Avrupa'sında ortaya çıkan, halkın verimliliğini arttıracak koruyucu önlemler zümresinden olarak, mülkiyet hakkının hukuksal güvence altına alınması⁴³ ve vergilemeye ilişkin yenilikler, bu fermanla sağlanmıştır.

Haklar bildirisi niteliğindeki Tanzimat Fermanı, Fransız Devriminde ilân edilmiş bulunan haklar bildirisi gibi bir halk hareketi sonucu ortaya çıkmış değildi. Ancak, Osmanlı padişahının, hiçbir zorlama olmadan ve *ihsan-ı*

⁴⁰ 15 Temmuz 1840 tarihli andlaşmanın hükümleri ve sonuçları için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.198 vd.

⁴¹ Müttefiklerin Mısır'a karşı 11 Ağustos 1840'ta başlayan askeri müdahaleleri, 25 Kasım 1840'ta sonuç verdi ve bu tarihte Mısır valisi Mehmet Ali Paşa tarafından andlaşma koşulları kabul edildi ve padişahın, 1841 tarihli "Mısır Valiliği imtiyaz fermanı" adını taşıyan fermanı ile Mısır sorunu sona erdi. Bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.199-202.

⁴² SANDER, *age.*, s.213.

⁴³ Şerif MARDİN, *Türk Modernleşmesi (makaleler 4)*, İletişim yay., İstanbul, 1991, s.14.

şahane kabilinden olarak, fermanda belirtilen hakları teb'asına lütfettiği de söylenemez. Ülkenin içinde bulunduğu ağır koşullar ve özellikle Mısır sorunu nedeniyle Batının desteğine muhtaç olan Osmanlı Devleti; Batıda ortaya çıkan yeni düşünce ve ilkeleri, bir fermanla kendi ülkesine getirerek, Batının sempatisini ve desteğini kazanmak istemiştir. Tanzimat Fermanının (ve bu ferman ile başlayan dönemin) doğuşunu hazırlayan en önemli neden budur.

Mısır sorununun uluslararası bir boyut kazanmasından sonra her ülke bu sorundan, kendi çıkarlarına göre bir sonuç elde etmek gayreti içine girdi. Sorunun başlarında Rusya, Osmanlı Devleti üzerinde etkin bir konuma geldi ve 1833 ittifak anlaşmasından sonra bu konumunun hukuksal dayanağı da mevcut oldu. Ancak Rusya, bu üstün konumunu bir süre sonra kaybetti. Özellikle 1839 Nizip savaşından sonra İngiltere, Mısır sorununun çözümüne ilişkin inisiyatifi ele geçirdi ve olayları kendi çıkarlarına göre yönlendirmeyi başardı. Mısır sorunu sona erdiğinde, bu sorundan en kârlı çıkan ülke İngiltere oldu⁴⁴.

Mısır sorunu devam ederken İngiltere ile Osmanlı Devleti arasında imzalanan *1838 tarihli ticaret sözleşmesi*, bu sorun nedeniyle İngiltere'nin elde ettiği belki de en önemli kazanım idi. Osmanlı Devleti'ni yarı sömürge haline getiren bu sözleşmeyi, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alacağız.

d) Hukuk Sisteminin Yetersizliği

Tanzimat dönemini hazırlayan temel dinamiklerden biri de; değişen ve gelişen ülke ve dünya koşulları karşısında, mevcut hukuksal yapının yetersiz kalmasıydı. Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi, şer'i hukuk ve örfi hukuk alanlarından oluşmaktaydı⁴⁵. Şer'i hukuk; ilahi irade mahsulü sayılan kurallarla, bu kuralların müçtehitler tarafından yorumlanmasıyla ortaya çıkan bir hukuk alanıdır. Devletin temel yasası niteliğinde olan bu kurallar, fıkıh kitaplarında yer almaktaydı. Diğer bir deyişle bu kurallar, yasa tekniğine uygun olarak kodifiye edilmiş değildi. Örfi hukuk ise; şer'i hukukun suskun kaldığı alanlarda, sınırlı yasama yetkisine dayanarak ulül-emr'in koymuş olduğu kurallarla oluşan hukuk alanıdır. Ulül-emr'e (ya da yasa yapma mevkiinde bulunan bir kuruma) böyle bir yetki (yasa yaratma yetkisi) tanınması zorunludur. Zira, yasa yaratma hak ve yetkisi bulunmayan bir siyasal otoriteden söz edilemez. İslam hukuku için de bu böyledir. Nitekim, peygamber ve hülafa-i raşidin bile, yönetim mevkiinde bulunurlarken;

⁴⁴ SANDER, *age.*, s.213.

⁴⁵ Osmanlı hukukunun yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., M.Âkif AYDIN, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, (ed. Ekmeleddin İhsanoğlu), İstanbul, 1994, s.375 vd.

Tanrısal irade mahsulü olduğu kabul edilen kurallarla yetinememişler, sünnet ve icma adı altında yeni kurallar koyma gereğini duymuşlardı⁴⁶. Sonraki dönemlerde de devleti yönetenler, hukuk yaratmaktan kaçınmamışlardı. Ancak bu kuralların şer'i hukuka aykırı olmaması gerekirdi. İşte bu noktada, örfi (sultani) hukuk kurallarının şer'i hukuka uygunluğu ve dolayısıyla meşruluğu, fetvalarla sağlanırdı. Bu fetvalar da, yasa tekniğinden uzak bir halde, fetva mecmualarında bulunmaktaydı.

Gerek şer'i hukukun yorumlanması ve uygulanabilir hale getirilmesi, gerekse örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunun denetlenmesi, ulema sınıfına ait bir görev ve yetki idi. Bu nedenle ulemanın, yasama faaliyeti konusunda etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Tanzimat dönemine kadar devam eden, fetva ve fıkıh kitaplarına dayalı bu hukuksal yapı, Batılı ülkelerin tepkisine yolaçmıştır. Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Batılı ülkeler, "kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teb'amıza bildirelim" demek suretiyle⁴⁷, Osmanlı hukukunun sistemsizliğinden ve belirsizliğinden yakınmakta idiler.

Ülke içinde (Osmanlı Devleti'nde) de mevcut hukuksal yapıdan yakınan ve kendileri için yeterli hukuksal güvencenin bulunmadığını düşünen bir kesim bulunmaktaydı. Temel üretim aracı olan toprağın (dirliklerin) fiili sahipleri olan bu kesim (Osmanlı asker-sivil bürokrasisi); artı üründen aldıkları paylarla biriken servetlerini "müsadere"ye karşı, canlarını da "siyaseten katl"e karşı güvence altına almak istiyorlardı⁴⁸. Toprağa hukuken de sahip olmak ve önceden belirlenen suç ve cezalara tabi olmak, sipahilere bu güvenceyi sağlayacaktı. Bunun için de, Batının özel mülkiyete ilişkin kuralları ile ceza hukukuna ilişkin kurallarının kabulü gerekiyordu.

Osmanlı Devleti'nde Batılı anlamda reformların yapılmasını, Batı kapitalizmi de kendi çıkarları bakımından gerekli görmekteydi. Sanayileşen Batılı ülkeler; ürünlerini satabilecek ve ucuz hammadde elde edebilecek yeni ve geniş bir pazar daha elde edebilmek için, Osmanlı Devleti'nde bir seri reformların yapılmasını istemekteydi. Özellikle; gümrük duvarlarının kaldırılması, maliye, ticaret ve mülkiyet konularında, Batının hukuk kurallarının kabul edilmesi, bu istemlerin başında gelmekteydi. Bir noktada, Osmanlı Devleti'nde artı ürünü ele geçiren kesim (dirlik sahipleri) ile Batının istekleri birleşme halinde idiler. Zira toprağın fiilen sahibi konumunda bulunan sipa-

46 Bkz., MANSURİ ZADE, "Şeriat ve Kanun", *Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı:8, 1333(1917), s.601.

47 CEVDET PAŞA, *Tezakir(I-12)*, s.63.

48 SARICA, *age.*, s.124.

hiler, bu sahipliklerini hukuksal güvenceye kavuşturmak istiyorlardı⁴⁹. Batının özel mülkiyete ilişkin kuralları, bunu kendilerine sağlayacaktı. Dolayısıyla, Batılı ülkelerin reform talepleri, ülke içinde de destek bulmaktaydı.

Diğer yandan, mevcut hukuksal yapıdan bunalan Osmanlı halkı da, içinde yaşadığı güvensizlik ortamını giderecek yeni düzenlemelere gereksinim duymaktaydı. Bu gereksinim, devlet bakımından da sözkonusuydu. Sarsılan devlet otoritesinin yeniden tesisi, ancak, yeni ve belirli yasalarla olanaktıydı⁵⁰. XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Avrupa’da ve Osmanlı Devleti’nde meydana gelen, sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler karşısında, İslam hukuku yetersiz kaldı. Bu yetersizliğin; tek tek pozitif hukuk kuralları ile ilgili olmasının yanında ve daha önemli olarak, İslam hukukunun temel yapısı ile ilgili olması, yeni bir hukuk düzenini gerektirmiştir. Din’ler ve mezhepler arası eşitsizlik temeli üzerine kurulu bulunan İslam hukukunun, Tanzimatın getirdiği en önemli ilkelerden biri olan “eşitlik” ilkesini yaşama geçirmesi beklenemezdi. Keza Tanzimatın getirdiği diğer ilkelerin de hukuksal güvencelere kavuşturulması, ancak, laik ve evrensel karakterli yasalarla olanaktıydı.

2-Dış Etkenler

Tanzimat Fermanı ve bu fermanla başlayan yeni dönem, Osmanlı yöneticilerinin, duydukları ihtiyaç üzerine salt kendi iradeleri ile ortaya koydukları bir yenileşme hareketi değildi. Aynı şekilde bu yenileşme süreci, halktan gelen istem ya da baskı sonucunda da başlamış değildi. Bu yeni dönemi hazırlayan çeşitli etkenler bulunmaktaydı. Bu etkenlerden bazılarını, “iç etkenler” başlığı altında ifade etmeye çalıştık. Bunların dışında başka etkenler de bulunmaktaydı ki, bunlara da kısaca değineceğiz.

a) Avrupa’da Skolâstik Anlayışın Yıkılışı Ve Sonuçları

XVI. yüzyılın sonlarından itibaren gerileme sürecine giren Osmanlı Devleti, durdurulamayan çöküşü, sadece askeri nedenlerde aradı. Çöküş nedeni askeri olunca, çare de askeri nitelikte olacaktı. Daha güçlü bir ordu vücuda getirilirse, bütün sorunların ortadan kalkacağı sanılıyordu. Bu dönemde Avrupa, rönesans ve reformasyon hareketleri sonucunda ortaçağın karanlığından kurtuluyor ve insan aklının önündeki engeller yıkılıyordu⁵¹. Özgürleşen insan aklı, Avrupa’da hızlı bir gelişim süreci başlatıyordu. XVII. yüzyılda da

⁴⁹ CEM, *age.*, s.251 vd.

⁵⁰ Hıfzı VELDET, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.167-169.

⁵¹ Sadi IRMAK, “Atatürkçülüğün İlkeleri-İnkılâpların Fikir Temelleri”, *Atatürkçü Düşünce*, Atatürk Kültür,Dil ve Tarih Yüksek Kurumu yay., Ankara, 1992, s.4 vd.

devam eden bu gelişmenin en önemli sonucu; ortaçağ insanını büyük bir yoksulluğa ve mutsuzluğa düşür eden skolastik anlayışın yıkılarak, Avrupa'da zihniyet devriminin gerçekleşmiş olmasıydı. Dogmatik kalıplardan kurtulan insan akli, kendisini mutlu edecek gelişmeleri aramaya başladı. Yapılan keşifler ve teknolojik gelişmeler, Avrupa insanının zengin kaynaklara ulaşmasına olanak sağladı ve giderek oluşan sermaye birikimi, yeni bir sınıfın (burjuva sınıfı) doğuşunu hazırladı.

aa) Burjuva Sınıfı Ve 1789 Fransız Devrimi

Daha çok, (orta sınıf denilen) memur, subay, maliyeci, tüccar, teknisyen gibi çalışan insanlardan oluşan bu sınıf, evrensel bir felsefe (düşünce sistemi) ile insanlığın karşısına çıktı⁵². Liberalizm olarak ifade edilen ve “özgürlük” ve “eşitlik” temeline dayanan bu felsefe; insanı ve onun mutluluğunu herşeyin üzerinde tutmakta, özel mülkiyeti ve serbest ticareti esas almaktaydı⁵³.

Ekonomik yaşamın kontrolünü ele geçiren bu sınıf, ekonomik gücünün siyasal iktidara da yansımalarını istemeye başladı⁵⁴. Düşünsel temelleri İngiltere'de ortaya çıkan ve daha sonra Amerika ve Avrupa'ya yayılan liberalizm, 1789 Fransız devrimi ile iktidara geldi⁵⁵. Bu devrim ile Fransa'da siyasal iktidarı ele geçiren, XVIII. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan ve etkileri Fransız devriminden daha az olmayan sanayi devrimi ile gücünü daha da arttıran burjuvazi, önce Avrupa'ya daha sonra da bütün dünyaya kendi ideolojisini ihraç etmeye başladı. Esasen bu ideolojinin dayandığı; insanı ön plânda tutan, “özgürlük”, “eşitlik”, “ulusçuluk” gibi temel ilkeler, yayılma kaabiliyetini haiz ve diğer ülkeleri etkileyebilecek ilkelereydi⁵⁶.

Bir düşünce akımı şeklinde ortaya çıkan bu ilkelere ilk önce Avrupa devletleri etkilendi⁵⁷. Avrupa devletleri (siyasal yapıları ne olursa olsun);

52 İlhan F.AKIN, *Kamu Hukuku*, 6.bası, Beta yay., İstanbul, 1990, s.124.

53 AKIN, *age.*, s.124.

54 Toktamış ATEŞ, *Siyasal Tarih I (Ortaçağdan Ondokuzuncu Yüzyılın Sonlarına Dek)*, İstanbul Üniversitesi yay., İstanbul, 1989, s.98.

55 Ayferi GÖZE, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 7.bası, Beta yay., İstanbul, 1995, s.527 vd.

56 Fransız devriminin Osmanlı Devleti üzerindeki etkileri konusunda bkz., Sina AKŞİN, “Fransız İhtilalinin II.Meşrutiyet Öncesi Osmanlı Devleti Üzerindeki Etkileri Üzerine Bazı Görüşler”, *Yılmaz Günel'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:49, No:3-4, Ankara, 1995, s.24 vd.

57 Liberalizmin temel ilkelerinin yer aldığı “1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”, bu konudaki ilk bildiri değildi. Daha önce Amerika'da yayınlanan “Hak Bildirileri”nden, Fransızların yararlandıkları bilinmektedir. Bkz., AKIN, *age.*, s.287-298.

giderek güçlenen bu yeni sınıfa (burjuvaziye) dayanmaya başladılar. Mutlakıyetçi devletler, siyasal sınırlarını, burjuvazileri daha kuvvetli olan devletler ise ekonomik faaliyet alanlarını genişletme eğilimine girdiler⁵⁸.

bb) Fransız Devriminin Osmanlı Devletine Etkileri

XVIII. yüzyılın ikinci yarısı, çağdaş dünyanın oluşumunu belirleyen iki önemli devrime sahne olmuştu. Bunlardan biri Fransız devrimi, diğeri ise İngiltere kökenli sanayi devrimidir⁵⁹. Bu devrimlerle hızlı bir gelişme sürecine giren Avrupa'da ortaya çıkan yeni düşünce ve ilkeler karşısında Osmanlı Devleti, başlangıçta duyarsız kaldı⁶⁰. Bu akımın, Osmanlı Devleti'ni etkilemeye başlaması üzerine birtakım tedbirler aranmaya başlandı. Ancak, alınan tedbirler, geleneksel yapının ve anlayışın daha sıkı olarak korunması şeklinde olmaktadır. Tanzimat öncesinde yapılan bazı yüzeysel ıslahat (yenileşme) hareketleri ise, Batıda ortaya çıkan yeni düşünce akımı karşısında çok cılız kalmaktaydı. Fransız devriminin prensiplerinden doğan ulusçuluk akımı; çok etnili bir devlet olan Osmanlı Devleti'nde, ayrılıkçı bir etkiye yolaçtı. Bu etki özellikle, ağırlıklı olarak zimmi teb'anın yerleşik bulunduğu Balkan yarımadasında görülmüştür⁶¹.

Ulusçuluk akımının yayılmasıyla başlayan çözülme ile, daha XIX. yüzyılda Osmanlı Devleti tarih sahnesinden silinebilirdi. Ancak, Osmanlı Devleti üzerinde çeşitli çıkar hesapları olan ülkelerin kendi aralarındaki rekabetleri ve denge politikaları, Osmanlı Devleti'ne yaklaşık yüzyıl kazandırmıştır. Bu nedenle Osmanlı Devleti; tüm koşullar aleyhine olmasına karşın, büyük çapta bir çözülme yaşamaksızın⁶², varlığını XIX. yüzyılda da sürdürmüştür. Bu suretle; dış tehdit nedeniyle parçalanma tehlikesinden bir ölçüde uzak olan Osmanlı Devleti, iç tehditleri bertaraf etme çabalarına ağırlık verdi. Mısır tehdidinin ortadan kaldırılması, ayanların nüfuzunun kırılması ve merkezi otoritenin yeniden sağlanması için yapılan girişimlerden, daha önce

58 A.Hâmid ONGUNSU, "Tanzimat ve Amillerine Umumi Bir Bakış", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.2.

59 Zafer TOPRAK, "Eski Türkçe Yazında Temel Hak ve Özgürlükler", *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul Barosu yay., 1992, s.531.

60 Bernard LEWIS, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (çev. Metin Kıratlı), 5.bası, TTK. yay., Ankara, 1993, s.41.

61 Ayrıntılı bilgi için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.104 vd.

62 1816 yılında Sırbistan'a özerk statü tanınması, 1829 yılında Yunanistan'ın bağımsızlığına kavuşması gibi münferit olaylar, Osmanlı Devleti'nin tümüyle parçalanması anlamına gelmiyordu. Kaldı ki bu olaylar; genel denge korunarak, büyük devletlerin (İngiltere, Fransa, Rusya ve Avusturya'nın) kontrolü altında vukubulmaktaydı. ONGUNSU, *age.*, s.4-5.

sözetmiştik. Bu etkilerin dışında bir diğeri ve belkide en önemlisi; Batıda ortaya çıkan büyük düşünce hareketinin, ülke içerisinde gösterdiği etkisi idi. Bu düşünce hareketi, daha çok gayrimüslim unsurlar (zimmiler) üzerinde etkili olmuş ve bu unsurların ayrılıkçı istemlerini arttırıcı rol oynamıştır.

Fransız Devriminin ortaya koyduğu ulusçuluk, özgürlük, eşitlik gibi kavramlar; başlangıçta, propaganda ile ve siyasi amaçlarla Osmanlı Devleti'nin gayrimüslim halkına aşılandı ve daha sonra bazı devletler, bu düşüncelerin yayılması ve kökleşmesi için yardımlarda bulundular⁶³. Osmanlı yöneticileri; devleti parçalanma tehlikesi ile karşı karşıya getiren bu gelişmeler karşısında, yeni düşünce hareketinin olumsuz etkilerini nötralize etmek ve parçalanmanın önüne geçmek amacıyla birtakım tedbirler almak durumunda kaldılar. Tanzimat Fermanının ilanını gerekli kılan nedenlerden biri de budur. Bu fermanla; özgürlük ve eşitlik ilkeleri bakımından, tüm Osmanlı halkını kapsayan ifadelere yer verilmiş⁶⁴ ve bu suretle Batıda ortaya çıkan yeni düşünce ve ilkelerin yıkıcı etkileri bertaraf edilmek istenmiştir⁶⁵.

cc) Sanayi Devrimi ve Osmanlı Devletine Etkileri

Avrupa'da ilk sanayi devrimi İngiltere'de gerçekleşmişti. 1820'lerin başında sanayi devrimini tamamlayan İngiltere, Avrupa'da rakipsiz duruma gelmişti⁶⁶. O tarihlerde henüz sanayi devrimini tamamlayamayan Kıta Avrupası ülkeleri, İngiltere sanayi ürünlerinin kendi pazarlarına girmesini

63 Ulusçuluk düşüncesinin yayılmasında ve daha sonra isyanların (Sırp ve Yunan isyanları) ortaya çıkmasında Fransa, İngiltere ve Rusya'nın oynadığı rol için bkz., KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s.101-118.

64 TANÖR, *age.*, s.88 vd.

65 Tanzimat Fermanının ilanı, içte ve dışta genel bir hoşnutluk yaratmıştı. Ancak, Batı'da ortaya çıkan yeni düşünce hareketi ve ulus bilinci ile gelişen gayrimüslim unsurlar, bu fermanın verdiği haklarla yetinmek istemediler. Hatta verilen bu haklar, (bazı dış devletlerin de desteği ile) onların ayrılıkçı istemlerini körüklemiştir.

66 İngiltere'nin o dönemdeki konumunu ve gücünü ortaya koyabilmek bakımından bazı istatiki bilgiler verecek olursak; Avrupa'daki sanayi veriminde meydana gelen artışın yaklaşık 2/3'ünü İngiltere gerçekleştirmiş ve dünya imalat üretimindeki payı %1.9'dan %9.5'e yükselmiştir. Daha sonraki yıllarda teknolojik gelişmelerin diğer Avrupa ülkelere de yayılmasına rağmen, 1860'lı yıllara gelindiğinde bu oran %19.9'a yükselmiştir. Bu tarihlerde İngiltere, dünya demir üretiminin %53'ünü, kömür ve linyit üretiminin de %50'sini gerçekleştiriyor ve dünya pamuk veriminin yarısına yakını tüketiyordu. Yine İngiltere, Almanya'nın 5 katı, Fransa'nın 6 katı ve Rusya'nın 155 katı daha fazla enerji tüketiyordu. Dünya ticaretinin 1/5'ini ve mamul mallar ticaretinin ise 2/5'ini İngiltere elinde tutmaktaydı. Dünya ticaret gemilerinin 1/3'ünden fazlası İngiliz bayrağı taşımakta ve bu oran düzenli olarak artmaktaydı. Daha geniş bilgi için bkz., Paul KENNEDY, *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri* (çev. Birtane Karanakçı), 2.bası, Türkiye İş Bankası Kültür yay., Ankara, 1990, s.178 vd.

engellemek için korumacı önlemler almakta idiler⁶⁷. Bu durum karşısında İngiltere, kendisine yeni pazarlar aramaya başladı. Zira sanayi devrimi sonucunda ürünler; el emeğine dayalı geleneksel üretim düzenine göre çok daha ucuz, seri ve bol miktarda üretilmeye başlandı. Bu yeni üretim şekli, önce Avrupa'nın daha sonra diğer ülkelerin geleneksel üretim düzenini alt-üst etti.

Coğrafi keşifler ve sanayi devrimi sonucunda Avrupa'nın ve giderek Dünya'nın zenginliklerini eline geçiren Avrupa burjuvazisi, Dünya düzenini kendi çıkarları ve ideolojisine göre oluşturmaya yöneldi. Avrupa'da ekonomik iktidarının yanında 1789 Fransız devrimi ile siyasal, sosyal, hukuksal ve felsefi iktidarını da kurmuş olan Avrupa burjuvazisi; monarşik krallığı safdışı için liberalizm, kilise otoritesini ortadan kaldırmak için laisizm ve imparatorluk rejimlerini yıkmak için de nasyonalizm (ulusçuluk) reaksiyonu göstermişti. Avrupa'da bu üç akım (liberalizm, laisizm ve nasyonalizm) ile egemen bir güç haline gelen Avrupa burjuvazisi (veya kapitalizmi), XIX. yüzyılın ortalarına doğru Dünya'yı sömürgesi haline getirmek için bu akımları Avrupa dışına ihraç etmeye başladı⁶⁸. Bu gelişme Osmanlı Devleti'ni de etkilemiş ve 1838 ticaret sözleşmesinin (ve bunu takip eden diğer ticaret sözleşmelerinin) doğuşunu hazırlamıştır.

aaa) 1838 Ticaret Sözleşmesi

Osmanlı Devleti, Mısır sorunu devam ederken ve Tanzimat Fermanının ilânından önce, bazı Avrupa devletleri ile ticaret sözleşmeleri imzalamıştı. İlk ticaret sözleşmesi, 16 Ağustos 1838 tarihinde İngiltere ile yapılmıştı⁶⁹. Bu sözleşme, diğer Avrupa ülkeleriyle daha sonra yapılan ticaret sözleşmelerine kaynaklık etmiştir. Nitekim bu sözleşme hükümlerinden, diğer ülkelerin de yararlanabileceği hükme bağlanmıştı⁷⁰. Bu nedenle, sadece İngiltere ile yapılan ticaret sözleşmesi üzerinde durmakla yetineceğiz.

Sanayi devriminin yarattığı hammadde ve dış pazar ihtiyacı, Osmanlı Devleti'nin önemini arttırmıştı. Sanayi devrimini daha önce tamamlayan

67 Bilâl ERYILMAZ, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İşaret yay., İstanbul, 1992, s.80.

68 KOCABAŞ, *age.*, s.28-29.

69 Osmanlı Devleti'nin, ticaret sözleşmesi yaptığı diğer Avrupa devletleri için bkz., Enver Ziya KARAL, *Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri, 1856-1861)*, Cilt:VI, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.254. (Sonraki atıflarda "Osmanlı Tarihi, C.VI" olarak kısaltılmıştır).

70 İngiltere ile yapılan 1838 ticaret sözleşmesinin metni için bkz., Ahmet YÜCEKÖK, "Emperyalizm Yörüngesinde Osmanlı İmparatorluğu 1838 Ticaret Sözleşmeleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt:XXIII, No:1, Mart-1968, s.422-425 ; Ayrıca sözleşmenin önemli hükümleri için bkz., SARICA, *age.*, s.125-126.

İngiltere, Avrupa pazarına giremedi. Zira, sanayileşme süreci içerisinde bulunan Avrupa ülkeleri, aldıkları tedbirlerle kendi sanayiilerini koruma yoluna gitmişlerdi. Aradığı pazarı Avrupa’da bulamayan İngiltere, daha uzak pazarlara yöneldi ve bu noktada Osmanlı Devleti, önemli bir pazar konumundaydı. Geniş coğrafyası, İran ticaretinde transit yol oluşu ve daha da önemlisi, ulusal ekonomi şuurunun henüz doğmamış bulunması Osmanlı Devleti’ni, en cazip pazar haline getirmekteydi. Ancak, Osmanlı ticaret rejiminde, (kapitülasyonlara rağmen) yabancı tüccarlar için hâlâ bazı sınırlamalar sözkonusuydu. İç ticarete uygulanan tekelcilik (yed-i vahit usulü), malların bir yerden başka bir yere naklinde istenilen “izin tezkeresi”, iç gümrükler, bazı malların ihracının yasaklanması gibi, serbest ticareti sınırlayan engeller bulunmaktaydı. İngiltere; hızla gelişen sanayisinin pazar ihtiyaçlarını karşılayabilmek için bu engellerin kaldırılmasını, iç ve dış ticaretin liberalleşmesini istemekteydi. Ancak bu istemler, Osmanlı Devleti tarafından kolayca kabul edilecek istemler değildi. Zira, iç ve dış gümrük vergileri ile bazı ticari mallara uygulanan yed-i vahit usulü, Osmanlı Devleti’nin en önemli gelir kaynaklarıydı⁷¹. Yerli sanayiinin ve ticaretin korunması için Osmanlı Devleti’nin almış olduğu korumacı önlemler, yabancı sermaye önünde büyük engel teşkil etmekteydi. Sanayi devrimini ilk gerçekleştiren ve büyük çaptaki üretimine pazar arayan ülke olarak İngiltere için, ticaretin önündeki bu engeller ortadan kaldırılmalıydı. Ancak bunun için, uygun koşullar oluşmalıydı.

Mısır valisinin 1831 yılında başlayan isyanı, İngiltere’nin beklediği uygun koşulları hazırlayan bir sorun olarak ortaya çıktı. On yıl süreyle devam eden Mısır sorunu sırasında İngiltere, kendisini ticari hedeflerine ulaştırabilecek bir politika izledi. Geleneksel kapitülasyon imtiyazları, sanayi devrimi ile gelen yeni İngiliz çıkarlarını tatmin etmekten uzak kaldı ve yeni bir ticaret sözleşmesi gündeme geldi. Sonuçta, İngiltere’nin yapacağı yardımlara karşılık olarak, Osmanlı Devleti ile 1838 ticaret sözleşmesi imzalandı. Bu suretle, İngiltere’nin çıkarları ile çatışma halinde bulunan Osmanlı ticaret rejimi, İngiltere lehine olarak değiştirilmiş olmaktadır.

Bu sözleşme hükümlerinin, Osmanlı Devleti’nin bütününde (Mısır dahil) uygulanması hükme bağlandı. Böylece, İngiltere’nin bu sözleşme ile elde etmiş olduğu ayrıcalıklar Mısır’da da geçerli olacaktı. Bu hüküm, Mısır’ın da ekonomisine önemli bir darbe niteliğindedir. Çünkü Osmanlılar gibi Mısır da ticarete tam serbestlik rejimini kabul etmemiştir. Hatta Mısır; yed-i

⁷¹ 1838 ticaret sözleşmesinden önce Osmanlı dış ticareti ve gümrük gelirleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Emine KIRAY, *Osmanlı’da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar*, İletişim yay., İstanbul, 1993, s.66 vd.

vahit usulünü dış ticareti devletleştirme yolunda kullanmış, bu sayede elde ettiği gelire güçlü bir ordu kurmuş ve sanayisini geliştirme yolunda önemli atılımlar yapmıştı⁷². Mısır'ın bu ticari rejimi ve güçlü konumu; İngiltere'nin bu bölgedeki çıkarları ile çatışmakta, Osmanlı Devleti bakımından ise bir tehdit unsuru olmaktaydı.

Mısır'ın; Osmanlı Devleti'nin bir parçası olduğunun kabulü, Osmanlı Devleti için olduğu kadar İngiltere için de önemli bir konudur. Çünkü ticaret sözleşmesinin hükümleri, Osmanlı Devleti'nin bütününde (Mısır'da da) geçerli olacağı kabul edilmişti. Bu nedenle, 1838 ticaret sözleşmesinin bir yönüyle, Osmanlı Devleti'nin toprak bütünlüğünü koruyucu bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

Tekellerin kaldırılması ve ticaretin liberalleştirilmesi, Mısır'ın ekonomik ve askeri gücünü zayıflatacaktı⁷³. Bu noktada; Mısır üzerinde, İngiltere ve Osmanlı Devleti'nin farklı yönlerdeki çıkarları birleşmiş olmaktadır⁷⁴. Mısır sorunu ve bu sorun nedeniyle İngiltere'nin yapacağı yardımlar, 1838 ticaret sözleşmesini doğuran en önemli nedendi. Ancak, bu sözleşmenin doğuşunu salt bu nedene bağlamak doğru olmaz. Bu sözleşmenin Mısır'da da geçerli olacak olması, Osmanlı Devleti için büyük tehdit unsuru olan Mısır ordusunun gücünü kıracaktı. Zira bu sözleşmenin yolaçacağı büyük gelir kayıpları, Mısır'ın askeri gücüne olumsuz olarak yansıtacaktı.

Osmanlı Devleti; kendisi bakımından da ağır sonuçlar doğursa da⁷⁵, Mısır tehdidini ortadan kaldıracak olması nedeniyle bu sözleşmeye rıza göstermiştir. O günün ağır koşulları karşısında Osmanlı yönetimi, serbest ticaret rejiminin ekonomik ve mali açılardan ortaya çıkaracağı olumsuzlukları düşünenecek durumda değildi. Yönetim, ticareti liberalleştirirken; ekonomik çıkarlardan daha çok, elde edeceği askeri ve siyasi çıkarları düşünmekteydi.

Osmanlı Devleti'ni, 1838 ticaret sözleşmesini kabule sevkeden bir diğer neden de; dirlik sisteminin bozulması sonucunda ortaya çıkan büyük toprak ağalarının (ayanların), devletin karşısında bir güç haline gelmeleridir. Dirlik sisteminin bozulması ve iltizam usulünün doğmasından sonra dirlik sahipleri (ayanlar), toprağın fiilen maliki (sahibi) konumuna geldiler. Artı ürünü ele

⁷² SARICA, *age.*, s.125.

⁷³ Nitekim 1838 ticaret sözleşmesinden sonra Mısır, ticari tekellerinden elde ettiği gelirleri kaybettiği için, askerlerinin maaşını ödeyemez hale geldi. Bkz., CEVDET PAŞA, *Tezakir(1-12)*, s.7.

⁷⁴ Ömer KÜRKCÜOĞLU, *Türk-İngiliz İlişkileri (1919-1926)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., Ankara, 1978, s.21.

⁷⁵ ERYILMAZ, *age.*, s.86.

geçiren ve giderek güçlenen bu kesim üzerinde, devletin denetimi zayıfladı. Devlet otoritesini zaafa düşüren ayanların bu gücünün kırılmasında, 1838 ticaret sözleşmesinin büyük rolü oldu. Zira bu sözleşmeye göre; yabancı tüccarlar iç gümrük vergilerinden muaf oldukları halde, Osmanlı tüccarının bu vergi yükümlülüğü devam etmekte idi. Ayrıca Osmanlı tüccarının bilgi ve tecrübesinin yetersizliği ve örgütlü olmayışı, yabancı tüccarlar ile rekabet eşitsizliğine yol açmaktaydı⁷⁶. Dolayısıyla bu ticaret sözleşmesi sonucunda yabancı tüccarlar, kendileriyle rekabet edebilecek örgütlü bir tüccar topluluğu ile karşılaşmadan rahatlıkla Osmanlı pazarına girdiler. Osmanlı Devleti'nin ekonomik ve mali yapısını büyük ölçüde sarsan bu durum, dirliklerin gelirlerini de olumsuz yönde etkilemişti. Dirlik sistemi çerçevesinde oluşturulan ve giderek merkezi yönetimin denetimi dışında kalan askeri güçler; dirlik gelirlerindeki azalmaya bağlı olarak, etkinliğini yitirmeye başladı. Bu suretle, devlet içinde ama devlete karşı bir güç odağı konumundaki ayanların nüfuzu kırılmış olmaktadır.

bbb) 1838 Ticaret Sözleşmesinin Sonuçları

1838 ticaret sözleşmesi (ve bunu takip eden diğer bazı Avrupa ülkeleri ile yapılan ticaret sözleşmeleri) ile Osmanlı sanayii ve ticareti hızla çöküş sürecine girdi ve ülke açık pazar haline geldi⁷⁷. Sanayi devrimini tamamlayan Batılı ülkelerin üstün rekabet gücüne rağmen, 1838 yılına kadar Osmanlı sanayii ve ticareti ayakta durmayı başarabilmişti. Ne var ki, bu tarihten itibaren imzalanan ticaret sözleşmeleri her türlü korumayı kaldırınca, Osmanlı sanayii ve ticareti tümüyle çökmüştü⁷⁸. Dolayısıyla, 1838 yılından itibaren imzalanan ticaret sözleşmelerini, Batılı ülkelerin çıkarları doğrultusunda hazırlanmış hukuksal belgeler olarak ifade edebiliriz. Ancak, Osmanlı Devleti bu sözleşmelere taraf olurken, kendi çıkarlarını tümüyle gözardı ettiği de söylenemez. İngiliz-Türk ticaret sözleşmesi, iki yıl süren müzakerelerden sonra imzalanabilmişti⁷⁹. O günün koşullarında ve sanayileşen İngiltere karşısında yeterli pazarlık gücüne sahip olmayan Osmanlı Devleti, bu sözleşme ile, ekonomik çıkarlarından daha çok askeri ve siyasi çıkarlarını gerçekleştirmeyi hedef almıştı. Mısır tehdidinin ortadan kaldırılması, ülke içindeki güç odaklarının merkezi denetim altına alınması ve toprak bütünlüğünün korunması gibi hususlar, Osmanlı yöneticilerinin daha çok önem verdiği

⁷⁶ ERYILMAZ, *age.*, s.86.

⁷⁷ CEM, *age.*, s.261 vd ; YÜCEKÖK, *age.*, s.394 vd; H.Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi yay., İstanbul, 2000, s.653.

⁷⁸ YÜCEKÖK, *age.*, s.414 vd.

⁷⁹ ERYILMAZ, *age.*, s.83.

konular olmuştur.

1838 ticaret sözleşmesinin pratik yaşama geçebilmesi, Osmanlı Devleti'nin temel yapısında birtakım reformları gerekli kılmaktaydı. Devletin temel yapısı ve karmaşık bir hukuk düzeni içerisinde; liberal karakterli bu sözleşmenin uygulanması olanaksızdı. İngiliz kapitalistlerin yerli ortaklar olarak kullanacakları hristiyan unsurların (zimmilerin) hukuksal statüleri, uygun değildi⁸⁰. Zimmiler, müslümanlarla aynı eşit haklara sahip bulunmuyorlar ve devlet yönetiminde yer almıyorlardı. 1838 sözleşmesinin özünü teşkil eden, ticarete tam serbestlik ilkesine aykırı olan ve sözleşmenin uygulanmasını güçleştiren bu yapının değişmesi gerekiyordu. Bu yapı, Tanzimat Fermanının ilanı ile değişim sürecine girmiş ve sözleşmenin uygulanmasını olanaklı kılacak zemin oluşmaya başlamıştır. Bu nedenle, 1838 ticaret sözleşmesi, Tanzimat dönemini hazırlayan temel dinamiklerden birini oluşturur.

b) Dış Güçlerin Baskıları

Yozlaşan yeniçeri ocağının 1826 yılında kaldırılmasından sonra, düzenli ve güçlü yeni bir ordunun, kısa bir sürede kurulamaması nedeniyle, Osmanlı Devleti'nin içteki ve dıştaki zaafiyeti arttı. Devletin, Mısır isyanı sırasındaki zaafiyeti, sorunun uluslararası bir boyut kazanmasına neden oldu. Her ülke bu sorundan, kendi çıkarları ve hedefleri doğrultusunda yararlanma çabası içine girdi. Rusya, daha çok siyasi nüfuz alanını genişletme yönünde bir politika izledi. Batılı ülkeler ise gelişen sanayilerinin, pazar ve hammadde ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, daha çok ekonomik nüfuz alanlarını genişletecek strateji izlediler.

Mısır sorununun uluslararası bir boyut kazanmasından sonra dış güçler (özellikle İngiltere ve Fransa), belirledikleri hedeflerine ulaşabilmek için, başlangıçta Mısır'ı desteklediler. Ancak Mısır'ın, Osmanlı Devleti'nin varlığını tehdit edecek bir güç haline gelmesinden sonra; güçlü bir Mısır yerine zayıf bir Osmanlı Devleti'ni, kendi çıkarları bakımından daha uygun gören Batılı ülkeler, bu kez Osmanlı Devleti'nin yanında yer aldılar. Çünkü, geniş coğrafyası ve zayıf konumu ile Osmanlı Devleti, Batı kapitalizmi için yamsal önemi haiz bir ülke idi.

İçinde bulunulan ağır koşullar nedeniyle, pazarlık gücü olmayan ve kendisine sunulan her türlü yardımı kabul etmek durumunda kalan Osmanlı Devleti; 1838 yılından başlayarak Batılı ülkelerle bir seri ticaret sözleşmesi

⁸⁰ Zimmilerin, reform öncesi hukuksal statülerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Gülnihal BOZKURT, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, TTK. yay., Ankara, 1989, s.14 vd.

yaptı⁸¹. Karşılıklı çıkar ve yükümlülük esasına dayanmayan ve eşitsizlik temeli üzerine kurulan bu sözleşmeler, Batılı ülkelerin sömürü düzenlerine hukuksal dayanak sağlayan belgelerdi.

Bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin, Osmanlı Devlet yapısında birtakım reformlar yapılmadan uygulanması olanaksızdı. Devletin; yönetsel, hukuksal, siyasal ve mali yapısında asgari bazı değişiklikler yapılmadığı takdirde, ticaret sözleşmeleri kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdu. Bu nedenle Batılı ülkeler, sözleşmelerin yaşama geçirilmesini sağlayacak reformların yapılması için, Osmanlı Devleti'ne baskı yapmaya başladılar. Bu baskıların odak noktasını, müslüman halk ile gayrimüslim halk arasındaki eşitsizliğin giderilmesi oluşturmaktaydı. Zira Osmanlı Devleti'nde, toplumu meydana getiren çeşitli dinsel gruplar içinde müslümanların üstünlüğüne dayalı siyasal bir düzen bulunmaktaydı⁸². Bu yapı, Batılı ülkelerin çıkarlarını olumsuz yönde etkilemekteydi. Çünkü, Batının Osmanlı Devleti ile olan ticari ilişkileri, daha çok yerli gayrimüslim unsurlara (zimmilere) dayanmaktaydı. Bu unsurların haklarının korunması ve geliştirilmesi, Batı kapitalizminin çıkarları ile doğrudan ilgiliydi. Dolayısıyla Batılı ülkeler; zimmilerin haklarının korunması, geliştirilmesi ve hukuksal güvenceye kavuşturulması için, Osmanlı Devleti'ne baskı uygulamaya başladılar. Bu sırada Mısır tehdidi halâ devam etmekte ve Batılı ülkelerin bu sorunu istismarı da sürmekte iken yapılan bu baskılar karşısında, Osmanlı Devleti'nin direnmesi olanaksızdı. Çünkü aynı zamanda, özgürlük ve eşitlik akımının ayrılıkçı etkileri de ortaya çıkmaya başlamıştı. Bu koşullar Osmanlı Devleti'ni; kendi nüfusunu oluşturan tüm dinsel grupların (bireylerin) eşitliğini kabule zorlamaktaydı. Nitekim, henüz Tanzimat Fermanı ilan edilmeden önce, II. Mahmut'a atfedilen; *"... Ben tebaamın müslümanını camide, hristiyanını kilisede, musevisini havrada farkedirim. Aralarında başka bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır"* şeklindeki ifadeler, "eşitlik" ilkesinin devletçe tanınması anlamına gelmekteydi⁸³. Ancak, bu

81 Osmanlı Devleti bu dönemde; İngiltere ile (16 Ağustos 1838), Fransa ile (25 Kasım 1838), Lübeck, Brem, Hamburg, Hans şehirleri ile (18 Mayıs 1839), Sardunya ile (2 Eylül 1839), İsveç ve Norveç ile (31 Ocak 1840), İspanya ile (2 Mart 1840), Felemenk ile (14 Mart 1840), Belçika ile (30 Nisan 1840), Prusya ve Zolferayın Devletleri ile (22 Ekim 1840), Danimarka ile (1 Mayıs 1841), Toskana ile (7 Haziran 1841) tarihlerinde ticaret sözleşmesi imzalamıştır. KARAL, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.254.

82 KARAL, *Gülhane Hatt-ı*, s.8.

83 Aynı şekilde; Tanzimat döneminin hazırlayıcılarından Rıza Paşa'nın, Midilli'de çeşitli cemaat temsilcileri huzurunda yaptığı bir konuşmada "Cümleniz bir imparatorun tebaaları, aynı babanın çocuklarıdır" diyerek, eşitlik ilkesine vurgu yapmakta idi. Yavuz ABADAN, "Tanzimat Fermanının Tahlili", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.47-48.

ifadeler, özgürlük ve eşitlik ilkelerini hukuksal güvenceye kavuşturmaktan uzaktı. Burada fiili bir güvenceden sözedilebilir ve bu tür güvenceler, sürekli olmadığı gibi her an geri alınabilmesi de mümkün olan güvencelerdir. Bu nedenle, gerek yerli gayrimüslim unsurlar gerekse bu unsurların destekçisi konumundaki yabancı ülkeler, verilen fiili güvencelerle yetinmek istemediler. Verilen hakların hukuksal bir değer taşıması için, bir belgeye bağlanmasını ve ilan edilmesini istediler.

Osmanlı Devleti; içinde bulunduğu ağır koşullar altında; bir yandan, Batılı ülkelerin bu istemlerini karşılayarak, devam etmekte olan Mısır tehdidi nedeniyle onların desteğini sağlamak⁸⁴, diğer yandan da, yeni düşünce akımlarının yol açacağı dağılma tehlikesine karşı, geniş halk kitlelerini yeni prensipler etrafında toplamak için, Tanzimat Fermanını ilan etti.

III- Sonuç

Tanzimat dönemi, yenileşme ve düzeltim adına yapılan bir seri çabanın ve teşebbüsün ortak adıdır. Ne var ki, bu çaba ve teşebbüsler, Osmanlı yöneticilerinin hür iradelerinin eseri olmadığı gibi, tabandan gelen yani halkın istem ve baskılarının eseri de değildir. Hatta, bir kısım Osmanlı yöneticileri ile halkın bazı kesimleri, Tanzimat hareketine tepkilidir⁸⁵. Dolayısıyla Tanzimat süreci, ülkenin içinde bulunduğu iç ve dış koşulların yarattığı etkenlerin ürünüdür. Osmanlı Devleti bakımından olumsuz sonuçlar doğuran bu koşullar, XIX. yüzyılın ilk yarısında ve birden bire ortaya çıkmış değildi. Bu koşulların izlerini daha gerilere hatta XVI. yüzyıla kadar uzatabiliriz. Bu yüzyılda Osmanlı Devleti ihtişamlı görünmesine karşın, geri kalışın temelleri de yine bu devirde atılmıştı. Çünkü Batı; rönesans ve reformasyon hareketleri sonucunda orta çağ'a hakim olan skolastik zihniyeti yıkarak, akıl ve bilime dayalı yeni bir dünya düzenine geçerken, Osmanlı Devleti içine kapanmaya ve skolastik bir zihniyete bürünmeye başladı. Yani Batı, orta çağdan çıkarken, Osmanlı Devleti orta çağı yaşamaya başladı. Batı'da ortaya çıkan her türlü yeniliğe ve teknik gelişmeye karşı, kapılarını kapalı tutarak, geleneksel kurum ve kurallarını daha sıkı koruma yoluna gitti. Bu karşı çıkış, dinsel gerekçelerle yapılıncı gelişmenin önu büsbütün tıkanmış olmaktadır.

XIX. yüzyılın başlarına gelindiğinde; Osmanlı Devleti geleneksel yapısını korumaya devam ederken, Batı'da meydana gelen gelişmeler Avrupa'da hızlı bir yükseliş sürecini başlatmış ve gerçekleştiren sanayi devrimini adeta

84 Bayram KODAMAN, A.Turan ALKAN, "Tanzimatın Öncüsü Mustafa Reşit Paşa", 150. Yılında Tanzimat, (Yayına Hazırlayan, Hakkı Dursun Yıldız), TTK. yay., Ankara, 1992, s.4.

85 CEM, *age.*, s.257-260.

üretim patlamasına yol açmıştı. Bu gelişmelerin başını çekmekte olan İngiltere, gelişen sanayiine dünyanın dört bir yanında hammadde kaynağı ve pazar aramaktaydı. Bu bakımdan Osmanlı Devleti, geniş coğrafyası ve zengin kaynakları ile önemli bir pazar konumundaydı. İngiltere, bu verimli pazara girmek için aradığı fırsatı 1838 ticaret sözleşmesi ile buldu. Batı kapitalizminin Osmanlı ülkesindeki sömürsünün hukuksal dayanağı olan bu sözleşme, Osmanlı ekonomisinin dışa bağımlı hale gelmesine ve giderek çökmesine neden olmuştu. Ticaret sözleşmesinden bir yıl sonra ilan edilen Tanzimat Fermanı; 1838 ticaret sözleşmesini tamamlayan, Avrupa burjuvazisinin Osmanlı ülkesi içerisindeki eylemlerini güvence altına alan bir yasal çerçeve olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Diğer bir anlatımla, Tanzimat Fermanı (ve daha sonraki Islahat Fermanı), Batı kapitalizminin çıkarlarına uygun üst yapı kurumlarını Osmanlı ülkesinde inşa eden hukuksal belge(ler)dir⁸⁷.

Tanzimat döneminin çelişkileri ve olumsuzluklarına karşın, bu dönemin, siyasal ve hukuksal yaşama ilişkin olumlu katkıları da olduğunu belirtmeliyiz. Bu dönemde; keyfilik yerine yasaya bağlılık ve yasallık ilkesi, siyasal iktidarın sınırlanması düşüncesinin gelişmesi, kurum ve kurallarda laik anlayışa yönelmesi, hukuk devletine giden yolun açılması, çağdaşlaşma ve batılılaşma sürecine girilmesi gibi birçok değerli kazanım sağlanmıştır.

⁸⁶ Tefik ÇAVDAR, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi (1839-1950)*, İmge Kitabevi yay., Ankara, 1995, s. 22.

⁸⁷ CEM, *age.*, s.241.

ADALET REFORMU İÇİNDE HUKUKÇULARIN YETİŞTİRİLMESİNDE KLİNİK EĞİTİM ZORUNLULUĞU VE KLİNİK EĞİTİM ANLAYIŞI*

*Yrd.Doç.Dr. B. Caner HACIOĞLU***

I. GİRİŞ

Ülkemizde adalet hizmetlerinin yerine getirilmesinde etkinlik ve verimliliğin sağlanması bakımından Türk Adalet Sistemimizin kurum ve kuralları üzerinde çağa uygun rasyonel bir anlayışla değişikliklerin yapılması çabaları süre gelmektedir. Türk Adalet Sisteminin mekan, araç, gereç vb. gereksinimlerinin modernize edilmesinin yanı sıra, asıl sistemi çalıştıran ve önemli unsuru olan insan unsuru ihmal edilmemelidir.

Adalet hizmetlerinin yerine getirilmesinde insan unsurunun rolü diğer kamusal hizmetlerde olduğundan çok daha önemlidir. Ülkemiz açısından duruma bakıldığında “Adalet Reformu” yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Adalet sistemimizdeki kurum, kuruluş, kural, personel, araç ve gereç eksiklikleri ile ilgili sorunların büyük boyutlarda olduğu göz önüne alındığında bu eksikliği gidermede ve dengelemede insan unsuruna daha fazla görev düşmektedir. Ülkemizde adalet hizmetlerini yerine getirenler bu konuda çok özverili olarak çalışmaktadırlar. Bu nedenle “Adalet Reformu” içinde Türk Adalet Sisteminde görev yapanlara nitelik kazandırılması ve çağın getirdiği yeni uyumsuzlukların muhtevasına uygun olarak uyumsuzlukların çözümünde gerekli “uzman hukukçu” gereksiniminin karşılanması için gerek meslek öncesi gerekse meslek içi eğitimin niteliğinin yükseltilmesi başlıca hedef olmalıdır.

Kuşkusuz, hukuk eğitiminin kalitesinin yükseltilmesinde çeşitli unsurlar birbirleriyle bağlantılıdır. Bu sebeple meselenin hizmet öncesi ve hizmet içi

* Yeditepe Üniversitesi tarafından 18-19 Haziran 2001’de düzenlenen “Hukuk Eğitiminin Geleceği ve Adalet Reformu İçinde İnsan Kaynakları” konulu uluslararası kollokyumda sunulan tebliğ metnidir.

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

eğitim bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Hizmet öncesi veya meslek öncesi eğitim; ÷lkemizde Hukuk Fak÷lteleri, Adalet Meslek Yüksekokulları ve Adalet Meslek Liseleri tarafından yüksek lisans, lisans ve önlisans eğitim düzeyinde yürüt÷lmektedir. Hizmet içi eğitim ise Adalet Bakanlığı, Barolar ve ilgili kurumlarca yürüt÷lmektedir. Ülkemizde bu kurumlar arasında yeterli düzeyde işbirliği bulunmamaktadır.

II. HUKUK EĞİTİMİNİN ADALET REFORMUNUN AMACINA UYGUN OLARAK PLANLAMASI VE YÜRÜTÜLMESİ

Adalet hizmetlerinde hukukçu olarak görev alacak kişilerin yetiştirilmesi planlanırken amaca yönelik bir planlamanın yapılması gerekir. Bu planlamanın, hukukçunun yerine getireceği görevleri ve görevin gerektirdiği “rol”leri tam olarak yerine getirecek düzeyde kaliteli bir temel hukuk eğitimini amaç edinmesi gerekir.

Meslek öncesi ve meslek içi eğitimin bu amaç doğrultusunda planlamanın yapılması, eğitimi sağlayacak kurum ve kuruluşların bu amaca yönelik teşkilatlanması ve kurumlar arasında işbirliğinin sağlanması ve kurumlarda görev alacakların amaca yönelik eğitim faaliyetlerini sürdürmeleri gerekir.

III. HUKUK EĞİTİMİNİN GENEL HEDEFLERİ

Hukuk eğitiminin temel hedefleri de bu amaç çerçevesinde planlanmalıdır. Hukuk eğitiminin temel hedeflerini çeşitli bakımlardan sınıflandırmak mümkündür. Kanaatimizce, bu genel hedefler şunlar olmalıdır:

Hukukun temel prensiplerini kavramak,

Hukuksal kurumları ve terimleri kavramak,

Hukuksal kaynakları kavramak,

Hukuksal ihtilafları (sorunları) zamanında tespit etmek doğru ve adil çözüme yeteneğini kazandırmak ve geliştirmek.

Bu genel hedeflere ulaşımda kullanılacak eğitim metotları ve araçları farklı olabilir. Bu eğitim metotlarının arasında en önemlisini teşkil ettiğine inandığımız klinik eğitim metodunun benimsenmesi gereklidir.

IV. KLİNİK EĞİTİM ZORUNLULUĞU

Hukuk fak÷ltesi öğrencilerinin büyük çoğunluğu mezuniyet sonrası avukatlık, hakimlik ve savcılık mesleğini tercih etmektedirler. Bu yöneliş öğrencilere mesleki formasyonu kazandırmaya yönelik bilgi ve tekniklerinin öğretilmesi, konuşma ve yazma yeteneklerinin geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

V. KLİNİK EĞİTİM

Klinik eğitim, mesleki formasyon ve mesleki etik değerlerin kazandırılması amacıyla yönelik deneysel ve uygulamalı bir eğitimidir.

Klinik eğitim modelinde eğitim; teorik derslerde öğretilen esaslar ve bilgilerin bu kez özel bir öğretim üyesi ya da elemanının gözetiminde “iş başında eğitim” esasına dayalı olarak öğrenciler tarafından bizzat “yaşayarak ve yaparak” yürütülür.

Bu klinik eğitim metodunda hukuk metinlerini kaleme alma (dava dilekçesi, iddianame, mahkeme kararları, savunma dilekçesinin yazılması) mahkeme dosyalarının incelenmesi, duruşma yönetme, duruşma avukatı, savcı, hakimlik gibi mesleklerin rollerini üstlenme, etik değerlerin öğrenimi, meslek deontolojisinin öğretilmesi, adalet sistemini oluşturan kurumları (polis, savcılık, mahkemeler, cezaevleri) inceleme, sorgulama, delil sunma ve delil tartışılması, dava taktikleri gibi hususlar öğretilir. En önemlisi de usul diyalektiğinin öğrenciye kazandırılmasıdır.

Bu şekilde meslek pratiğine yönelik tüm konuların öğretilmesi amaçlanmaktadır. Salt teorik eğitim yeterli değildir. Teorik eğitim klinik eğitimle tamamlanmalıdır.

Teorik ve klinik eğitim aynı müfredat programı içinde yürütülür. Bu şekilde, öğrenci teorik, entelektüel ve mesleki formasyona sahip olarak mezun olacaktır.

VI. KLİNİK EĞİTİM METODUNDA ÖRNEK ÇALIŞMA OLARAK FARAZİ MAHKEME

Klinik eğitim metodunda yürütülen en önemli örnek çalışma farazi mahkeme esasına dayalı olarak yürütülen çalışmalardır. Farazi mahkeme çalışması, öğrenciyi uygulamaya yönlendirme ve yöneltmeyi, derslerdeki soyut kavram, kural ya da kurumları somutlaştırmayı sağlamak için, öğretici tarafından gerçeğe en yaklaşık biçimde hazırlanmış davaların yargılmasının yapıp hükme bağlandığı mahkeme çalışmasıdır.

Bu tür çalışmalarda amaç öğrenciye usul diyalektiğini, rol üstlenmeyi ve en iyi biçimde tezini savunma yöntemlerini öğretmektir.

Adaletin sağlanmasında, özellikle ceza adaletinde maddi gerçeğe ulaşmada, tez-antitez ortaya konularak bir senteze ulaşılması gerekir. Usul diyalektiği iddia-savunma ve hükümden oluşur. Hükme (senteze) ulaşmada, yargılama sürecinde sürekli tez ve antitezin birarada buluşmasını gerektirir. Diyalektik yöntemin kazanılacağı yer fakültelerdir. Fakülteler bunu bahsettiğimiz klinik eğitim metodu içinde yürütmelidir.

Farazi mahkeme çalışmasında öğrenciye ilk etapta iddialarını kolay sa-

vunabileceği bir olay verilir. Usul diyalektiği içinde davaya hazırlanmaları için ön çalışma yapılır. Ön çalışmanın sonunda duruşma yöntemi içinde davanın yargılanması yapılarak hükme bağlanır.

SONUÇ

Türk Adalet Reformu içinde yapılacak çalışmaların en önemlilerinden birisi olarak gördüğümüz “nitelikçi hukukçu” yetiştirme alanında meslek öncesi ve meslek içi eğitim kurumlarının bir bütün olarak ele alınıp, Türk Adalet Reformu amacına uygun olarak planlanması, eğitimi sağlayan kurumlar arasında işbirliğinin geliştirilmesi ve hukuk fakültelerinde klinik eğitim metodunun benimsenmesi gerektiği kanaatindeyim.

İSLÂM-OSMANLI HUKUKUNDA DEVLET BAŞKANININ GÖREVİNİN SONA ERMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI**

Giriş

İslâm hukukunda devlet başkanına halife dendiğini biliyoruz. Halife, kelime olarak, bir kimsenin yerine geçen, ona vekil olan kişi anlamına gelmektedir¹. Hukukî terim olarak ise, dini korumak ve devleti yönetmek hususunda peygamberin vekili demektir². İlk dönemden itibaren emîru'l-müminîn³, imam⁴ ve ülü'l-emr⁵ gibi unvanlar da aynı anlamı ifade etmek üzere kullanılmıştır. Osmanlı döneminde ise, bey, emir, sultan, melik, şah, şehinşah, han, hakan, hünkar, hükümdar, padişah ve halife kavramları kullanılmıştır⁶. Devlet başkanı ise son zamanlarda kullanılmaya başlanmış bir kavramdır. Biz de bu incelememizde halife, padişah ve devlet başkanı kavramlarını kullanacağız.

İslâm hukukunun ilk iki kaynağı olan kitap ve sünnette devlet başkanının

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Asım: Tercemetü'l-Kâmus C. III, İstanbul 1305, s. 574-575.

² Maverdi, Ebu'l-Hasan: Ahkâmü's-Sultâniyye, Beyrut 1990, s. 29; Ferra, Ebu Ya'lâ: Ahkâmü's-Sultaniyye, Beyrut 1983, s. 27; İbn Haldun: Mukaddime, (Haz. Süleyman Uluğdağ) C. I, İstanbul 1988, s.545 vd; Abdürrezzak Senhûri: Fikhu'l-Hilâfe ve Tatavvuruha, Kahire 1989, s. 83, Muhammed Yusuf Musa: Nizâmü'l-Hüküm fi'l-İslâm, Kahire, 1964, s. 69; Reşid Rıza: El-Hilâfe evi'l-İmametü'l-Uzmâ, Kahire 1341, s. 10.

³ Hamidullah, Muhammed: el-Vesâikü's-Siyâsiyye, Beyrut 1985, s. 192-193.

⁴ Taberi, İbn Cerir: Tarihu'l-Ümem ve'l-Mülûk, C. IV, Mısır, tz. s. 462; İbn Haldun, II/689; Fiğlalı, E. Ruhi: İbadiyyenin Doğuşu, Ankara 1983, s. 113. İbn Kuteybe eserinin ismini el-İmame ve's-Siyase koysada halife ve imam arasındaki farka işaret etmez (el-İmame ve's-Siyase, C. I, Beyrut T.siz). Buna karşılık Ahmed Mahmud Subhi (Nazariyetü'l-İmâmiyye, Beyrut 1991) eserinde bu iki unvan arasındaki fark üzerinde durmuştur(s. 19-26).

⁵ Ülü'l-emr'in çeşitli anlamları için bkz. Ebussuûd, İmâdi: İrşad-ı Akl-ı Selîm, C. 1-2, Beyrut 1990, s. 193; İbn Cevzi, Abdurahman: Zâdu'l-Mesîr Fi İlmi't-Tefsîr, Beyrut 1965, s. 116-117; Ömer Lütüfi: Nazar-ı İslâm'da Makam-ı Hilafet, Selanik 1330, s. 22 vd.

⁶ Uzunçarşılı, İ. Hakkı: Osmanlı Devletinin Saray Teşkilatı, Ankara 1988, s. 230; Sertoğlu, 97, 98.

görevinin sona ermesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁷. Bu sebeple İslâm hukukçuları diğer kaynaklara müracaat ederek konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışmışlardır. Bu kaynaklar içerisinde şüphesiz en başta geleni râşit halifelerin uygulamalarıdır. Râşit halifeler de hayatlarının sonuna kadar iktidarda kaldıkları için İslâm hukuku doktrininde, liyakati devam ettiği sürece devlet başkanının ölümüne kadar iktidarda kalacağına ilişkin genel bir kanaat oluşmuştur⁸. İslâm hukukunda devlet başkanı ile halk arasındaki ilişki genel olarak velayet olarak nitelendirilmiş ve velayetin sona ermesini gerektirecek hususların ortaya çıkması durumunda devlet başkanlığının hal' edilebileceği kabul edilmiştir⁹. Bu durumda İslâm hukukunda devlet başkanının görevinin istifa, hal' edilme ve ölüm olmak üzere üç şekilde sona erebileceği kabul edilmiştir. Dördüncü bir şekil olarak da devlet başkanının belirli bir süre için seçilmesi ve bu sürenin dolması ile de devlet başkanının görevinin sona ermesi de düşünülebilir. O halde burada dört ihtimal üzerinde durulacaktır.

I- İSTİFA

İstifa, bilindiği üzere bir kişinin kendi iradesi ile görevine son vermesidir. Eski hukukumuzda göre devlet başkanı görevinden istifa edebilir mi? Bu sorunun cevabı devlet başkanı ile halk arasındaki ilişki ile yakından ilgilidir. İslâm hukukunda devlet başkanı ile halk arasındaki ilişkiye vekalet ve velayet olmak üzere iki açıdan yaklaşılmıştır. Halk ile devlet başkanı arasındaki ilişkiyi vekalet ilişkisine benzeten hukukçulara göre devlet başkanı görevinden istifa edebilir¹⁰. Çünkü vekalet, bağlayıcı olmayan (gayr-ı لازم) bir sözleşmedir¹¹. Müvekkilin rızasının olup olmamasının da bu açıdan önemi yoktur. Ne var ki hukukçuların bir kısmı, vekalet, başkasının hakkına taalluk ediyorsa vekilin istifası da söz konusu olamayacağından¹² hareketle devlet başkanlığından da istifasının mümkün olamayacağı sonucuna varmışlardır¹³. Bu durumda devlet

⁷ Söz konusu iki kaynakta devlet başkanının görevinin sona ermesi bir tarafa, anayasa hukuku ile ilgili olarak, devlet başkanının adil olması ve devlet işlerini bilenlere danışması (Ali İmran, 159; Şûrâ, 38) gibi birkaç prensibin dışında hüküm bulunmamaktadır.

⁸ Muhammed Yusuf Musa, 93; Udeh, Abdülkadir: İslâm ve Siyasi Durumumuz (Çev. (Ter. Beşir Eryarsoy), İstanbul 1982, s.180.

⁹ Maverdi, 53 vd; el-Kasimî, Zâfir: Nizamü'l-Hüküm fiş-Şeriatî ve't-Târih, Beyrut 1990, s. 377; Muhammed Faruk en-Nebhan: İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları (Ter. Servet Armağan), İstanbul 1980, s. 470 vd.

¹⁰ Muhammed Yusuf Musa, 69; Udeh, Siyasi, 171

¹¹ Ali Haydar, Hocaeminizâde: Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. III, İstanbul 1330, s. 966.

¹² Mecelle m.1522.

¹³ Ferrâ, 8, Kasimî, 385.

başkanı ile halk arasındaki ilişkiyi vekalet veya velayet olarak niteleme arasında bir fark kalmamaktadır. Çünkü devlet başkanı ile halk arasındaki hukuki ilişki velayet kabul edildiği takdirde de¹⁴, velinin görevinden istifası mümkün olmadığı gibi¹⁵, devlet başkanının istifası söz konusu olamaz. Nitekim Hz. Osman, istifa etmesini isteyenlere “Allah’ın giydirdiği bir elbiseyi çıkarmam. Öldürülmem bundan daha sevimlidir”¹⁶ diyerek devlet başkanlığı görevinden istifa etmeyeceğini açıklamıştır. Bu ifadeden Hz. Osman’ın, devlet başkanı ile halk arasındaki ilişkiyi velayet kabul ettiği sonucu çıkarılabilir.

Özetlemek gerekirse İslâm hukukçularının bir kısmı devlet başkanının vekalet ilişkisi gereği kayıtsız şartsız istifa edebileceğini kabul ederken diğer bir kısmı, vekaletin başkalarının hukukuna taalluk etmesi veya velayet kabul edilmesi sonucu ancak belirli şartların gerçekleşmesi durumunda istifa edebileceğini kabul etmektedirler. Buna göre devlet başkanı devlet işlerini yapmaktan acze düştüğü için istifa ederse görevinin sona ereceğini kabul etmek gerekir. Buna karşılık, devlet başkanı dünyevi meşguliyet veya ahrete yönelik sorumlulukları gerekçe göstererek istifa ederse, istifasının kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir fikre göre, devlet başkanı, biatı kabul etmek zorunda olmadığı gibi, o makamda da kalmak zorunda değildir. Diğer bir fikre göre ise, bu durumdaki bir devlet başkanının istifası kabul edilmez. Nitekim Hz. Ebu Bekir, “beni değiştirin” dediği zaman halk, Hz. Peygamberin kendisini din işlerinde vekil tayin ettiğini, onlar da dünya işlerini kendisine verdiklerini belirterek istifa talebini kabul etmemişlerdir. Diğer bir fikre göre ise böyle bir devlet başkanının göreve devamı dünya ve ahretine zarar verebileceğinden istifası mümkündür. Bir diğer fikre göre ise, eğer başkası görevi kabul etmez veya ondan daha düşük seviyede birisi kabul ederse istifa edemez; onun gibi veya ondan daha üstün birisi devlet başkanlığını kabul ederse, istifa edebilir¹⁷. Göreve devamı insanlar için yararlı ise istifa edemeyeceği de ileri sürülmüştür¹⁸. Sonuç olarak, devlet başkanının istifa etmek istemesi durumunda yerine geçmesi muhtemel olanla mevcut devlet başkanının göreve devamından hangisi halk için daha yararlı ise ona göre hareket etmek gerektiği söylenebilir.

Devlet başkanının istifası halinde veliaht tayin etmiş ise ona, veliaht tayin

¹⁴ Özçelik, Selçuk: İslâm Hukukuna Göre Devlet Fert Münasebetleri, İÜHFİM, A. Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s. 543.

¹⁵ İbn Nüceym: el-Eşbah ve’n-Nezâir (Nevevi, Muhammad: Gamzu Uyuni’l-Besâir içinde) C. I, Beyrut 1985, s. 456.

¹⁶ İbn Sa’d, III/66; Kasımî, 383-384.

¹⁷ Kalkaşandi, Ebu’l-Abbas Ahmed: Kitab-ü Subhi’l-Aşâ, C. I, Kahire 1915, s. 65.

¹⁸ Ömer Lütfi, 77.

etmemiş ise ehl-i hal' ve'l-akdin uygun gördüğü birisine biat edilir¹⁹.

Hz. Hasan hilafetten istifa etmek suretiyle İslâm tarihinde bir ilke imza atmıştır²⁰. Ne var ki bu istifa tamamen iradî değil, kısmen kılıç zoru ile gerçekleşmiştir²¹. Ayrıca tartışmalı olmakla birlikte bu istifa bir kısım şartlara da bağlanmıştır²². Bu şartlar, Muaviye'den sonra Hz. Hasan'ın halife olması, borçlarının Muaviye tarafından ödenmesi ve babasının dönemindeki olaylardan Medine, Hicaz ve Iraklıların sorumlu olmamasıdır. Ne var ki kısa süre sonra Hz. Hasan zehirlenerek öldürüldüğü için bu şartların yerine getirilmesi de söz konusu olmamıştır²³. Söz konusu şartların tamamı uydurma olsa da Hz. Hasan'ın hilafetten istifası tarihi bir realitedir. Ne var ki yukarıda yer verilen sebeplerle söz konusu istifa biraz nev-i şahsına münhasır bir nitelik arz etmektedir.

Osmanlı döneminde İkinci Murat oğlu lehine, oğlu İkinci Mehmet'te babası lehine tahttan çekilmişlerdir. Osmanlı padişahı İkinci Murat, memlekette sulh ve sükunu sağladıktan sonra çok yıprandığı için oğlu Mehmet (Fatih) lehine tahtan ferağat edip Manisa sarayına çekilmişti. Tecrübeli padişahın görevden ayrıldığını haber alan düşman devletler yeniden savaşa kalkışınca onların bu psikolojini boşa çıkarmak için Sultan Mehmet önce gönderdiği teklifi reddeden babasına "Eğer padişah biz isek size emrediyoruz, gelip ordumuzun başına geçin; yok siz iseniz gelip devletimizi müdafaa edin" şeklinde sert bir üslup kullanınca İkinci Murat yeniden tahta geçmek zorunda kalmıştır. Böylece önce baba sonrada oğul tahtan ferağat etme örneğini göstermişlerdir²⁴.

II- HAL' EDİLME

İslâm hukukunda seçim, devlet başkanının eli tutularak, şer'î hükümlere aykırı bir şey emretmediği sürece kendisine itaat edileceğine söz verme (biat) şeklinde gerçekleşirdi. Keza devlet başkanı da şer'î hükümlere riayet edeceğine söz verdiği için karşılıklı mükellefiyet getiren bu işleme akd, devlet başkanının iktidardan indirilmesine hal' ve bu işlemi gerçekleştiren seçmenlere de

¹⁹ Maverdi, 45.

²⁰ Suyuti, Celaleddin: Tarihu'l-Hulefâ, Beyrut 1988, s. 15.

²¹ Akyüz, Vecdi: Hilafetin Saltanata Dönüşmesi, İstanbul 1991, s. 142 vd.

²² Dineveri, Ahmed b. Davud: Ahbâru't-Tıval, Kahire, 1960, s218; Suyuti, 152.

²³ Suyuti, 152; İbn Kesir, bu rivayetin doğru olmadığını ileri sürmektedir(bidâye, VII/44).

²⁴ Feridüddin Bey: Mecmua-i Münşeât, C. I, s. 214; Danişment, İ. Hami: İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, C. I, İstanbul 1972, s. 211; İnalçık, Halil: Mehmet II, İA, C. VII, s. 507; Öztuna, Yılmaz: Osmanlı Devleti Tarihi, C. I, İstanbul 1986, s. 94.

ehl-i hal' ve'l-akd denmektedir²⁵.

İslâm hukukunda bir kimsenin devlet başkanı olabilmesi için, bir kısmı tartışmalı olmakla birlikte hür, Müslüman, erkek, âdil, uzuvları tam, Kureyş kabilesinden, içtihat edebilecek seviyede ilim sahibi ve İslâm toplumunun en faziletlisi olması gerekir²⁶. İslâm-Türk hukuk tarihindeki devlet başkanlarının bütününe bu şartları taşımadığı, başka bir ifade ile teori ile uygulamanın birlikte yürümediği bir vakiadır. Uygulamaya yansımaya bile doktrinde devlet başkanının seçilme yeterliliğini kaybettiği zaman ne yapılması gerektiği üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Devlet başkanını halkın vekili kabul edenlere göre, vekilin azlinde olduğu gibi, devlet başkanının hal' edilmesinde de bir problem söz konusu değildir²⁷. Buna karşılık İslâm hukukunda hakim görüş olan devlet başkanı ile halk arasındaki ilişkinin velayet(-i âmme) olarak nitelendirilmesi durumunda, ancak velayetin sona ermesini gerekli kılacak şartların mevcudiyeti halinde devlet başkanının hal' edilmesi mümkün olabilir²⁸. Bu şartlar devlet başkanının seçilme yeterliliğini yitirmesi başlığı altında toplanabilir. O halde burada devlet başkanının seçilme yeterliliğini yitirmesi ve bu durumda nasıl davranılacağı üzerinde durulması gerekmektedir. Bu hususları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1- Devlet Başkanının Esir Düşmesi

İslâm hukukuna göre devlet başkanı olacak kişinin hür olması gerekir. Hürriyeti iki şekilde anlamak mümkündür. Birincisi köle olmaması; ikincisi ise esir düşmüş olmaması. Hâricilerin dışında kalan hukukçulara göre kölenin devlet başkanı olması mümkün değildir²⁹. Bu sebeple burada hür bir kişinin devlet başkanı seçildikten sonra esir düşmesi durumunda nasıl hareket edileceği üzerinde durulacaktır. Buna göre eğer devlet başkanının her ne şekilde (savaş, fidye vs.) olursa olsun bu esareten kurtulma ihtimali varsa, devlet başkanlığı devam eder. Esir alan kişilerin düşman veya isyan etmiş müslüman

²⁵ İbn Haldun, I/548; Kallek, Cengiz: Biat, DİA, C. VI, s. 122.

²⁶ Maverdi, 31-32; Ferra, 27; İbn Hazm, Fisal, IV/66 vd; İcî, Abdurahman b. Ahmed: el-Mevâkif, Kahire 1907, s. 605 vd; İbn Haldun, I/553 vd; Senhûrî, 83 vd, Muhammed Yusuf Musa, 29 vd; Reşid Rıza, 18 vd; el-Kâsımî, 330 vd.

²⁷ Bakillani, Ebu Bekir: et-Temhid, Kahire 1947, s. 184; Muhammed Yusuf Musa, 69; Udeh, Siyasi, 171; Nevin, 279.

²⁸ Aydın, M. Akif: Hal', DİA, C. XV, s. 218.

²⁹ Reyis, Muhammad Ziyâuddin: en-Nazariyyetü's-Siyasetü'l-İslâmiyye, Kahire 1979, s. 67; Şchristani, Abdülkerim: Kitab'ül-Milel ve'n-Nihal, (İbn-i Hazm'ın el-Fisâl'inin kenarında), C. III, Beyrut 1317, s. 89; Ebu Zehra, Muhammed: Tarihu'l-Mezahibü'l-İslâmiyye, C. I, Kahire, tz, s. 71; Nevbahtu, Ebu Muhammed El-Hasan b. Musa: Firaku's-Şîa, İstanbul 1993, s. 10; Eş'ari, Ali b. İsmail: Makaletü'l-İslâmiyyîn, C. I, Beyrut 1990, s. 204; Ebu Zehra, Mezahib, I/71; G. Levi Della Vida: Hâriciler, İA, C. VI/I, s.235..

(âsî) olması arasında fark yoktur³⁰. Esir alınan devlet başkanının kurtulma ihtimali yoksa, esir alanların düşman veya âsî olmasına göre durumu değerlendirmek gerekir. Buna göre, eğer devlet başkanı düşmanlar tarafından esir alınmış ise, devlet başkanlığı sona erer ve yerine yenisi seçilir. Buna karşılık âsîler tarafından esir edilmiş ise yine iki ihtimal ile karşılaşılır. Âsîler başka birisini devlet başkanı seçmişlerse esir edilen devlet başkanının görevi sona erer ve müslümanlar kendilerine yeni bir devlet başkanı seçerler. Buna karşılık âsîler başka birisini devlet başkanı seçmemişlerse esir alınan devlet başkanının görevi sona ermez. Ancak bu arada devlet işleri aksamaması için eğer esir devlet başkanının imkanı var ise kendisi, yok ise ehl-i hal' ve'l-akd onun yerine bir vekil atar³¹.

Osmanlı tarihinde yukarıda anlatılan teorik esaslara uyan bir olay yaşanmıştır. Gerçekten Yıldırım Bayezit, Ankara Savaşında Timur'a esir düştüğünde, üst düzey yetkililer bir araya gelerek Yıldırım'ın yerine, büyük oğlu Süleyman'ı devlet başkanı ilan etmişlerdir³². Böylece hangi koşullar altında olursa olsun müslümanların devlet başkansız kalmaması sağlanmıştır.

2- Devlet Başkanının Dini Terk Etmesi

Kur'an'daki "sizden olan emir sahipleri" ifadesinden de anlaşılacağı üzere müslüman halkın devlet başkanının kendilerinden (müslüman) olması gerekir³³. Bu hususu teyit eden başka ayetler de vardır³⁴. Keza din farkının miras engeli olması, müslüman bir kadının gayr-ı müslimle evlenememesi gibi özel hukuktaki bir çok hükümden de aynı sonuca varılabilir. Maverdi ve Ferra, bu hususa hilafetle ilgili olarak değil, vezâret kısmında yer vermiş ve vezir-i tefvizin müslüman olması gerektiğini belirtmişlerdir³⁵. Söz konusu müelliflerin yaşadığı dönem olan Abbasilerdeki üst düzey yöneticilerden birisi olan vezir-i tefviz, münhasıran devlet başkanına ait yetkilerin dışında her türlü icraata yetkili olan vezirdir. Bu sebeple Kureyş kabilesinden olma dışında, devlet başkanında bulunması gereken özellikler söz konusu vezirde de aranmıştır. Bu durumda Maverdi ve Ferra vezir-i tefviz'in müslüman olması gerektiğini belirtmekle devlet başkanının da müslüman olması gerektiğini söylemiş olmaktadır.

³⁰ Maverdi, 59; İbn Abidin, M. Emin: Reddül-Muhtar, C. IV, İstanbul 1984, s. 264; Kasımî, 382.

³¹ Maverdi, 59; Ferra, 23.

³² Aşık Paşazâde: Tevârih-i Âl-i Osman, İstanbul 1332, s. 78; Solakzâde: Solakzâde Tarihi, İstanbul 1297, s. 124; Uzunçarşılı, İ. Hakkı: Osmanlı Tarihi, C. I, Ankara 1994, s. 313; Danişment, I/131.

³³ Nisâ, 59; Fahreddin Razi: Mefatihü'l-Gayb, C. X, Tahran, tsz. s. 144 vd.

³⁴ Mîsal kabilinden bkz. Nisa, 141.

³⁵ Maverdi, 68; Ferra, 32.

lar.

Seçim anında müslüman iken, sonradan söz veya fiili ile küfrünü gerektiren bir davranışta bulunarak dinden çıkan devlet başkanının hal' edilmesi gerektiği hususunda hukukçular fikir birliği içerisindeyler³⁶. Çünkü İslâm hukukunda kâfirin müslüman üzerine velâyeti hukuken mümkün değildir³⁷. Ayrıca devlet başkanı bir tarafa normal bir vatandaş için dahi dini terk, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, bir had suçu olup cezası ölümdür³⁸. İbn Teymiye dini terk suçunun cezalandırılabilmesi için sadece dini terk etmeyi yeterli saymamakta ayrıca İslâm devletine karşı savaşmayı da bu suçun oluşması için şart koşturmaktadır³⁹. Son dönem İslâm hukukçularından Avva ise, dini terkin bir ta'zir suçu, dolayısıyla öldürülüp öldürülmeyeceğinin ülü'lemler'in yetkisi dahilinde olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰. Gerek İbn Teymiye'nin gerekse Avva'nın görüşü esas alınsın, devlet başkanının dinden çıkması doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğundan açıkça muharip olmasa bile cezalandırılması gerektiği, ölüm cezasını hak eden bir devlet başkanının da görevde kalamayacağı aşikardır.

İslâm tarihi boyunca dinden çıkan devlet başkanı görülmemiştir. Dolayısıyla bu husus tamamen teoride kalmıştır.

3- Adalet Vasfının Kaybı

İslâm hukukunda devlet başkanının adil olması deyince iki şey akla gelmektedir. Birincisi hukuka uygun davranma(hukuki açıdan adil olma) ikincisi ise, devlet başkanının ahlaklı ve dürüst olması, İslâm'a göre fîsk sayılabilecek fiillerden kaçınması (dini açıdan adil olma)dır. Dinî açıdan âdil olmayana fâsık, hukukî açıdan âdil olmayana ise zâlim denmektedir⁴¹. Bununla birlikte fîsk veya fâsık dendiğinde adalet kavramının zıddı, yani her iki anlam da kasdedilmektedir. Fîsk, kişinin büyük günahları işlemesi, küçük günahları işlemekte ısrar etmesi veya farzları terk etmesi haramları işlemesi ve kötü davranışlarının iyi davranışlarından çok olması şeklinde tanımlanabilir⁴².

³⁶ Mustafa Hilmi: Nizamü'l-Hilafe fi'l-Fikri'l-İslâmî, Kahire 1977, s. 442.

³⁷ İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali : el-Fisal fi'l-Milel ve'l-Ehvâ ve'n-Nihal, C. IV, Beyrut 1317, s.166.

³⁸ Ebu Zehra, Muhammed: el-Ukûbe, Kahire tsz., s. 173-174. Bu hukukçulara göre söz konusu suçun cezası "kim dinini değiştirirse öldürün" şeklindeki hadise (Buhârî, Cihad, 149; Ebu Davud, Hudûd, 1; Tirmizi, Hudûd, 25) dayanmaktadır.

³⁹ İbn Teymiye: es-Sârimü'l- Meslûl âlâ Şâtimi'r-Rastîl, Y.siz. 1322, s. 312.

⁴⁰ Avva, Muhammed Selim: Fi Usuli'n-Nizami'l-Cinaiyi'l-İslâmî, Kahire 1983, s. 164.

⁴¹ Ömer Lütfi: Nazar-ı İslâm'da Makam-ı Hilafet, Selanik 1330, s. 70.

⁴² Yavuz, Yusuf Şevki: Fâsık, DİA, C. XII, s. 204.

Fısk, bedene ve inanca ilişkin olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bedene ilişkin fısk, İslâm hukukunda yasak kabul edilen şeyleri yapmak ve fazları terk etmektir. Böyle bir devlet başkanının hal' edilmesi gerektiği hususunda hukukçular fikir birliği içerisindeyler. İnanca ilişkin fısk'a gelince, şüphe ile karşılanan fakat tevil edilmesi mümkün olan inanç bozukluğu demektir. Böyle bir devlet başkanının hal' edilip edilmeyeceği tartışmalıdır⁴³. Fıskı bu şekilde ikiye ayırmayıp birlikte değerlendiren hukukçular da vardır⁴⁴.

Devlet başkanının fâsik hale geldiğine seçmenler (ehl-i hal' ve'l-akd) karar verecektir. Ehl-i hal' ve'l-akd'in devlet başkanına önce nasihat edecek ve fıskından vazgeçmesi istenecektir. Fıskından vazgeçerse, göreve devam edemeyeceğini ileri süren hukukçular olmakla birlikte⁴⁵, hal' edilmesinin gerekmediğini kabul etmek gerekir⁴⁶. Devlet başkanı fıskından vazgeçmezse ehl-i hal' ve'l akd'i oluşturanlar, kendileri karar verebilecek nitelikte değillerse bu meseleyi ya mahkemeye götürüp karar ya da hukukçulara sorup fetva almalıdırlar. Nitekim Osmanlı uygulamasında padişahların hal' edilmesinde şeyhülislamdan fetva alınmıştır⁴⁷. Daha sonra mahkeme kararı veya fetva devlet başkanına tebliğ edilip istifa etmesi, istifa etmezse hal' edileceği bildirilmelidir. Devlet başkanı istifa ederse sorun da kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Devlet başkanı istifa etmezse ne yapılması gerektiği hususunda İslâm hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Bu farklı fikirleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

a) Fâsik Devlet Başkanının Hal' Edilmesi Gerekir Görüşü

Bu görüş haricîler, mutezile, mürchie ve şıanın bir kısmı tarafından savunulmaktadır⁴⁸. Hâricîlere göre devlet başkanı belirli bir grup tarafından değil, Müslümanların çoğunluğu tarafından seçilmelidir. Devlet başkanının görevini devam ettirebilmesi için şer'î hükümleri uygulaması, âdil olması ve herhangi bir hata ve sapmadan uzak bulunması şartına bağlıdır. Bu görüş sahipleri adalet vasfından sapmayı da çok kolaylaştırmışlar ve günah ile küfür arasında fark görmemişlerdir⁴⁹. Hatta içtihat hatasının dahi, insanı küfre götüreceğini İslâm hukukunun en ayrıntılı bir hükmüne muhalefet ile, dinin en temel meselesine

43 Maverdi, 54.

44 Ferra, 20.

45 Maverdi, 54.

46 İbn Hazm, Fısal, IV/175; Nebhan,477.

47 Bu uygulama için bkz. ileride "Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Uygulama).

48 Biz burada İslâm tarihinde diğer iki gruba nazaran daha önemli görülen haricîler ile bir kısım şıanın görüşleri üzerinde duracağız. Diğer grupların görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şchristani, II/59 vd; Eş'ârî, I/239 vd.

49 Eş'ari, I/183.

muhalefet arasında farkın olmadığını belirtmişlerdir⁵⁰. Bunlara göre, halifenin söz konusu şartları kaybettiğini herkesin kabul etmesine gerek yoktur. Kırk kişinin bu kanaatte olması böyle bir devlet başkanına başkaldırmak için lâzım ve kâfîdir⁵¹. Dolayısıyla devlet başkanı adalet vasfını kaybettiği andan itibaren ona isyan edilmeli, gerekirse hal' edilmeli bu da mümkün olmazsa öldürülmelidir⁵². Eğer adalet vasfını kaybeden devlet başkanını hal' etmek mümkün olmazsa hicret edilmeli yani o yer terk edilmelidir. Eğer bu inançta olanların sayısı üçten aşağı düşmüşse bunlar inançlarını gizlemeli, yani takiyye yapmalıdır⁵³.

Hâricîler bu görüşlerini ayet ve hadislerle desteklemiştir. Gerçekten "Sizden iyiliğe çağıran, iyiliği emreden ve kötülükten alıkoyan bir topluluk bulunsun"⁵⁴ ayeti ile "Sizden bir kötülüğü gören onu eli ile, gücü yetmezse diliyle düzeltsin, buna da gücü yetmezse kalbiyle buğzetsin ki, bu imanın en zayıfıdır"⁵⁵, "iyiliği emredin, kötülükten alıkoyun, zalimin elini yakalayın, onu doğru yola getirin, yoksa Allah kalplerinizi birbirinize vurur"⁵⁶, "Zalimi görür de onun elini yakalayamazsanız, katından gelecek azabı Allah neredeyse umumi kılar"⁵⁷, "Cihadın en faziletlisi, zalim sultana karşı söylenmiş hak sözdür"⁵⁸, "Şehitlerin efendisi Hz. Hamza'dır. Sonra da zalim bir imamin, kendisine iyiliği emrettiği ve kötülükten sakındırdığı için öldürdüğü kimse-dir"⁵⁹ şeklindeki hadisleri hâricîler, fasık devlet başkanını hal' etmesi gerektiği görüşüne şer'î dayanak olarak göstermişlerdir.

Hâricîler Hz. Ebu Bekir ve Ömer'in hilafetini kabul ederler. Hz. Osman'ın ilk altı yılından sonrası ile Hz. Ali'nin hakem olayından sonrasının küfür olduğunu iddia ederler ve ondan sonra, bu iki halifeye karşı mücadele edilmesi gerektiğini savunurlar⁶⁰. Nitekim hâricîler, Hz. Ali'nin hakem olayına razı olmasını protesto için "Hüküm ancak Allah'ındır" sloganını kullanarak ayrıl-

⁵⁰ Reyys, Muhammad Ziyaüddin: en-Nazariyyetü's-Siyasetü'l- İslâmiyye, Kahire 1979, s. 67; Ebu Zehra, I/71-72.

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nevin, A. Mustafa: İslâm Siyasî Düşüncesinde Muhalefet (Ter. Vecdi Akyüz), İstanbul 1990, s. 195 vd.

⁵² Eş'ari, I/204; Ebu Zehra, Mezahib, 71.

⁵³ Nevin, 203-204.

⁵⁴ Ali İmran, 104.

⁵⁵ Müslim, İman, 20; Tirmizi, Fiten 12.

⁵⁶ Ebu Davud, Melahim, 17; İbn Mace, Fiten, 2.

⁵⁷ İbn Mace, Fiten, 20.

⁵⁸ Ebu Davud, Melahim, 17; Tirmizi, Fiten 13.

⁵⁹ Tirmizi, Ahkam, 4.

⁶⁰ Eş'ari, I/204.

miş ve bir mezhep haline gelmişlerdir⁶¹. Daha sonra da Hz. Ali bir hâricî tarafından öldürülmüştür⁶².

Hâricîlerin buraya kadar anlatılan fikirleri, önce adalet vasfını kaybeden devlet başkanının küfrüne hükmetme, sonra onu hal' etme ve gerekirse öldürme, bu mümkün olmazsa hicret etme, bu da mümkün olmazsa takiyye yapma şeklinde özetlenebilir.

Hâricîler gibi Keysaniyye, İsmailiyye ve Zeydiyye şîası da fâsık halifenin azledilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer şîa grupları, imamın masum olduğunu kabul ettikleri için burada yer almazlar. Yukarıda sayılanlar içerisinde şüphesiz en önemlisi Zeydiyye şîasıdır. Bunlara göre, devlet başkanı olacak kişide, ilim, züht, şecaat ve cömertliğin yanında, haksız halifeye karşı imameti talep etmek üzere başkaldırı gücünün de bulunması gerekir⁶³. Böylece bir önderin eşliğinde fâsık devlet başkanına karşı gelinebileceğini ve onun azl edilebileceğini kabul ederler⁶⁴. Kurucuları Zeyd b. Ali'den "Sadece ben ve oğlum kalsak Hişam'a karşı ayaklanırsınız. İmam, kılıcı çeken kişidir" gibi başkaldırı için prensipler nakletmektedirler. Bunlar imamın alim olması gerektiğini savunur fakat masum olmadığını kabul ederler⁶⁵. Dolayısıyla imama karşı gelinebileceği sonucuna varırlar. Hz. Hüseyin başta olmak üzere, bir çok imamın zalim ve fâsık halifeye karşı geldiklerini misal gösterirler⁶⁶. Bunlara göre, Bedir savaşına katılan (300) kadar kişi imamın hal' edilmesi gerektiği kanaatinde olursa, imama karşı çıkmak (huruç) gerekir⁶⁷.

b) Fâsık Devlet Başkanının Yaptıklarına Sabretmek Gerekir Görüşü

İmamiyye şîası ile sünnilerin çoğunluğu fâsık devlet başkanının yaptıklarına sabretmek gerektiği görüşündedirler. Aslında İmamiyye şîasına göre devlet başkanı (imam) masum olduğu, ehlü'l-hal ve'l-akd tarafından değil, daha önceki masum imam tarafından seçildiği için hal' edilmesi söz konusu değildir⁶⁸. Bu sebeple imamiyyenin sabır görüşü kendi imamları ile ilgili değildir. Kendi imamlarının dışında bir devlet başkanının iktidarında yaşamak durumunda kalırlarsa işte buna sabretmek gerektiğini ileri sürmektedirler. Çünkü İmamiyye'ye göre, ehli beytin tarihteki ayaklanmalarının çoğu yanlış anlaşıl-

61 Nevbahtı, Ebu Muhammed El-Hasan b. Musa: Firaku's-Şîa, İstanbul 1993, s. 6.

62 İbn Kuteybe, I/137 vd.

63 Eş'ari, I/137; İbn Hazm, Fısal, I/249.

64 Eş'ari, I/150.

65 Eş'ari, I/141.

66 Eş'ari, I/150; Nevin, 217 vd.

67 Eş'ari, II/158.

68 Ahmed Mahmud Suphi, 104 vd.

mıştır⁶⁹. Ayrıca tarihteki ayaklanmaların önemli bir kısmı başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Dolayısıyla İmamiyye'ye göre, imam kendilerinden değilse, yönetime karşı ilgisiz kalmak gerekir. Bu ilgisizlik(sabır), Allah'ın zalimlerin iktidarının yıkılmasına izin vermesine kadar devam etmelidir⁷⁰. Bu arada devlet başkanı âdil ise göreve devamını, zâlim veya fâsik ise düzelmesini istemek gerekir. Nitekim Hz. Ali, ilk halifeler döneminde sabretmiştir. Ayrıca İmam Cafer, taraftarlarına “ Sultanınıza itaati terk etmekle boyunlarınızı zelil etmeyin. Şayet adil ise Allah'tan bekasını isteyin. Zalimse Allah'tan islahını isteyin. Çünkü sizin iyiliğiniz, sultanınızın iyiliğindedir. Adil sultan merhametli baba gibidir. Ona kendiniz için istediğiniz şeyi isteyin”⁷¹ şeklinde tavsiyelerde bulunmuştur.

Takiyye, ric'at ve mehdi-i muntazar kavramları bu mezhebin görüşlerini açıkça ortaya koyan prensiplerdir. Takiyye, zulüm esnasında inandığından başka şekilde görünme anlamına gelmektedir. Böylece zâlimlerden gelecek zararlardan korunulmuş olacaktır. Dolayısıyla gerektiğinde takiyye yapmayanın dini olmaz. Nitekim Hz. Ali ilk halifeler döneminde, Hz. Hasan da hilafetten çekilirken takiyye yapmışlardır. Ric'at'a gelince, bu, hidayeti yaymak ve insanları zulümden kurtarmak için imamlarının dönüşü demektir. Gelecek imamlarına mehdi-i muntazar demektirler. O gelip dünyayı adaletle dolduracaktır. Bu sebeple o gelinceye kadar sabretmek gerekir⁷².

İmam Malik, Ahmet b. Hanbel ve Hasan Basri başta olmak üzere sünnî hukukçuların çoğunluğu da, fâsik halifeye karşı sabrı tavsiye etmişlerdir⁷³. Bu hukukçulara göre fisk ister sakıncalı şeyleri yapmak, isterse inançla ilgili hususlarda insanları yanlış yola sevk etmek şeklinde olsun, fark etmemektedir⁷⁴. Bu anlayışa göre devlet başkanı masum olmadığı için yaptığı küçük hatalara katlanmak gerekir⁷⁵. Ayrıca devlet başkanının bu hatalardan dönmesi de mümkündür. Dolayısıyla her hatasında devlet başkanının görevden alınmasını istemek o makama karşı güven duygusunu yitireceğinden halkın devlet başkanına itaati kalmaz⁷⁶. Sünnî düşüncede bu anlayışın yerleşmesinde tarihteki şii ve hâricî ayaklanmaların etkisinin olduğu söylenebilir. Gerçekten bu ayaklan-

⁶⁹ Eş'ari, I/89.

⁷⁰ Şchristani, II/85.

⁷¹ Nevin, 241.

⁷² Nevin, 243 vd.

⁷³ İbn Sa'd, İbn Sa'd: et-Tabakat'ül-Kübra, C. VII, Beyrut tsz. s.124; Şchristani, I/72; İbn Abidin, IV/264; Ebu Zehra, Mezahib, I/104-105.

⁷⁴ Ferru, 20.

⁷⁵ Taftazani, Sadeddin: Şerhu'l-Akaid, İstanbul 1973, s. 186.

⁷⁶ Cüveyni, Ebu'l-Meali: Gıyasü'l-Umem fi İltiyâsi'z-Zulem, İskenderiyye 1979, s. 271.

malarda genellikle istenen sonuç elde edilememiş ve ümmetin birliği bozulmuştur. Bu sebeple sünnilerin çoğunluğu fâsık devlet başkanının hal' edilmesini riskli bir uygulama olarak görmüşler ve sabrı tavsiye etmişlerdir.

Belirtmek gerekir ki, sünî hukukçuların fâsık devlet başkanına karşı sabrı tavsiye etmeleri, hiçbir şekilde fîsk ve zulmün meşruluğunu kabul etmek anlamına gelmemektedir. Bilakis burada sabır, ferden veya topluluk olarak daha kârlı çıkmak için katlanılan bir durumdur. Başka bir ifade ile, böyle bir duruma sabretmek, hem konu ile ilgili Hz. Peygamberden nakledilen hadislerle⁷⁷ uymak hem de kamu düzeninin bozulmamasını sağlamak içindir⁷⁸. Çünkü fâsık devlet başkanının kendisine baş kaldıranlara karşı direnme ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda fitne ortaya çıkmış olacaktır. Kur'an'ın ifadesi ile fitne, savaştan kötü bir durumdur⁷⁹. Bu sebeple, sünî hukukçuların çoğunluğu, fâsık bir devlet başkanını hal' etmeye yönelmek yerine, itaat etmenin daha uygun olacağını ileri sürmüşlerdir⁸⁰.

Sünî düşünceye göre fâsık devlet başkanının yaptıklarına sabretmek, hiçbir şey yapmamak anlamında değildir. Bilakis "Haksızlık karşısında susan dilsiz şeytandır", "Cihadın en faziletlisi, zalim sultan yanındaki hak sözdür"⁸¹, Şehitlerin efendisi Hz. Hamza, sonra da zalim imama iyiliği emredip kötülükten kaçındırmaya çalıştığı için öldürülen kişidir⁸², "Sizden bir kötülüğü gören onu eliyle düzeltsin, gücü yetmezse diliyle, buna da gücü yetmezse kalbiyle buğzetsin ki, bu imanın en zayıfıdır"⁸³ şeklindeki prensipler gereği, fâsık devlet başkanına dinî sorumluluğunun hatırlatılması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim bu görüş sahipleri de dahil İslâm tarihindeki bir çok hukukçunun hayatlarında bu konuda çok örnek vardır⁸⁴. Muhammed b. Abdullah, Abbasi halifesi Ebu Cafer el-Mansur'a karşı ayaklandığı zaman ona biat etmeleri için halka fetva veriyordu. Halk ise kendilerinin daha önce Ebu Cafer'e biat ettiklerini belirttiklerinde İmam Malik'in "mükrehin talakı geçersizdir" hadisini delil göstererek Mansur'a yaptıkları biatın geçersiz olduğunu belirtiyordu⁸⁵. Bunun sonu-

⁷⁷ Bu hadislerden birisi "Emirinde hoşlanmadığı bir şey gören sabretsin, çünkü sultana bir karşı karşı çıkan cahiliye ölümü üzerine ölür"(Buhari, Fiten, 2; Müslim, İmare, 53) şeklindedir.

⁷⁸ Ebu Zehra, Mezahib, I/104.

⁷⁹ Gerçekten bir ayette "Fitne adam öldürmekten daha büyük(bir günah)tür"(Bakara 217) denilmektedir.

⁸⁰ İbn Abidin, IV/264.

⁸¹ Tirmizi, Fiten, 13; Nesei, VII/161.

⁸² Tirmizi, Ahkâm, 4.

⁸³ Müslim, İman, 20; Tirmizi, Fiten, 12.

⁸⁴ Bu konu ile ilgili olarak bkz. İbn Sa'd, 7/115 vd.

⁸⁵ İbn Kesir, İsmail: el-Bidaye ve'n-Nihaye, C. X, Kahire 1958, s. 84.

cunda İmam Malik büyük işkencelere maruz kalmasına rağmen görüşünden vazgeçmemiştir⁸⁶. Böylece İmam Malik her ne kadar fâsık devlet başkanının yaptıklarına sabretmeyi tavsiye edenlerdence de Ebu Hanife'nin temsil ettiği fitne çıkmayacaksa ayaklanmak gerekir görüşü ile aynı noktaya gelmektedir. Diğer taraftan Ahmed b. Hanbel, Halku'l-Kur'an (Kur'anın yaratılmış bir şey olduğu)⁸⁷ meselesinde bu görüşe katılmadığından dolayı hapis ve sopa cezalarına maruz kalmış, bu noktada ayaklanmak için kendisine gelenlere "Size kalben hoşnutsuzluk göstermeyi, elinizi itaatten çekmemenizi ve Müslümanların birliğini bozmamanızı tavsiye ederim" diyerek sabrı tavsiye etmiştir⁸⁸.

Râşit halifelerden sonra devlet başkanlarının genellikle adalet vasfını taşı-mamaları sonucunda İslâm hukukçuları, tıpkı özel hukukta olduğu gibi, anayasa hukuku alanında da çalışmalarını devletten bağımsız bir şekilde yürütmeye başlamışlardır. Bununla birlikte hukukçular yeri geldikçe doğrudan veya mektupla devlet başkanlarına sorumluluklarını hatırlatmaktan da geri kalmamışlardır⁸⁹. Hatta bunun sonucunda devlet başkanlarına yazılan mektuplar, raporlar ve kitaplarla İslâm dünyasında bir "nasihat'ül-mülûk" edebiyatı ortaya çıkmıştır. Ayrıca Kur'an'da geçen ve inananların Allah ve Rasulünden sonra itaatleri istenen ülü'l-emr'in, devlet başkanlığının yanında, ilim adamları olarak nitelendirilmesinde⁹⁰ devlet başkanlarının kifâyetsizliğinin önemli bir etkili olduğu söylenebilir. Aynı şekilde hukukçuların, devlet başkanının içtihat edebilecek seviyede alim ve toplumun en faziletlisi olması şartlarının bir sebebi de daha sonra hal' edilmesi ile uğraşmamak ve gerektiğinde nasihatlerin tesir etmesi için olsa gerektir. Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki, fâsık devlet başkanının yaptıklarına sabretmeyi benimseyenler, fâsık devlet başkanının hal' etmek için ayaklananları da bâğî (âsî) görmemişlerdir. Çünkü meşru devlet başkanına karşı yapılan ayaklanma bağı(isyan) suçunu oluşturmaktadır⁹¹. Seçilme yeterliğini yitiren devlet başkanı meşruiyetini de yitirmiş demektir. Nitekim Şafii hukukçu Maverdi seçilme yeterliğini yitiren devlet başkanına ümmetin itaatinin şart olmadığını belirtmektedir⁹².

Sonuç olarak fâsık devlet başkanının hal' edilmesini değil de onun yaptıklarına sabrı tavsiye edenler de fâsık devlet başkanını meşru olduğu kabul et-

⁸⁶ Taberi, II/190; Ebu Zehra, Muhammed: Malik, Kahire 1946, s. 76 vd.

⁸⁷ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Taftazani, 88 vd.

⁸⁸ Ebu Zehra, Mezahib, 246; Mustafa Hilmi, 346.

⁸⁹ Misal kabilinden bkz. Ebu Yusuf: Kitâbü'l-Haraç(Terc. Ali Özek), İstanbul 1973, s. 27 vd.

⁹⁰ Nisa, 59. Ülü'l-emr'in çeşitli anlamları için bkz. Ebussuûd, İmâdî: İrşad-ı Akl-ı Selim, C. 1-2, Beyrut 1990, s. 193; İbni Cevzî, Abdurahman: Zâdu'l-Mesîr Fî ilmi't-Tefsîr, Beyrut 1965, s. 116-117; Ömer Lütfi: Nazar-ı İslâm'da Makam-ı Hilafet, Selanik 1330, s. 22 vd.

⁹¹ Udeh, Abdülkadir: et-Teşri'ul-Cinâ'iyi'l-İslâmi, C. I, Beyrut 1993, s.101.

⁹² Maverdi, 53.

memektedirler. Sadece yöntem olarak pasif direnişi seçmektedirler. Ayrıca sözle onun eski haline dönmesi için gayret sarf edileceğini de, bu mümkün olmazsa kalben buğz ederek onu Allah'a havale etmeyi yeğlemektedirler. Bu yöntem, başta da belirtildiği üzere, İslâm toplumlarında genel kabul görmüş ve diğerlerine nazaran daha fazla uygulama alanı bulmuştur. İslâm toplumlarında batıda örneklerine rastladığımız ayaklanmaların olmayışının altında yatan sebeplerden birisinin bu anlayış olduğu söylenebilir.

c) Fâsık Devlet Başkanı Fitne Çıkmayacaksa Hal' Edilir Görüşü

Ebu Hanife başta olmak üzere bir kısım İslâm hukukçusu fâsık devlet başkanına karşı takınılması gereken tavır hususunda yukarıda verilen iki görüşün sentezini yapmışlardır. Gerçekten Hanefi hukukçular "Zalimler benim ahdimе nail olamazlar"⁹³ ayetinden hareketle fâsık bir kişinin devlet başkanı olamayacağını ileri sürmüşlerdir⁹⁴. Keza devlet başkanı, görevi sırasında fâsık veya zâlim hale gelirse, yine aynı ayetin gereği olarak hal' edilmesi gerekir⁹⁵. Ancak bu ihtimalde devlet başkanının hal' edilmesini güç yetirme ve fitne olmaması şartına bağlıdır. Şafii hukukçu Gazali de aynı görüştedir⁹⁶. Sabrı tavsiye edenler arasında yer almasına rağmen bazı görüşleri ile Hasan Basri'yi de bu gruba dahil etmek gerekir. Gerçekten Hasan Basri'ye göre, halkın gücü yeterse fâsık devlet başkanını görevden uzaklaştırmaları gerekir⁹⁷. Zahirî hukukçu İbn Hazm da devlet başkanının fâsık olduğuna ve hal' edilmesi gerektiğine inananların (ehl-i hak) sayısı defetmeye ve zafer elde etmeye yetecek sayıda olursa ayaklanma farz olur, buna karşılık azlıkları ve zafer ümitleri yoksa, elle düzeltmeyi terk etmeli, yani sabretmeli ve sözle uyarmakla yetinmelidirler şeklindeki görüşü ile bu grup içerisinde yer almaktadır⁹⁸. Fitnenin sözlük anlamı, karışık bir maddeyi birbirinden ayırmak için ateşte ısıtmaktır. Hukuki terim olarak Allah'a şirk koşmak, küfrü yaymak, dinden dönmek Allah'ın yasaklarını çiğnemek genel sükunu bozmak vatandan çıkarmak gibi kullanıldığı yere göre anlamları değişebilen bir kavramdır⁹⁹. Buna göre fâsık hale gelen devlet başkanının görevden alınması kamuoyunda karışıklıklara, kan dökülmesine veya yukarıda sayılan başka zararlara sebep olacak ise, devlet başkanının hatalarından ortaya çıkacak zarar ile hal' edilirken meydana gelecek zarar arasında kıyaslama yapmak gerekir. Eğer devlet başkanının görev-

⁹³ Bakara, 124.

⁹⁴ Cassas, Ebu Bekir: Ahkâmü'l-Kur'an, C. I, 1947, s. 80.

⁹⁵ Elmalılı, Hamdi Yazır: Hak Dini Kura'an Dili (Sadeleştirilmiş Hali), C. I, s. 406.

⁹⁶ Gazali, Muhammed: el-İktisâd fi'l-İ'tikâd, Beyrut 1983, s.150.

⁹⁷ İbn Sa'd, VII/116.

⁹⁸ İbn Hazm, Fisal, IV/171-172.

⁹⁹ Elmalılı, II/35, VII/235.

den uzaklaştırılması halinde meydana gelecek zarar daha az ise hal' edilmesi, aksi takdirde ise hatalarına sabredilmesi gerekir¹⁰⁰. Mecellenin ifadesi (m.27) ile "zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur" ve "ehven-i şerreyn ihtiyar olunur"(m.29).

Bu durumda devlet başkanının hal' edilmesi gerektiğini kabul edenler güç yetirecek sayıya ulaşmışlarsa ve hal' sırasında fitne çıkma yani daha büyük bir zarar endişesi yoksa fâsık devlet başkanını hal' etmek gerekir. Eğer bu şartlar gerçekleşmemişse fâsık devlet başkanının yaptıklarına sabredilmelidir. Nitekim Hanefî hukukçulara göre fâsık bir kimsenin velayeti mümkündür¹⁰¹. Dolayısıyla fâsık bir kimsenin arkasında namaz kılınabilir, onunla hac ve cihat yapılabilir¹⁰². Keza fâsık bir devlet başkanının atadığı adil kadının hükmü de geçerlidir. Ancak Ebu Hanife'nin içtihadının mutlak olmayıp yukarıdaki şartların gerçekleşmemesi halinde geçerli olduğunu unutmamak gerekir¹⁰³.

Son devir İslâm hukukçularından Udeh, fitne çıkmayacaksa hal' edilir görüşünü şiddetle eleştirerek, devlet başkanının hal' edilmesi ile ortaya çıkacak fitnenin, gerçek anlamda fitne olmadığını, asıl fitnenin, halifenin hal' edilmesini gerektiren şartlar olduğu halde, onu hal' etmeyip görevde bırakmak olduğunu ileri sürmektedir. İki zarardan daha az olanın tercih edilmesi görüşünü esas aldığımızda, yine daha az zararın, fâsık halifenin hal' edilmesi olduğu belirtir¹⁰⁴.

Şüphesiz bu yorum Udeh'in içinde bulunduğu şartlarla yakından ilgilidir. Fitne ve hangi zararın daha az olduğu tamamen takdire bağlı bir husustur ve gerçekleşmeden bu konuda kesin bir şey söylenemez. Bazen en kötü devlet başkanı, başkansızlıktan iyidir. Ayrıca toplumsal olaylarda, özellikle böylesine önemli bir meselede sonucu önceden kestirmek mümkün değildir. Kaldı ki bu görüşü savunanlar hiçbir şey yapmamayı değil, sözle mücadeleye devam etmeyi, onun eski hale gelmesini sağlamak için sözle mücadeleye devam edilmesini, güç yetireceklerini kuvvetle muhtemel gördükleri ve fâsık devlet başkanının iktidarda kalmasından daha az bir zararla onu hal' edebileceklerini gördüklerinde de bunun gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmektedirler. Nitekim bu görüşün temsilcisi sayılan ve fâsık halife tarafından atanan adil kadının hükmünün geçerli olduğuna da fetva veren Ebu Hanife, Zeyd b. Ali

¹⁰⁰ Hallaf, Abdulvahhab: *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*, Kahire 1977, s. 58; Muhammed Yusuf Musa, 96; İbn Abidin, IV/264; İcî, 400.

¹⁰¹ Zelâî, Osman b. Ali: *Tebyînü'l-Hakâyık Şerhu Kenzü'd-Deşkâik*, C. VI, Bulak 1315, s. 207.

¹⁰² Taftazani, 186.

¹⁰³ Cassas, I/181.

¹⁰⁴ Udeh, Abdülkadir: *İslâm ve Siyasi Durumumuz* (Çev. (Ter. Beşir Eryarsoy), İstanbul 1982, s. 183-185.

fâsık devlet başkanına karşı ayaklandığı zaman kendisine mali yardımda bulunmuştur¹⁰⁵. Ayrıca yine Hanefi hukukçulara göre fâsık (mesela zina eden) bir devlet başkanını öldüren kişiye, normalde öldürülmesi gereken bir kişiyi öldürdüğü için, kısas uygulanmaz¹⁰⁶. Aynı şekilde Zahiri hukukçu İbn Hazm'da fitne yerine nasihati koyarak, fâsık devlet başkanına önce nasihat edilmesi gerektiğini, eğer fiskından vazgeçer ve kendisine gerekli cezanın verilmesine razı olursa, sorunun ortadan kalkacağını, buna karşılık fiskından vazgeçmezse hal' edilmesi gerektiğini, ancak hal' için de az önce verilen görüşündeki şartların gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁷. Mutezilenin çoğunluğu da fitne yerine adil bir imamla birlikte hareket etmeyi koymuşlar ve ancak bu şekilde fâsık bir imama karşı çıkılabileceğini, aksi takdirde sabretmek gerektiğini belirtmişlerdir¹⁰⁸.

Sonuçta bu yöntemi benimseyen hukukçular adalet vasfını yitiren devlet başkanının meşruiyetini yitirdiğini kabul etmektedirler. Meşruiyetini yitiren devlet başkanına karşı mutlaka mücadele edilmesi gerektiğini, ancak bunun haklı olarak toplum açısından en az zararla atlatılması gerektiğini düşündükleri söylenebilir. Özellikle tarihî uygulama açısından bu yöntemin sabrı tavsiye edenlerle aynı noktaya geldiği ileri sürülebilirse de, toplumsal açıdan bakıldığında bu metodun diğerlerine nazaran daha realist olduğunu söylemek gerekir.

d) Fâsık Devlet Başkanının Görevi Kendiliğinden Sona Erer Görüşü

Bir kısım Şafîi hukukçu adalet vasfını kaybeden devlet başkanının görevinin kendiliğinden sona erdiğini belirtmişlerdir¹⁰⁹. Bunun sebebi, Şafîye göre fâsık bir kimsenin velayetinin mümkün olmamasıdır. Bununla birlikte halife-nin bu kuraldan istisna edildiği de ileri sürülmüştür¹¹⁰. Ancak Şafîi hukukçu Maverdi böyle bir ayırım yapmamakta ve fiskı bedene ve inanca ilişkin olmak üzere ikiye ayırmakta, bedene ilişkin fiskı, bir kimsenin bedeni arzu ve isteklerine dinî sınırlar tanımadan uyması şeklinde nitelendirerek bunu hem devlet başkanı seçilmeye hem de göreve devama engel kabul etmektedir. Bu anlamda adalet vasfını kaybeden devlet başkanı daha sonra fiskından vazgeçse dahi, yeni bir seçim yapılmadan görevine devam edemeyeceğini, fâsık hale gelen devlet başkanına halkın itaat etme görevinin olmadığını da ileri sürmekte-

¹⁰⁵ Cassas, I/80-81; İbn Abidin, IV/264; Ebu Zehra, Muhammed: Ebu Hanife (Ter. Osman Keskiöğlü), Konya 1981, s. 37 vd.

¹⁰⁶ Udeh, Abdülkadir: et-Teşri'ul-Cinâ'iyi'l-İslâmî, C. I, Beyrut 1993, s. 321.

¹⁰⁷ İbn Hazm, Fısal, IV/175.

¹⁰⁸ Eş'ari, II/158.

¹⁰⁹ Maverdi, 53; Gazali, Muhammed: İhyâu Ulûmi'd-Dîn, C. II, Kahire 1334, s. 111.

¹¹⁰ Taftazani, 186.

dir¹¹¹. Aynı müellif inanca ilişkin fısık seçilmeye engel olsa bile, göreve devama engel olmayacağı düşüncesindedir¹¹².

Maverdi göreve devam edemeyeceğini belirttiği, bedene ilişkin hususlarda fâsık devlet başkanının nasıl iktidardan uzaklaştırılacağına temas etmemektedir. Bu soruya cevap başka bir Şafîî hukukçu Gazali'den gelmekte ve kendisi çekilmeyen devlet başkanının hal' edileceğini ileri sürmektedir¹¹³. Ne var ki Gazali, yukarıda da yer verildiği üzere, fâsık devlet başkanının her halükârda değil, fitne çıkmayacaksa hal' edilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁴.

e) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Uygulama

Her şeyden önce İslâm hukukçularının adalet vasfını kaybeden devlet başkanının fâsık olduğu ve meşruiyetini yitirdiği hususunda hemfikir olduklarını söylemek gerekir. Dolayısıyla meşruiyetini yitiren devlet başkanına karşı ayaklananları da âsî kabul etmemişlerdir¹¹⁵. Ne var ki fâsık devlet başkanına karşı ayaklanmanın gerekip gerekmediği hususunda farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. İlginç olan her birinin fâsık devlet başkanına karşı takınılması gereken tavır konusunda aynı hadisi delil göstermiş olmalarıdır. Yukarıda geçtiği üzere bu "Sizden birisi bir kötülük gördüğünde eliyle düzeltsin, buna gücü yetmezse dili ile düzeltsin buna da gücü yetmezse kalbiyle buğzetsin" hadisidir. Aslında hadise bakılırsa bütün görüşlere hak vermek gerekir. Çünkü hadis "güç yetirme" ye bir açıklık getirmemekte bunun takdirini zamana ve zemine bırakmaktadır. Siyasi karışıklıklar döneminde cereyan eden olaylar sonucunda Hz. Ali'nin karşısına geçen hâricîler ile iktidarı haksız bir şekilde ele geçiren Emevilere karşı ehl-i beytin iktidarını savunan bir kısım şîa hadisin birinci kısmını yani el ile değiştirmeyi esas almışlardır. Buna karşılık fitne çıkma ihtimalini nazara alarak veya her halükârda sabrı tavsiye edenler ise, dil ile kötülüğe mani olma kısmını meşruiyet delili olarak görmüşlerdir. Bunun, söz konusu hukukçuların içinde buldukları siyasî şartlar ve fitne kavramına yükledikleri anlamda ilgili olduğu söylenebilir.

Adalet vasfını kayıp etme genel bir hal' sebebi olarak râşit halifeler döneminde ve Osmanlı uygulamasında sıkça başvurulan bir yöntem olmuştur. İstifaya zorlananlar ile istifa etmediği için öldürülenler de hal' kabul edilirse râşit halifelerin ikisi ve Osmanlı padişahlarının da yaklaşık üçte biri bu şekilde iktidardan uzaklaştırılmışlardır. Ancak bütün bu hal' edilmelerin gerçekten

¹¹¹ Maverdi, 53.

¹¹² Maverdi, 54.

¹¹³ Gazali, İhya, II/111.

¹¹⁴ Gazali, İktisâd, 150

¹¹⁵ Ebu Zehra, Cerime, 175-176.

teorik esaslara uygun olup olmadığı tartışılabilir. Bu sebeple söz konusu hal' edilmeler hakkında değer hükmü verebilmek için her birinin dönemlerindeki siyasi olaylarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ne var ki konunun bu şekilde derinleştirilmesi inceleme konumuzun sınırlarını gereğinden fazla genişleteceğinden biz burada sadece hukukî gerekçelerden hareketle söz konusu hal' edilmeleri değerlendirmeye çalışacağız.

İslâm tarihinde adalet vasfını yitirdiği gerekçesi ile istifası istenen ilk devlet başkanı, râşit halifelerin üçüncüsü olan Hz. Osman'dır. Hz. Osman'ın kendisinden önceki iki halife kadar dirayetli olmayışı, yumuşak bir yapıya sahip olması, devrin ileri gelenlerini serbest bırakarak onların Medine'den ayrılmalarına engel olmaması, atamalarda ve bir kısım gelirlerin taksiminde Emevî soyunu koruması ve bazı kimselerin onun aleyhinde çalışmalarını sonucu çeşitli yerleşim merkezlerinden gelen iki bin civarında kişi, Hz. Osman'ın görevi bırakmasını istemişler o da "Allah'ın giydirdiği bir elbiseyi çıkarmam. Öldürülmem bundan daha sevimlidir"¹¹⁶ şeklinde cevap verince kendisini öldürmüşlerdir. Kendisine bu meseleler sorulduğunda etrafındakileri ikna edecek cevaplar vermiş olmasına rağmen fitne sona ermemiş ve İslâm tarihinde adalet vasfını kaybettiği için istifası istenen, buna yanaşmadığı için de öldürülen ilk halife olarak tarihe geçmiştir¹¹⁷.

Hz. Osman zamanında başlayan fitne değişik şekiller olarak Hz. Ali zamanında da devam etmiştir. Bunun sonucunda çıkan Cemal ve Sıffin savaşları ile fitnenin boyutları büyüdüğü için Muaviye ile Hz. Ali hakem tayin ederek bu meseleye son vermek istemişlerdir. Ne var ki o zamana kadar Hz. Ali'nin tarafında yer almış olan bir grup (haricîler), bu konuda hükmü ancak Allah'ın verebileceğini iddia ederek Hz. Ali'nin adalet vasfını kaybettiğine hükmetmişler görevlendirdikleri bir kişi (haricî) vasıtasıyla onu öldürmüşlerdir¹¹⁸.

Osmanlı padişahlarından Dördüncü Mehmet(Avcı), av merakı sebebi ile devlet işlerini ehliyetsiz sadrazamlara bıraktığı ve İstanbul yerine Edirne'de ikamet ettiği için haklı olarak hal' edilmiştir¹¹⁹. İkinci Mustafa'da Edirne sarayına yerleşip paytahtı ihmal ettiği ve orada kızları için saraylar yaptırmak suretiyle devlet mallarını israf ettiği ve hepsinden önemlisi devletin bütün işlerini Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'ye devrettiği için hal' edilmiştir¹²⁰. Çünkü Feyzullah Efendi uzun yıllar şeyhülislamlık yapmakla kalmamış bütün

¹¹⁶ İbn Sa'd, III/66; Kasımî, 383-384.

¹¹⁷ Taberi, V/114 vd; İbn Kuteybe, I/44.

¹¹⁸ İbni Sa'd, III/37; İbn Kuteybe, I/137; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dalkıran, Sayın: Ehl-i Sünnetin Şi'î Akîdesine Tenkitleri, İstanbul 200, s. 171 vd.

¹¹⁹ Danişment, III/464; Baysun, Cavit: Mehmet IV, İA, C. VII, s. 55-556.

¹²⁰ Orhonlu, Cengiz: II. Mustafa, İA, C. VIII, s. 699.

önemli ilmiye makamlarını yakın akrabaları ile doldurmuştur. Sözgelimi Feyzullah Efendi'nin dört oğlundan birisi nakibü'l-eşraf, biri Anadolu kazaskeri, biri Bursa kadısı diğeri de şehzâde hocasıdır. Ayrıca amcasının oğlu Rumeli kazaskeri, damatlarından birisi İstanbul diğeri de Edirne kadısıdır¹²¹. Dolayısıyla gerçekten rahatsız olunacak bir durum söz konusudur ve İkinci Mustafa'nın hal' edilmesinde yadırganacak bir taraf yoktur.

Üçüncü Ahmet için devlet idare edememe gerekçesine katılmak oldukça zordur. Şahsî menfaatler ve siyasî sebeplerle hal' edildikleri söylenebilir. Aynı durum İkinci Osman ve Üçüncü Selim için de geçerlidir¹²². Bilindiği üzere İkinci Osman'ın hacca gitme bahanesi ile Şam ve Halep civarından asker toplayıp taht-ı sultaniyi Şam'a taşmayı düşündüğü duyulunca yeniçeriler Şeyhülislâm Esad Efendi'ye mürcaat ederek padişahın hal' edilmesi için fetva istemişlerdir. Söz konusu fetva aynen şu şekildedir: "Sual: Padişah-ı cihanbânı azdurup beytü'l-mâl-i müslimîni telef etdürtüp buna fitne ve feterate sebep olan kişilere şer'an ne lâzım gelir? el-Cevab: Katl lâzım gelir". İkinci Osman kendisine teblif edilen bu fetvayı yırtıp yere atınca isyancıların işlerini daha da kolaylaştırmış ve kendisini hal' ederek amcası Birinci Mustafa'yı yeniden padişah ilan etmişlerdir¹²³.

Dördüncü Mustafa, adalet vasfını kaybettiği gerekçesi ile hal' edilmiştir. Bilindiği üzere Dördüncü Mustafa kendisinin hal' edileceğini anladıktan sonra Üçüncü Selim ve Şehzâde Mahmud'un öldürülmeleri için emir vermiştir. Bu emir üzerine, Üçüncü Selim kılıçla katledilmiş, şehzâde Mahmud ise katledilmeden Alemdar Mustafa Paşa'nın desteği ile kendisine biat edilmiştir. O esnada Alemdar'ın, yanında bulunan ulemaya suçsuz bir mahpusu öldürenin hilafetinin caiz olup olmadığı hususunda yönelttiği soruya Şeyhülislâm Arif Efendi olumsuz cevap verince, Dördüncü Mustafa hal' edilmiştir¹²⁴. Söz konusu padişahın Üçüncü Selim ile Şehzâde Mahmut'un öldürülmesi emrini vermesinde, her ne kadar Alemdar'ın Bâb-Âli'yi basarak sadrazam mührünü zorla ele geçirmesi ve kendini fiilen sadrazam ilan etmesi neticesinden tahttan indirileceğini ve muhtemelen öldürüleceğini anlamasının etkisi olsa da, bu gerekçe ile bir masumu öldürtmenin şer'î hukuka uygunluğu söz konusu olmayacağından, kendisinin tahttan indirilmesini adalet vasfının kaybı sebebi ile hal' edilme olarak nitelendirmek gerekir¹²⁵. İsyan etmemiş kardeşlerini öldüren padişahların da aslında bu katagoride değerlendirilmeleri gerekir. Çünkü

121 Danişment, III/489.

122 Eren, Cevat: Selim III, C. X, 453; Danişment, IV/87.

123 Danişment, III/298; Altundağ, Şinasi: Osman II, IX, s. 447.

124 Baysun, Cavit: IV. Mustafa, I, C. VIII, s. 713.

125 Öztuna, I/476-478; Aydın, M. Akif: Hal', DİA, C. XV, s. 221.

“bîcürm ve bîgünah” kimselerin öldürülmesi onlar için de geçerlidir¹²⁶. Her ne kadar “nizam-ı âlem için ... ekser ulemanın tecviz” ettiği gerekçesine dayanılarak fiilî durum hukukîleştirilmeye çalışılmış ise de, devlet başkanının siyaseten katl yetkilerinin şer’î hukuk ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır¹²⁷. Dolayısıyla kardeşini öldüren padişahların hal’ edilmeyişini devirlerinden bir kısım ulemanın çeşitli sebeplerle bu uygulamaya fetva vermelerinin yanında söz konusu padişahların güçlü konumları ile izah etmek de mümkündür.

Sultan İkinci Abdülhamid de adalet vasfını kaybettiği için hal’ edilen padişahlardandır. Söz konusu padişahın hal’ fetvası aynen şu şekildedir: “İmamü’l-müslimîn olan Zeyd bazı mesail-i mühimme-i şer’iyeyi kütüb-i şer’iyeden tayy u ihrâç ve kütüb-i mezkûreyi men’ ü hark u ihrâk ve beytü’l-mal’de tebzîr u israf ile müsevveğ-i şer’î hilafında tasarruf ve bilâ sebep-i şer’î katl ü haps ve tağrîb-i ra’iyye ve sâir gûne mezâlîmi i’tiyâd eyledikten sonra salaha rücu’ etmek üzere ahd ü kase m etmişken yemininde hânîs olarak emvâl ve ümûr-ı müslimîni bi’l-külliye muhtel kılacak fitne-i azîme ihdâsında ısrar ve mukatele ikâ etmekle meneâ-i müslimîn Zeyd-i mezbûrun tağallübünü izâle etdiklerinde bilâd-ı İslâmiyenin cevânib-i kesiresinden mezbûru mahlû’ tanıdıklarına dâir ihbâr-ı mütevâlîye vürûd edüb mezbûrun bakasında zarar muhakkak ve zevâlinde salah melhuz olmağın Zeyd-i mezbûra imamet ve saltanattan ferağat teklif etmek veya hal’ etmek suretlerinden hangisi erbâb-ı hall ü akd ve evliyâ-ı umûr tarafından ercah görülürse icrası vâcib olur mu? el-Cevab: Olur. Ketebehü’l-fakîr es-Seyyid Muhammed Ziyâüddin. Ufiye anh”¹²⁸.

Görüldüğü üzere Abdülhamid’in hal’ fetvasında dînî kitapları tahrif etmek, yakmak, devlet hazinesini israf etmek, sebepsiz yere ölüm, hapis ve sürgün emirleri vermek ve 31 Mart hadisesine sebep olmak suçlarına yer verilmektedir. Hal’ edildikten kısa süre sonra 31 Mart hadisesine sebep olduğu iddiasının tamamen asılsız olduğu anlaşılmıştır¹²⁹. Fetvada yer verilen dînî kitapları yakma ve tahrif etmeye gelince, bilindiği üzere Abdülhamid, yüzyıllardır birbirleri ile savaşan iki müslüman ülkenin mezheplerini yani şîflik ile sünnîliği birleştirmek için büyük gayret sarf ediyordu. Abdülhamid, bu amaca ulaşmak için dînî kitapların basımına biraz daha fazla itina gösterilmesini ve bu gayreti akamete uğratabilecek kitapların toplatılmasını emretmiştir¹³⁰. Ayrıca dini açıdan

126 Solakzâde, 700.

127 Udeh, I/688.

128 Düstur, II. Tertib, C. I, s. 166.

129 İnal İbnü’l-Emin Mahmud Kemal: Osmanlı Devrinde Son Sadrazamlar, İstanbul 1953, s. 1302.

130 Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yıldız Tasnifi Mütenevvi Maruzat Evrakı, No: 27/13.

teveli zor sayılabilecek hususları içeren bazı kitapları toplattırıştır¹³¹. Ancak bu sonuncu halde toplatılan kitapların önemli bir kısmının encümen-i teftiş ve muayenenin izni olmaksızın, diğer bir kısmının da yazarının haberi olmadan yapılan aynı basılar olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir¹³². Bununla birlikte bazı kimselerin söz konusu dönemde haksızlığa uğramış olmaları muhtemeldir. Dolayısıyla bu hususun ayrıca tetkiki gerekir. Ancak burada şu kadarını söyleyelim ki Abdülhamid'in hal' fetvasını, Fetva Emmini Hacı Nuri Efendi'nin imzalamaktan kaçınması, buna rağmen İttihat ve Terakki tarafında yer alan devrin şeyhülislâmı Ziyaeddin Efendi'nin imzalaması ve söz konusu fetvayı padişaha, iki gayrimüslim iki de siyasî açıdan şaibeli kişinin tebliğ etmesi gerçekten dikkat çekicidir¹³³. Dolayısıyla fetvada yer verilen hususların bir kısmının doğru olduğu kabul edilse bile, hal' fetvasında ve uygulanmasında siyasî çıkarların daha etkili olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak Osmanlı devletinde, padişahların adalet vasfını kaybettikleri gerekçesi ile hal' edilmeleri sık başvurulan bir yöntem olmuştur. Ne var ki bu gerekçe her zaman hukuki gerçekleri yansıtmamıştır. Başka bir ifade ile Osmanlı padişahlarının hal' edilmesinde dinî endişelerden ziyade siyâsî ve maddî çıkarların ön planda tutulduğu söylenebilir.

4- Organların Kaybı

İslâm hukukçularına göre devlet başkanı ayaklarını, ellerini veya gözlerini kaybederse kendiliğinden bu görevden ayrılmazsa hal' edilmesi gerekir. Gece körlüğü göreve engel değildir. Görme zayıflığına gelince, kişileri gördüğünde kim olduğunu bilemiyorsa hal' edilmeli, kişileri tanıyabiliyorsa görevine devam etmelidir¹³⁴.

Sağırılık ve dilsizlik hususunda fikir ayrılığı vardır. Hukukçuların bir kısmı, sağır devlet başkanının görevden hal' edilmesi gerektiğini, diğer bir kısmı ise, bir takım işaretlerin bu organların görevini yerine getireceğini ileri sürerek, görevine devam etmesinde bir sakınca olmadığını belirtmişlerdir¹³⁵. Bu şekilde eksikliği bulunan bir kişinin devlet başkanlığı gibi önemli bir görevde kalmasının doğru olduğu söylenemez. Bu sebeple hal' edilmesi gerektiğini

¹³¹ Mesela Mızraklı ilmihalin 74. Sayfasındaki bir hata sebebi ile toplatılması emri için bkz. Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Yıldız Sadaret Hususi Maruzat Evrakı, No: 351/54.

¹³² Misal kabilinden bkz. Başbakanlık Osmanlı Arşivi Mühimme no: 28/349.

¹³³ Abdurahman Şeref-Ahmed Refik: Sultan Abdülhamid-i Sani, İstanbul 1919, s. 7; İnal, 1082-1083; Osman Nuri, 1195 vd; Uzunçarşılı, İ. Hakkı: İkinci Abdülhamid'in Hal'i ve Ölümüne Dair Bazı Vesikalar, Belleten, S. XLIV, Ankara 1946, s. 708; Danişmend, İ. Hami: 31 Mart Vak'ası, İstanbul 1961, s. 134 vd.

¹³⁴ Maverdi, 56; Ferrar, 21.

¹³⁵ Maverdi, 56; Ferrar, 21.

belirten görüşün daha isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

5- Ehliyeti Ortadan Kaldıran Haller

a) Akıl Hastalığı

Akıl hastalığının kendi içerisinde devamlı akıl hastalığı (cünûn-ı mutbık) ve geçici akıl hastalığı (cünûn-ı gayrı mutbık) olmak üzere ikiye ayrıldığını biliyoruz¹³⁶. Devamlı akıl hastalığı fiil ehliyetini ortadan kaldırdığı için devlet başkanlığı görevinin devamına da engel olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sebeple böyle bir hastalığa maruz kalmış devlet başkanının hal' edilmesi gerektiği ortadadır. Geçici akıl hastalığına gelince, bunun klasik misali saradır. Böyle bir hastalığa tutulan devlet başkanının hastalık zamanları normal zamanlarından çok ise, hal' edilmelidir. Buna karşılık normal hali hastalık halinden fazla ise, bu durum devlet başkanı seçilmeye engel olmakla birlikte, görev devamına engel olup olmadığı tartışmalıdır. Bir fikre göre, böyle bir hastalık devlet başkanının göreve devamına engel değildir. Daha isabetli görünen diğer bir fikre göre ise, seçilmeye engel olduğu gibi göreve devamına da engeldir, yani hal' edilmesi gerekir¹³⁷.

Osmanlı devletinde akıl hastası olduğu için hal' edilen padişahlar olmuştur. Söz konusu padişahların hal' edilmelerinde, Osmanlı devletinde bütün önemli işlerde olduğu gibi, hukukî prosedüre uyulduğunu, başka bir ifade ile fetva alındığını belirtmek gerekir¹³⁸. Akıl hastası olduğu için hal' edilen ilk Osmanlı padişahı, Birinci Mustafa'dır¹³⁹. Birinci Ahmet, 1603 yılında padişah olduğunda kendisi henüz on dört yaşında ve erkek çocuğu olmadığından kendisinin ölmesi, öldürülmesi veya hal' edilmesi durumunda saltana geçecek birisi bulunması için kardeşi Mustafa'yı katletmemiştir. Ancak Mustafa'nın bu gerekçe ile değil de, akıl hastası olduğu için öldürülmediği de ileri sürülmüştür¹⁴⁰. Ayrıca Üçüncü Mehmet'in padişah olunca, 19 kardeşini birden katletmesinin kamuoyundaki etkisi ile böyle bir yola gidilmiş olabileceği de iddia edilmiştir¹⁴¹. Birinci Ahmet'in oğlu Osman (Genç) dünyaya gelince kardeşini

¹³⁶ Eski hukukumuzda ehliyet arızası olarak akıl hastalığı ve fiil ehliyetine etkisi hakkında geniş bilgi için bkz. Şen, Murat: Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) Konya 1998, s. 223 vd.

¹³⁷ Maverdi, 55 vd.; Ferra, 21; İbn Abidin, IV/264.

¹³⁸ Stanley Lane-Poole: Turkey, London, 1888, s. 334.

¹³⁹ Danişment, III/271-272.

¹⁴⁰ Uzunçarşılı, İ. Hakkı : Osmanlı Tarihi C. III, I. Kısım, Ankara 1988, s. 127; Aktepe, Münir: I. Mustafa, İA, C. VIII, s. 692.

¹⁴¹ Altundağ, Şinasi: Osman II, İA, C. IX, s. 443.

öldürmek istemesine ve devrin Şeyhülislâmı Esat Efendi, Mustafa'nın akıl hastası olduğu için buna fetva vermemesine bakılırsa ilk iki gerekçe doğrudur¹⁴². Aynı şeyhülislâmın Birinci Ahmet'in ölümünden sonra, şehzâde Osman yerine, Mustafa'ya biat etmiş, fakat kısa süre sonra akıl hastası olduğu için hal' edilmesine fetva vermiştir¹⁴³. Esad Efendi gibi dirayetli bir şeyhülislâm için istikrarsız gibi görünen bu davranışın altında "kul taifesi ile ulema arasında çok niza u cidal vâki oldu, ahiru'l-emr yeniçeri ve sipahi ulemayı kılıç ile biat ..." ¹⁴⁴ ettirilmesinin yattığı ve Birinci Mustafa'nın kılıç zoru ile gayr-ı meşru olarak ikinci defa tahta çıkarıldığı söylenebilir. Ne var ki istikrarsız gibi görünen bu davranış Osmanlı tarihi açısından olumlu bir gelişmeye sebep olmuştur. Gerçekten bu olaydan sonra devlet başkanlığında ekberiyet usulüne geçilmiş ve bir-iki istisna ile kardeş katli de tarihe karışmıştır¹⁴⁵.

Akıl hastası olduğu için hal' edilen bir başka Osmanlı padişahı da Beşinci Murat'dır¹⁴⁶. Söz konusu padişahın hal' fetvası aynen şu şekildedir: "İmam mü'l-müslimîn cünûn-ı mutbık ile mecnun olmağla imametten maksûd fevt olsa uhdesinden akd-i imâmet münhal olur mu? Beyan buyurula. El-cevab: Allah u a'lem olur"¹⁴⁷.

b- Akıl Zayıflığı

Akıl zayıflığına maruz kalan (matuh veya bunak), şuuru bulanık, anlayışı az, konuşmaları gayr-ı muntazam, işlerini gereği gibi görmekten aciz olan kimsedir¹⁴⁸. İslâm hukukunda bu hastalığa tutulan kimseler, mümeyyiz küçük gibi eksik ehliyetli kabul edildiklerinden, devlet başkanı iseler hal' edilmeleri gerektiği söylenebilir.

Osmanlı padişahı Sultan Abdülaziz akıl zayıflığı ve müsrifliği sebebiyle hal' edilmiştir. Söz konusu padişahın hal' fetvasında "Emîru'l-mü'minîn olan

¹⁴² Uzunçarşılı, Saray, 47.

¹⁴³ Solakzâde: Solakzâde Tarihi, İstanbul 1298; Peçevi İbrahim Efendi: Tarih, C.II, İstanbul 1281, s. 361.

¹⁴⁴ Danişment, III/303.

¹⁴⁵ Kardeş katli ile ilgili geniş bilgi için bkz. Akman, Mehmet: Osmanlı Devletinde Kardeş Katli, İstanbul 1997; Özcan, Abdülkadir: Fatih'in Teşkilat Kanunnâmesi ve Nizâm-ı Âlem İçin Kardeş Katli Meselesi, İÜEF Tarih Dergisi, S. XXXIII, 1982, s. 7 vd.; Aydın, M. Akif: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 130 vd.; Akgündüz, Ahmet: Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. I, İstanbul 1990, s. 114 vd

¹⁴⁶ Solakzâde: Tarih, İstanbul 1297, s. 698; Cevdet Paşa: Tezâkir, C. IV, Ankara 1991, s.161; Uzunçarşılı, İ. Hakkı: Beşinci Murat'ın Tedavisine ve Ölümüne Ait Rapor ve Mektuplar, Belleten, C. X, S. 38, 1946, s. 317 vd..

¹⁴⁷ Danişment, IV/284.

¹⁴⁸ Mecelle m. 945; Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Şen, 232 vd.

Zeyd muhtellu'ş-şuûr ve umur-ı siyasiyyeden bî-behre olup emvâl-ı mîriyyeyi mülk ü milletin takat ve tahammül edemeyeceği mertebede masârif-i nefsâniyesine sarf ve umur-ı diniyye ve dünyeviyyeyi ihlâl ü teşviş ve mülk ü milleti tahrib edüb bekâsı mülk ü millet hakkında muzır olsa hal'i lâzım olur mu, beyan buyurula? El-Cevab: Allahü Teâlâ a'lem, olur"¹⁴⁹ denilmektedir. Bu gerekçelerden padişahın müsrifliği bilinmekte ise de¹⁵⁰ akli melekelerinin karışıklığı meselesi tarihi gerçeklerle çelişmektedir. Nitekim Fetva Emini Kara Halil Efendi'yi konağına çağırarak hal' fetvasını yazdıran Mithat Paşa, daha sonra yazdığı hatıratında Sultan Abdülaziz'in akıllı bir padişah olduğunu açıkça ifade etmiştir¹⁵¹. Ayrıca "muhtellu'ş-şuur" diye hal' edilen padişahın yerine kısa bir süre sonra "cünûn-ı mutbık" olduğu için hal' edilecek olan Beşinci Murad'ın geçirilmesi de ayrı bir tarihî çelişkiyi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Sultan Abdülaziz gerçekte akıllı bir kişi olmasına rağmen, onu hal' etmeyi planlayanların, amaçlarına daha rahat ulaşabilmek için akıl zayıflığı gerekçesine dayandıkları söylenebilir.

III- DEVLET BAŞKANLIĞI SÜRESİNİN SONA ERMESİ

İslâm hukukunda, râşit halifelerin uygulamaları nazara alınarak, liyakati devam ettiği sürece halifenin iktidarda kalacağı sonucuna varılmıştır¹⁵². Ayrıca bu uygulamanın icma haline geldiği ve ümmetin işlerinin istikrarlı olması için isabetli bir yöntem olduğu da vurgulanmıştır¹⁵³. Belirtmek gerekir ki râşit halifelerin uygulamaları İslâm hukukunda değerli olmakla birlikte nas değildir. Ayrıca râşit halifelerin ömür boyu iktidarda kalmaları biraz da o dönemin şartları ve gelenekleri ile yakından ilgilidir¹⁵⁴. Dolayısıyla bu hususun İslâm hukukunda aksi kararlaştırılmaz bir prensip olduğu söylenemez. Ayrıca bu hususta icma oluşup oluşmadığı da tartışılabilir. İslâm hukukunda şartları belirlenen kimseler devlet başkanı olduğu zaman genellikle bir problemle karşılaşmayacağı iddia edilse bile, her zaman söz konusu şartları taşıyan bir kimsenin bulunması ve devlet başkanı yapılmasının mümkün olduğu söylenemez. Ayrıca devlet başkanı ne kadar iyi olursa olsun uzun süre iktidarda kalmasının bir kısım hoşnutsuzluklara sebep olması kaçınılmazdır. Nitekim dört râşit halifenin üçünün öldürülmüş olması bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Liyakatı olmayan kimselerin devlet başkanı olmalarında bu husus daha da

¹⁴⁹ Danişment, IV/260.

¹⁵⁰ Osman Nuri:Abdülhamid-i Sâni ve Devr-i Saltanatı, İstanbul 1327, s. 6.

¹⁵¹ Mithat Paşa: Tabsirat-ı İbret, C. I, s. 150.

¹⁵² Muhammed Yusuf Musa, 93.

¹⁵³ Udeh, Siyasi, 180.

¹⁵⁴ Kâsımî, 389; Aydın, M. Akif: Hükümet, DİA, C. XVIII, s. 467.

önemli hale gelir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre böyle bir devlet başkanının yaptıklarına sabretmek gerekir. Adalet vasfının kaybı nedeni ile hal' edilmeleri de, her zaman kolay gerçekleşecek bir durum değildir. Kaldı ki hangi hususların adalet vasfını kayıp sayılıp sayılmayacağına da çok açık olduğu söylenemez. Sözelimi savaş ilan etmesi gerektiği yerde bundan çekinen devlet başkanının adalet vasfını kaybettiğine hükmedilecek midir? Keza ülke için çok daha iyi şeyler yapılabilceği halde yapmayan devlet başkanı adalet vasfını kaybetmiş midir? Bu ve benzeri bir çok soru sorulabilir ve bunların önemli bir kısmına olumlu cevap vermek zordur. Ayrıca haklı veya haksız olmasına bakılmaksızın hal' etme, hukuk kuralları içerisinde kalarak icrası zor bir uygulamadır. Dolayısıyla hal' edilmenin, liyakatsiz devlet başkanları için bir sigorta vazifesi gördüğü söylenemez.

Sonuçta, Raşit halifeler de dahil, İslâm tarihinde yaşanan bir çok olumsuz olayın, devlet başkanının ömür boyu iktidarda kalması ile yakından ilgili olduğu söylenebilir. Ayrıca bir kimsenin belirli bir süre için devlet başkanı olmasını yasaklayan bir nas da mevcut değildir. Ayrıca devlet başkanlığının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının İslâm'ın ruhuna aykırı olduğu da söylenebilir¹⁵⁵. Raşit halifelerin uygulamaları da o devirdeki geleneklerle ve içerisinde buldukları şartlarla yakından ilgili bulunduğundan devlet başkanının belirli bir süre için görev yapmasının İslâm hukukuna aykırı olmadığını söylemek gerekir.

IV- ÖLÜM

Ölüm, kişinin biyolojik olarak hayatının sona ermesidir. Bazı durumlarda kişilerden uzun süre haber alınamaz. Eğer kaybolan kişinin yeri, yaşayıp yaşamadığı bilinmiyorsa buna mefkud, yaşadığı biliniyor, fakat yeri bilinmiyorsa buna da gaip denmektedir. Bu kişiler belirli bir süre sağ kabul edilir, sonra öldüklerine hükmedilir. Dolayısıyla kişinin biyolojik olarak hayatının sona ermesine gerçek ölüm, ikincisine ise, hükmî ölüm denmektedir.

Gerçek ölüm halinde devlet başkanlığı görevinin sona ereceğinden şüphe edilemez. Mefkud ve gaip devlet başkanına gelince bunların belirli bir süre bekleneceğini daha sonra ise devlet başkanlığı görevinin sona ereceğini ve yerine yenisinin seçileceğini kabul etmek gerekir. Bekleme süresi içerisinde, aynen esaretten kurtulma ümidi bulunan devlet başkanında olduğu gibi yerine vekil atanması gerektiği söylenebilir¹⁵⁶. İncelememize esas aldığımız dönemde gaip veya mefkud olduğu için ölümüne hükmedilen bir devlet başkanı olmamıştır.

¹⁵⁵ Senhuri, 250 vd.

¹⁵⁶ Maverdi, 59; Ferra, 23.

Sonuç

Eski anayasa hukukumuzun en önemli problemlerinden birisi şüphesiz devlet başkanının görevinin sona ermesine ilişkindir. İstifa, hal' edilme, sürenin sona ermesi ve ölüm olmak üzere dört başlık altında topladığımız devlet başkanının görevinin sona ermesine uygulama açısından bakıldığında önemli bir kısmının teorik kaldığı görülür. Konu ile ilgili nas bulunmaması ve raşit halifelerin ölümlerine kadar görevde kalmalarından hareketle İslâm hukukunda devlet başkanının liyakati devam ettiği sürece ölümüne kadar görevde kalacağı kanaati yaygınlaşmıştır. Gerek raşit halifelerde gerekse Osmanlı uygulamasında belirli bir süre için iktidara getirilen devlet başkanı yoktur. Biraz da buna bağlı olarak haklı-haksız hal' edilme İslâm ve Osmanlı hukukunda sıkça müracaat edilen bir yöntem olmuştur. Bunun için de adalet vasfını kayıp şeklinde genel bir hukuki gerekçe bulunmuştur. Gerçekten Hz. Osman, yaptığı atamalar sebebi ile ülkede oluşan memnuniyetsizlik sonucu istifaya zorlanmış, istifa etmeyince de öldürülmüştür. Hz. Ali de hakem olayına razı olduğu için hariciler tarafından görevlendirilen bir kişi tarafından öldürülmüştür.

Osmanlı uygulamasına bakıldığında da padişahların yaklaşık üçte birinin adalet vasfını kaybettikleri gerekçesi ile hal' edildikleri görülür. Ne var ki bu gerekçelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı tartışılabilir. Hal' edilen padişahların bütününe olmasa bile önemli bir kısmının şahsi menfaat ve siyasi gayelerle tahtan indirildikleri söylenebilir. Bunun sebeplerini de yine sistemin içerisinde aramak gerekir. Çünkü padişahların ömür boyu iktidarda kalma ve geniş yetkilere sahip olmalarının zamanla devleti yönetenlerde bazı hoşnutsuzluklara sebep olması kaçınılmazdır. Ayrıca saltanat usulünün sonucu olarak çok dar bir çevrenin devleti yönetmesi ve istedikleri zaman şehzadeyi iktidara getirme ve padişahı hal' etme haklarını kendilerinde bulmaları sonucu sistemin, ister istemez keyfiliğe kaydığı ileri sürülebilir.

**AN ESSAY ON MAIN PROVISIONS OF THE
CONSTITUTION OF REPUBLIC OF KAZAKHSTAN
ON ORGANIZATION OF STATE AND
ADMINISTRATION**

*Assist.Proff.Dr. Yücel OĞURLU**

INTRODUCTION

During the time I was in Kazakhstan for nearly hundred days in 1999-2000 educational term at Law Faculty of International Kazakh-Turk University, I had an opportunity to translate Kazakh constitution to Turkish from both English and Kazakh original texts. This study gave me some ideas to understand and compare the laws of this country with those of some other countries.

Kazakhstan as a very rapidly developing country in Central Asia is important for many researcher in all over the world. In our country, most of the eastern countries' laws are not be sought with scientific aims, in contrast the western countries have at least one institute for observing the developments in law as in other scopes of these countries. Sometimes these institutes can be successful for helping other researchers, moreover for shaping the legal systems according to their studies. Unfortunately, it is rather hard for performing an academic study on this scope because of shortage of articles or other written materials on Internet or in any way. Even in Kazakhstan, it is impossible to find legal texts in English or Kazakh language except constitution.

Main principles of Kazakh constitution which is not known sufficiently in Turkey, will be researched in this article and I will try to inform the readers at least the sources and main principles in Kazakh constitution. Here in this study, after giving the general structure of Kazakhstan's system, we would like to discuss some matters of provisions on administration prescribed by constitution. As a result, our study will deal with only the structure of administrative organization.

* Administrative Law, The Law Faculty of Atatürk University, Erzincan, Turkey, e-mail: yucelogurlu@yahoo.com

I. SOURCES OF KAZAKH LAW

As we know, in generally, constitutions can be described as documents showing fundamental rights and freedoms of peoples and main structures of states. Obviously, most of the constitutions are results of a long-term struggles of peoples and have historical background. Only some of them are given as a right or gift to people by administrators and emperors. Kazakhstan was under the rule of USSR for nearly seventy years until 1990. After Gorbachev's "Glasnost" (openness) and "Perestroika" (reconstruction) policies, for a while every Soviet Socialist Republic had their own constitutions. Thus a dilemma appeared which way would be followed by Kazakhstan in law reform?

Kazakhs had three ways to follow after collapse of Soviet Pact. The first was the easiest way, namely copying the Russian laws. The second was constitution of new laws or reception from European countries. As we see today, Kazakh administrators chose third and also mixed way for their country. First of all, it is obvious that new constitution has been rather considerably affected by former system. It is very clear that most of Kazakh laws are from former Russian laws and some of them are copied from the laws of other post-communist countries. In addition, while system of Western countries was another model for Kazakhstan at the same time, this second possibility has not been considered except regarding private property and some open market regulations. Other laws, especially those on economy have been taken from Western countries.

On the first step, it must be stated, the new Kazakh constitution was not sufficient to constitute a comprehensive system, since it was written under the pressure and influence of laws of former Soviet period. That meant there were need for an administrative reform for Kazakhstan too such other former Soviet countries. But, the former Russian law is not unique source for Kazakhs. In fact, the West countries with their strong economies and political structure even though they were in enemy camp became a crucial source for East European and Central Asian states.

It is obvious that when constituting a new constitution, priorities, regional and cultural differences are taken into consideration. These issues are reflected in laws of each country. For instance, foundations of Russia's unusual federal structure can be found in Russian traditions and history¹. Today, Russia and other former Soviet countries, with some exceptions, follows the same way: strong state, strong administration. But, Russia's traditions such as statism, collectivism and paternalism which were effective in the former USSR countries, are seen as

¹ HENDERSON, Jane, "Redefining Russia's Federal Structure", *European Public Law*, 2000, Vol. 6, No. 4, p.496.

realities by Russian politicians and administrators. At the same time, it is an obligation to combine these traditions with the indispensable universal values of freedom, democracy, and the rule of law². As one of my observation, I watched on TV the inauguration of Putin, when I was in Kyrgyzistan, a ceremony probably very similar to inauguration of a Tsar. One of his initial works was to establish a new strong administrative structure, since Russian administrative system was out of date for the world of the 1990's. There were signals of a new administrative reform.

II. CENTRAL ORGANIZATION OF ADMINISTRATION IN KAZAKHSTAN

In general executive branch in Kazakhstan is according to constitutional definition of "Kazakhstan" as a unitary state with a presidential form of government. The president is the highest state officer and is responsible for the name of government. The president is responsible for the proper functioning of government, with the power to override the decisions and actions of local authorities and councils. So, constitution formalizes the increased power of the president and provides justification for the one-man rule³.

Kazakhstan is described as a democratic, secular, social, rule of law state. Main priority and highest value has been shown as the "person" and fundamental rights and freedoms of person (Ar.1/1). Constitution has chosen the word "person", not "human". As it is known, human and person in law is not always the same thing. This can be a subject for an article in Private Law.

The main principles of the operations of Kazakhstan is shown as social harmony, political stability, economic development, patriotism and the democratic resolution of the most important issues of national life (Ar.1/2).

Central Administration of Kazakhstan has not been described in similar way as constitutions of other Western countries. Contrary to them, structure of Kazakh central administration and administrative divisions has not been regulated in a certain section of Kazakh Constitution⁴. Provisions dealing with central

2 REMINGTON, Thomas F., "Putin's Third Way Russia and The 'Strong State' Ideal", *East European Constitutional Review*, 2000, Vol. 9, No. 1-2, in http://www.law.nyu.edu/eecr/vol9num_onehalf/feature/strongstate.html; Statements of Putin in English can be found: www.pravitelstvo.gov.ru/english/statVP_engl_1.html.

3 KAZAKHSTAN, "A Country Study", <http://lcweb2.loc.gov/frd/cs/kztoc.html>

4 Constitution has been adopted in 30 August 1995. Amendments are effective as of 8 October 1998, signed into effect 7 October 1998 by the President of the Republic of Kazakhstan, N. Nazarbaev in the city of Astana.

administration are spread to various articles of Kazakh Constitution⁵. Various regulations on local governments and local self-governments can be found under a certain title, but only few instructions on central organization of state in “Section One” under general provisions.

Kazakhstan is described in Constitution as a unified Republic with a presidential form of government (Ar.2/1). The sovereignty of the Kazakh State is valid on the entirety of Kazakhstan’s territory. Integrity, inviolability, and inalienability of the state in its territory has been ensured (Ar.2/1). Various relationships among different nationalities or ethnicities of the former Soviet region have a potential for conflicts. According to the experts of area one of these conflicts would be among Kazakhs and Russians⁶. It is expressed in constitution that the administrative territorial system is described by law. “Republic of Kazakhstan” and “Kazakhstan” has been thought as same names with equal meaning (Ar.2/4). With these provisions, conflicts on territory of State has been tried to be prevented. At the same time, the location and status of the capital is determined by law (Ar.2/2). Capital of Kazakhstan was Alma-ata until recently. Later it has been changed and at present the capital is Astana. As it has been seen explicitly, Kazakhstan is a unified country and this is not an obstacle for forming the structural form of local government base.

Kazakhstan is divided into nineteen provinces, and the capital Astana has an administrative status not equal to any other province. Each city has its own council and large cities are divided into regions each of which has a council. The provinces are divided into regions that contain many settlement points. Every provinces, regions and most settlements have elective councils. They are charged with drawing up a budget and supervising local taxation as well.

State power is separated into legislative, executive and judicial branches as a rule. Governmental power has been thought as united and is applied on the basis of the Constitution and laws. Power can be used in the principle of coordination of these three branches with each other (Ar.3/4)⁷. The separation of powers is a guarantee against abuses of powers both at internal or external levels. Sometimes

⁵ First Kazakhstan Constitution adopted in 28 January 1993. Later, many articles changed with amendments in 30 July 1995 and in 1998.

⁶ CAROTHERS, Thomas, “Western Civil-Society Aid to Eastern Europe and the Former Soviet Union”, *East European Constitutional Review*, 1999, Vol. 8, No. 4, in <http://www.law.nyu.edu/eecr/vol8num4/special/western.html>

⁷ There are approximately same provisions nearly with the same meaning in Russian Constitution which was adopted on 12 December 1993: Article 10: “State power in the Russian Federation shall be exercised on the basis of the separation of the legislative, executive and judiciary branches. The bodies of legislative, executive and judiciary powers shall be independent.”

decentralization and specialization on functions results in an optimum allocation of public activities⁸. Distribution of official functions which is considered as an internal matter by International Law in federal states are divided between the central government and component units which can be states, regions, cantons and provinces⁹.

Unfortunately, contrary to provisions of Kazakh Constitution, today President is everything in Kazakhstan and separation of powers is a matter which remains only on paper, but not in exercise. The relations between the executive and the legislative power and President show clearly real situation of mentioned countries. One of the most controversial issues of the new Constitutions in post Soviet term is the position of President against executive organs. Most of the post-communist democracies have adopted a dualistic structure of the executive system, which changes the actual balance of powers between the political and institutional actors, with a strong president as head of executive.

Kazakhstan recognized a semi-presidential system in which the Cabinet must have simultaneously the confidence of the Parliament and the President as in Russia, Belarus, Ukraine and Croatia¹⁰. According to Russian and Kazakh constitutions, President has a right to intervene with the executive organs, even elected. This and other mechanisms are used by central government to reestablish control over regional governors. This is "vertical" command and reestablishing executive subordination of local administrations leads to going away from federalism and democracy¹¹. The result is hierarchical executive power, not local administration. In the Balkans, in models of Romania and Bulgaria, the position of the President has been strengthened. Even some scholars characterize this kind of regimes as "Presidential Monarchy"¹².

⁸ SCHREUER, Christoph, "The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?" *European Journal of International Law*, 1993, No. 4, in conclusion, p.43.

⁹ SCHREUER, op.cit., p.8.

¹⁰ KATROUGALOS, George, "The Principle of Separation of Powers and Structure of State in Balkan Countries", http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/REPORTS/r4/GR_4_Katrougalos.html

¹¹ For intervention methods see. Gordon M. HAHN, "Putin's "Federal Revolution": The Administrative and Judicial Reform of Russian Federalism", *10 East European Constitutional Review* 2001 No 1, in <http://www.law.nyu.edu/eecr/vol10num1/special/hahn.html>

¹² KATROUGALOS, op.cit.

B. STRUCTURE OF LOCAL ADMINISTRATION IN KAZAKHSTAN

Administrative territorial system has been considered as one of the most important issues of society. Fundamental principles and norms of administrative territorial system is also one of the issues of the Parliament (Ar.61/10). Local executive organs are accepted as a part of a unified system in Kazakhstan. They carry out general state policies of the executive power by considering the interests and developmental needs of their local population and territories (Ar. 87/1).

There are always suspicions on devolving power from the center to local administrations due to fear of destroying the unity of states¹³. In fact, reasons for existence of local administrations in any country can be shown as; to exercise democracy in administration and to ensure participating of people to governing process. In addition, it is suggested that local administration reduces bureaucracy and produces quality in public service¹⁴.

In Russian Constitution, as one source of inspiration for Kazakhs, vertical and horizontal relationships between Central government and local administrations such as federal republics, regions, autonomous regions, krajs have been explicitly regulated. But relationship of administrative legal entities in constitution is not declared in the same way. Only vertical relationship between President and Akims and other executive organs is clearly regulated.

Local governing ways are very different from those of Russia and centralized countries. At the first sight, it can be seen as decentralized governing style in Kazakhstan and Russia. Contrast to this, powers of central government on local administration and limited authority of local bodies determine the quality of administration.

Both organs of government. and local self-government are elected by citizens. Citizens can participate in the administration in two ways: directly and through their representatives. Participating in the elections and management of local self-government has been considered as a right of the citizens (Ar. 33/1-2)¹⁵.

¹³ BROWN, L. Neville; BELL, John S., *French Administrative Law*, 4 th Edition, Oxford, 1993, p.32.

¹⁴ YILDIRIM, Turan, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı (Administrative Organization of Turkey)*, Ankara, 1999, 14; Şeref GÖZÜBÜYÜK, *İdare Hukuku (Administrative Law)*, 10th Edition, Ankara 1997, p.39; GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku (Administrative Law)*, 4th Edition, Ankara, 1999, p.45-50.

¹⁵ The same provision can be found in Russian Constitution in article 3/2 "The people of the Russian Federation shall exercise their power directly, and also through organs of state power and local self-government."

Sometimes it is possible to terminate the powers of local governmental organs prematurely. For instance it can be performed within the exclusive jurisdiction of the Senate in accordance with the law (Ar. 55/4). In addition, the operations of all ministries, central and local executive bodies are managed by the Government (Ar. 66/6). At the same time, enforcing force of acts of them are repealed or suspended, entirely or partially by the Government (Ar. 66/7). These powers can be obstacles in way of local democracy in many a time.

Constitution amendments in 1995 provides that the local councils can express by a two-thirds vote no confidence in their Akim. The president also has the power to annul or revoke decisions of local councils. An Akim has the power to control budgetary decisions of the local council. The Akim also can reverse budgetary decisions of the local Councils¹⁶. Now, after expansion of his presidential powers by a decree, the president can appoint administrative heads of regions and cities¹⁷.

Today, administrative divisions of Kazakhstan is as follows: In principle, administrative divisions have the same names as their administrative centers¹⁸, exceptions have the name of administrative center following in parentheses. Kazakh and Russian Governments agreed in 1995 that Russia would lease for a period of 20 years an area of 6,000 sq kms enclosing the Bayqongyr (Baykonur) city, space launch facilities.

The Federal Law on the General Principles of Organization of local self-administration in the Russian Federation, similar in Kazakhstan, strengthens vertical integration. This sort of integration can cause to weaken democracy and the rule of law in their territories. A power in controlling federal-regional legal coordination and resolving federal-regional legal disputes has many risks. This can result injecting politics into constitutional, administrative and legal interpretation of issues of local administrations¹⁹.

As it can be seen explicitly, local administration has been a kind of local

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Other expanded powers of President are: to make constitutional amendments, to appoint and to dismiss the government, dissolve Parliament, call referenda at his discretion.

¹⁸ Seventeen oblyses (oblystar): Almaty, Aqmola (Astana), Aqtobe, Atyrau, Batys Qazaqstan, Bayqongyr, Jambyl (Taraz), Jezkazgan, Kokshetau, Mangghystau (Aqtau), Ongtustik Qazaqstan (Shymkent), Pavlodar, Semypalatinsk, Qaraghanda, Qostanay, Qyzylorda, Shyghys Qazaqstan (Oskemen), Solustik Qazaqstan, Taldyqorgan, Torgay. In addition, Almaty and Astana have both special status; Kazakhstan Ülke Raporu (Kazakhstan Country Report), TC. Dışişleri Bakanlığı (Ministry of Foreign Affairs), Publications of TİKA, Ankara, p.21.

¹⁹ Ibid.

government in Kazakh Constitution. But, it is very far from being an effective and real local government form, since it is only endowed powers in a narrow limited area. So, local government has a wide mean with politico-technique concept, in contrast to common understanding of local administration. It should be remembered that local governments which have local executive organs to perform their powers to ensure public service which can be described as collective, permanent necessities when they are unsatisfied can cause destruction of peace in society²⁰. Thus, it can be said that because of being under great powers of central administration, Kazakh local structure can be named as a narrow local administration.

CONCLUSION

As a result, separation of power prescribed by constitution of Kazakhstan is not in practice exactly at the present situation. Kazakhstan as a multi-ethnic, secular, social and unitary state needs time to perform democracy in local administration and in local government. Multiethnic structure, political chaos and Soviet communist inheritance cause centralist administrative structures. Putin's politics in Russia and federal governments and as well as affects of Russia on former Soviet countries may lead an autarchic and authoritarian regimes at least for a near future. With a foreseeing, this concludes that local administrations will go on legal papers, but not in practice.

Kazakhstan follows the same way with other former Soviet countries: strong state, strong administration. Russian political philosophy which formed of a series of politic traditions of statism, collectivism, paternalism may affect Kazakh administrative structure as in old days has affected Kazakh administrative system in the same way. However, indispensable universal values that are chosen as an ideal, of freedom, democracy, and the rule of law can not be given up by Kazakhstan in any way.

It can be said that Kazakh administrative structure and control mechanisms on administration have been affected by former Soviet administrative structure on a large scale. Enormous power of President and narrow competence of Akims which are governors, in practice, show "rule of power" in Kazakhstan. Very strengthened President has capable of eclipsing the executive powers, even though they have elected by the people. Dismissals by president may be a peril on local administrations when it has been thought with "de facto" powers.

²⁰ ÖZAY, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 1996, p. 180-181.

TÜRK ANAYASA YARGISINDA YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

*Yrd.Doç.Dr. Emin RUHİ**

I. Giriş

Türk anayasa yargısında yürürlüğün durdurulması konusu son derece tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide, yürürlüğü durdurma yetkisinin gerekliliği konusunda büyük oranda görüş birliği bulunmakla birlikte¹, pozitif hukuk çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin -1993'ten beri fiilen kullandığı- bu yetkiye sahip olup olmadığı konusunda birbiriden çok farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı bu yetki anayasal bir yetki midir? Ya da Anayasa Mahkemesi'nin başvurmak zorunda kaldığı bu yetki, hukuk devleti ilkesinin sağlanması amacıyla yöneliktir diyebilir miyiz? Yoksa, hukuk devleti ilkesinin zorlanması anlamını mı taşımaktadır? Hatta, Anayasa Mahkemesi sahip olmadığı bir yetkiyi mi kullanmaktadır? Aşağıda bütün bu sorulara yanıt aranacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 1993 yılına kadar yürürlüğün durdurulması konusunda kendini yetkisiz görürken, bu tarihten itibaren içtihat değiştirerek yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Öğretide ise, genel olarak konuya üç ayrı yaklaşım olduğunu söyleyebiliriz. Birinci grup, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda kendini yetkili kılarken ortaya koyduğu bütün gerekçeleri tamamen benimseyerek -hatta bu yapılırken bazen gerekçeleri inceleme gereksinimi dahi duyulmamaktadır- Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılırken, diğer bir grup Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu gerekçeleri -çoğunlukla inceleyerek- eleştirmekte ve sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü reddetmektedirler. Üçüncü bir grup ise, genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yetkisini kabul etmese de, bir defa uygulanmakla hükümleri sona eren ve telafisi imkansız zararlar doğuran durumlar

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ İstisna olarak bu yetkinin Anayasa'nın 153. maddesinde yapılacak bir değişiklikle yasaklanmasını isteyen görüşlere de rastlanmaktadır. Kemal GÖZLER, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, Ekin Kitabevi Y., Bursa 2001, s.98

karşısında bu yetkinin istisnai olarak kullanılabileceğini savunmaktadırlar. Bu çalışmada ise, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak ortaya koyduğu gerekçeler incelenmekte; yukarıdaki yaklaşımlardan farklı olarak gerekçelerin büyük çoğunluğuna katılmanın mümkün olunmamasına karşın, sonuçta Mahkeme'nin kullanmak zorunda kaldığı bu yetkinin meşru olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu amaçla öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma konusunda red yönünde verdiği kararlar -1993 öncesinde- ile kabul yönünde verdiği kararlarda ortaya koyduğu gerekçeler ele alındıktan sonra, öğretildeki yaklaşımlara ve kendi değerlendirmelerimize yer verilecektir.

II. Anayasa Mahkemesi'nin Yetkisiz Olduğu Yönündeki İhtihatları

Anayasa Mahkemesi, daha önceleri “yürürlüğün durdurulması” istemiyle yapılmış başvuruları (üç kez) reddetmiştir. Mahkeme'nin bu istemleri reddederken ileri sürdüğü gerekçe, gerek Anayasa, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasası'nda “yasaların yürürlüğünün durdurulması” konusunda tanınmış bir yetkinin bulunmaması idi².

Anayasa Mahkemesi bu konuya ilişkin ilk kararını, “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın Ölüm Cezaları'nın Yerine Getirilmesine Dair” 17.3.1972 tarih ve sayılı Yasa'nın iptali istemiyle açılan davaya ilişkin olarak vermiştir³. Anayasa Mahkemesi özetle:

“Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir yasanın yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesine ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini düzenleyen 44 sayılı kanun'da yer alması sonucuna varılacaktır. Anayasa Mahkemesine ne Anayasa ile ne de 44 sayılı kanunla böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu ortadadır... Anayasa Mahkemesinin denetimini yaptığı yasanın nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisi yorum ve kıyaslamaya giderek, yasaca verilmemiş böyle bir yetki ile donatılmasına imkan yoktur”⁴

kararına varmıştır.

² E:1972/13, K:1972/18, KT:6.4.1972; E:1977/60, K:1977/81, KT:24.5.1977; E:1985/659, K:1985/4, KT:1.8.1985. İlk ikisi oyçokluğu ile sonuncusu oybirliği ile alınmıştır. Bu kararlara ilişkin bkz. İlyas DOĞAN, *Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:5, İstanbul 1997, s.218-226; Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Y., İstanbul 2001, s.515-516

³ AYMKD, S.10, s.273-317

⁴ AYMKD, S.10, s.281 vd.

Karara muhalif kalan üyelerin karşı oy yazılarında:

“Anayasamızda açılan iptal davaları üzerine, iptali istenen yasa hükmünün uygulanmasının durdurulmasına Anayasa Mahkemesince karar verilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Bu nedenledir ki maddi anlamdaki, yani genel ve objektif kurallar koyan yasalar hakkında böyle bir görev ve yetkinin varlığının söz konusu edilmeyeceği kuşkusuz olmakla birlikte, Anayasamızda aynı konuda engelleyici veya yasaklayıcı bir hüküm yer almamış olması nedeni ile ... biçimsel yasaların konuları bakımından, yerine getirilmeleri halinde artık geriye dönüşü olmayan kişisel bir sonuç doğurmaları olasılığı varsa, bunların uygulamalarının bir süre durdurulmasına karar verme görev ve yetkisinin esasen var olduğunu kabul zorunlu olmaktadır. Kaldı ki bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeni ile iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasamızın daha hafif sonuçlar doğuracak olan, iptali dava edilen yasa kuralının uygulanmasını, belli ve istisnai durumlarda bir süre için erteleme yetkisinin öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü az, aksini gerektiren bir hüküm ve neden olmadıkça bütünleştirdiği çoğun içerisinde her zaman vardır.

Anayasamızın özellikle sözü ile sustuğu ve fakat özü ile çözdüğü veya uygun bulunduğu bu konudaki sorunu içtihat yolu ile de bir sonuca bağlamak Anayasa Mahkemesinin görevleri arasındadır. Yasalarda boşluk olan yerlerde, hukukun üstün kuralları, mahkemelerin vicdani kanıları ile oluşacak olan içtihatlarında uygulama yeri bulmalıdır”⁵

denilmektedir.

Özetle, Anayasada “yasaklayıcı bir hüküm olmaması nedeniyle” Anayasa Mahkemesinin genel ve objektif kural koyan yasaları olmasa da, uygulanmakla geriye dönüşü olmayan ve kişisel sonuç doğurabilecek konularla ilgili olarak böyle bir yetkiyi kullanabileceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğün durdurulmasının reddine ilişkin ikinci kararını, Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Değiştirilmesine İlişkin 4.4.1977 tarih ve 643 sayılı Meclis kararının iptaline ilişkin olarak vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da, ilk kararındaki gerekçeleri tekrarlayarak yetkisiz olduğu sonucuna ulaşmıştır⁶. Bu karar da oyçokluğu ile alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin üçüncü red kararını ise, 1982 Anayasası döneminde yabancılara mülk satışı konulu yasaya ilişkin olarak ver-

⁵ Recai Seçkin, Kani Vrana, Şevket Müftügil, Avni Givda ve Ahmet Akar’ın karşı oy gerekçeleri için bkz. AYMKD, S.10, s.294-311

⁶ AYMKD, S.15, s.358-382

miştir⁷. Anayasa Mahkemesi bu kararında da⁸ söz konusu yetkinin Anayasa-sada açıkça tanınmadığını, ayrıca bu yetkinin “yargı denetimi kavramı” kapsamında da değerlendirilemeyeceği, çünkü bu yetki kullanımının çok ağır ve önemli sonuçlar doğuracak nitelikte olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, söz konusu yetkinin bir yargılama usulü sorunu olarak değerlendirilmesi durumunda da -usul kuralları kamu düzeninden olduğu içindir ki- içtihat yoluyla usul kuralı oluşturulamayacağından, 2949 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”da da böyle bir yetkinin tanınmamış olması nedeniyle bu yetkiye başvurulamayacaktır⁹.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Yetkili Olduğu Yönündeki İctihatları ve Öğretideki Değerlendirmeler

Ancak, Anayasa Mahkemesi son yıllarda “Anayasal denetim yetkisinin” yürürlüğün durdurulması yetkisini de içerdiği yönünde geliştirdiği içtihadıyla aksi yönde kararlar vermeye başlamış bulunmaktadır¹⁰. Anayasa Mahkemesi bu sonuca; başlangıçta oyçokluğu ile -6/5- ulaşırken, en yeni kararında

7 Tapu Kanununun 35. maddesi ile 442 sayılı Köy Kanununun 87. maddesine birer fıkra eklenmesine ilişkin 3029 sayılı Kanunun iptali istemiyle açılan dava.

8 E:1985/659, K:1985/4, KT:1.8.1985. AYMKD, S.21, s.263 vd.

9 AYMKD, S.21, s.264

10 Anayasa Mahkemesi ve yürürlüğün durdurulması konusunda geniş bilgi için bkz. İ.DOĞAN, age; İbrahim KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, Ankara 1997, 2. Baskı, s.118-123; Yılmaz ALİFENDİOĞLU, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Y., Ankara 1997, s.179-205; Ergun ÖZBUDUN, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Y., Ankara 1998, 5.Baskı, s.393-395; Zafer GÖREN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Y., İzmir 1999, 2.Bası, s.306-317; Z.GÖREN, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, *Anayasa Yargısı*-12, Ankara 1995, s.199-243; B.TANÖR/N.YÜZBAŞIOĞLU, age, s.515-518; A.Mehmet KOCAOĞLU, *Anayasa Hukuku*, Yüksek Öğretim Kurulu Matbaası, Ankara 1998, s.120-123; Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Y., Bursa 2000, s.970-976; İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, ALFA Y., İstanbul 1996, s.313-316; Zehra ODYAKMAZ, “Yürürlüğü Durdurma”, *Anayasa Yargısı*-12, Ankara 1995, s.143-170; Pertev BİLGİN, “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması”, *Anayasa Yargısı*-12, Ankara 1995, s.171-191; Vural Fuat SAVAŞ, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, *Anayasa Yargısı*-15, Ankara 1998, s.95-97; Bahadır KILINÇ, *Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Adil Yaynevi, Ankara 1997, s.110-134; Emin MEMİŞ, “Anayasa Yargısında ‘Yürürlüğü Durdurma’ Boşluğu”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 9, S.1-3, İstanbul 1995, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., s.157-177; Mithat SANCAR, “Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Anayasa Yargısı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.26, S.4, Ankara 1993, s.153-171; Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Y., 8.Bası, İstanbul 1990, s.501; Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku*, 4.Bası, Ankara 1993, s.248; Yusuf KARAKOÇ, “Türk Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Anayasa Yargısı*-13, Ankara 1996, s.284-288

oybirliği ile ulaşmıştır¹¹.

Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulmasına ilişkin ilk kararını 20.8.1993 gün ve 509 sayılı “Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”¹²ye ilişkin “yürürlüğün durdurulması” ve “KHK’nin iptali” istemiyle açılan davada vermiştir. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, davaya konu olan KHK’nin “iptaline yönelik istem karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için KHK’nin yürürlüğünün durdurulmasına ... oyçokluğu” ile karar vermiştir¹³.

Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulmasına ikinci olarak, 3974 sayılı TEK’in özelleştirilmesi Kanunu’na ilişkin olarak vermiştir¹⁴.

Mahkeme ilk kararında hiç bir gerekçeye yer vermemiş¹⁵, bunun yerine

¹¹ E:2001/382, K:2001/8, KT:14.9.2001; RG:15.9.2001, S.24524, s.27-28

¹² 509 sayılı KHK’yle posta ve telgraf dışındaki haberleşme hizmetleri PTT’den alınarak, kurulan Türk Telekomünikasyon A.Ş.’ye verilmektedir. KHK’ye göre, şirket sermayesinin % 49’u gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine devredilebilecektir. Şirket sermaye paylarının kamu kurum ve kuruluşları dışında, gerçek ve tüzel kişilere devrine yönetim kurulu kararı ve Ulaştırma Bakanı onayı ile karar verilmesi öngörülmektedir.

¹³ “509 sayılı KHK’nin dayanağı olan 3911 sayılı yetki yasası iptal edildiği için, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı uyarınca söz konusu KHK’nin iptal olasılığı güçlüdür. Ayrıca, olası bir iptal hükmünün yürürlüğe girmesine kadar, KHK’nin uygulanması durumunda, PTT’nin personeli, taşınır-taşınmaz malları, araç gereç ve cihazları ile hak, alacak ve borçlarının büyük bölümü yeni kurulan şirkete geçmiş, sermayenin % 49’luk bölümü de gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş olacaktır. Böylece, ileride giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğması sonucu yaratılabilecektir. Bu yolla belki de verilebilecek iptal kararı sonuçsuz kalacaktır” (vba). Bkz. E:1993/33, K:1993/40-1, KT:21.10.1993; AYMKD, S.29, s.562-563; Karar incelemesi için bkz. İ.DOĞAN, age, s.256 vd.; İ.KABOĞLU, age, s.119-123; P.BİLGİN, agt, s.171-191

¹⁴ E:1994/43, K:1994/42-1 KT:11.4.1994; RG:15.4.1994, S.21906, s.188-193; Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması yönünde diğer kararları için bkz. E:1994/50, K:1994/44-1 KT:10.6.1994; RG:11.6.1994, S.21957; E:1994/49, K:1994/45-1 KT:15.6.1994; RG:28.6.1994, S.21974; E:1994/63, K:1994/60-1 KT:21.7.1994; RG:23.7.1994, S.21999; E:1994/64, K:1994/61-1 KT:21.7.1994; RG:23.7.1994, S.21999; E:1994/66, K:1994/63-1 KT:21.7.1994; RG:23.7.1994, S.21999; E:1994/67, K:1994/64-1 KT:21.7.1994; RG:23.7.1994, S.21999; RG:5.8.1994, S.22012 Mükerrer, s.1-92; E:1994/70, K:1994/65-1 KT:16.8.1994; RG:20.8.1994, S.22027; Anayasa Mahkemesi’nin ileri sürdüğü gerekçelerin eleştirisi konusunda bkz. İ.H.ÖZAY, age, s.314-316; K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.970-976; M.KOCAOĞLU, age, s.120-123; Z.ODYAKMAZ, agt, s.152-160; P.BİLGİN, agt, s.178-191; B.KİLİNÇ, age, s.125-131

¹⁵ Öğretide, kararın gerekçesiz olarak yayımlanması haklı olarak eleştirilmektedir. Anayasa’nın 141. maddesine göre “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” hükmü son derece açık ve emredici niteliktedir. Ayrıca, 2949 sayılı AYM Kuruluşu

Resmi Gazete’de istemin gerekçelerine yer vermekle yetinmiştir¹⁶. Anayasa Mahkemesi gerekçelere ancak esasa ilişkin hükümlerle birlikte yer verecektir¹⁷. Aşağıda bu gerekçeler, gerekçeler doğrultusundaki görüşler ve bunlara yöneltilen eleştiriler ele alınacaktır.

1. Her ne kadar yürürlüğün durdurulması yetkisi, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da öngörülmemiş olsa da; yargı hiyerarşisi içinde bir **alt mahkemeye verilen yetkinin üst mahkemeye tanınmamış olması düşünülemez.**

Bu gerekçeye yöneltilen ilk eleştiri: Kamu hukukunda yetkisizliğin asıl, yetkinin istisna olduğu, bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’nin kendisine ayrıca ve açıkça verilmeyen bir yetkiyi kullanamayacağı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin bu yetki kullanımının mevzuat açısından meşru olmayacağıdır¹⁸.

Yöneltilen diğer bir eleştiri ise, “Bir kere **“hiyerarşi”nin hiç söz konusu olamayacağı bir düzen varsa o da “Yargı”dır...** Bu gerçek en basit usul hukuku kitaplarında bile vardır”¹⁹. Diğer yandan, Anayasa Yargısı’nda -Adli ve İdari alanlarda olduğu gibi- alt mahkemeler olmadığından Anayasa Mahkemesi’ni üst mahkeme olarak nitelemek de mümkün değildir.

2. İkinci olarak Mahkeme, **“her tür yargı organınca ‘tedbir, önleme, yürütmeyi durdurma’ biçimlerinde ifade edilen yetkinin Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılabileceğini”** belirtmektedir. Mahkemeye göre:

ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un 53. maddesinde “Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeli olarak yazılır” hükmü yer almaktadır. Eleştiri için bkz. K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.917 vd.

¹⁶ İstemin gerekçesinde: “Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da öngörülmemiş olmakla birlikte yargı hiyerarşisi içinde bir alt mahkemeye verilen yetkinin üst mahkemeye tanınmamış olması düşünülemeyeceğine göre, her tür yargı organınca “tedbir, önleme, yürütmeyi durdurma” biçimlerinde ifade edilen yetkinin Mahkemenizce de kullanılabileninden hareketle ve bu açıdan boşluk durumlarında yargıca tanınan “hukuk yaratma yetkisi”ne dayanılarak iptal davası sonuçlanana kadar, telafisi mümkün olmayan durumları önlemek amacıyla Yüce Mahkemenizce “yürütmeyi durdurma kararı” verilmelidir” denilmektedir. İstemin gerekçesi ve yürürlüğün durdurulmasına ilişkin karar 23 Ekim 1993 tarih ve 21737 sayılı Resmi Gazete’de (s.7) yayımlanmıştır.

¹⁷ Yürürlüğü durdurma kararının ayrıntılı gerekçesi ve karşı oy gerekçeleri 6 Kasım 1993 tarih ve 21750 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁸ K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.970; V.F.SAVAŞ, agt, s.97; İl Han ÖZAY, age, s.315; M.KOCAOĞLU, age, s.123; P.BİLGİN, agt, s.177 vd.; Z.ODYAKMAZ, agt, s.152 vd.

¹⁹ İl Han ÖZAY, age, s.314

“... ister özel hukuk, ister kamu hukuku uyumsuzluklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile ‘önlem (tedbir)’ yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur. Gerçekten de her hukuk alanında yargılamanın amacına ulaşılabilmesi için farklı adlar altında çeşitli koruma önlemleri getirilmiştir. ‘ihtiyati tedbir’ (HUMY/m.101 vd.), ‘ihtiyati haciz (İİY/m.257 vd.), ‘yürürlüğü durdurma (İYUY/m. 27) bu önlemlere örnek gösterilebilir. Anayasa yargısı yönünden de bunun kabulü kaçınılmazdır”²⁰.

Bu düşünce tarzı da eleştiriye açıktır. Belirtelim ki, mahkemeler söz konusu tedbirlere yargılama usulü kanunlarında açıkça yetkili kılındıkları için başvurabilmektedirler. Oysa, Anayasa Mahkemesi’ne bu konuda yetki veren kanun bulunmamaktadır²¹.

Özay’a göre de: “Bu teorik olarak doğrudur, ama hangi mahkeme sözkonusu ise ona ilişkin yargılama hukuku kuralları öngörüldüğünden bu tür yetkiler vardır, öngörülmemiş olsa kullanılamaz. Örneğin, “men’i müdahale” hukuk usulü, “tutuklama” da ceza yargısına ilişkin kurumlardır ve bunların her ikisi de İdari Yargı alanında bulunmadığından ne bölgedeki ilk derece mahkemeleri ne de Danıştay bu tür önlemlere başvuramazlar. Öte yandan Anayasa “yürütmenin durdurulması”nı öngördüğü ve İdari Yargılama Usulü Kanunu da bu kurumu düzenlediği için böyle bir yetki kullanılabilen, Amerikan hukukuna özgü “injunction” yani “yargısal buyruk” bizim düzenimizde hiç bir yasal düzenlemede yer almadığından, ne denli gerekli olursa olsun uygulanmamaktadır”²².

3. Anayasa Mahkemesi’ne göre, bir yasayı iptal edebilme yetkisine sahip olan organın, o yasanın yürürlüğünü durdurabilme yetkisine de sahip olduğunun evleviyetle kabulü gerekir. Diğer bir ifadeyle, çoğu yapmaya yetkili olanın azı da yapmaya yetkili olduğu -argumentum a maiore ad minus- ilkesi savunulmaktadır²³. Mahkemeye göre:

“Bir yasanın Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi’ne tanıyan Anayasa ve Yasakoyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. Çoğun içinde tersine hüküm ve neden olmadıkça, az her

²⁰ AYMKD, S.29, s.576

²¹ Aynı yönde eleştiri için bkz. Z.ODYAKMAZ, agt, s.153; K.GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.973; B.KILINÇ, age, s.131

²² İl Han ÖZAY, age, s.314-315

²³ Evleviyet kuralına ilişkin geniş bilgi için bkz. Adnan GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s.81-82; K.GÖZLER, *Hukuka Giriş*, s.250 vd.

zaman vardır”²⁴.

Gözler’in de haklı olarak belirttiği gibi, bu ilke her zaman, her konuda başvurulabilecek bir ilke değildir. Özellikle kamu hukuku alanında bu ilkeye başvurulamaz. Çünkü, bütün kamu hukuku organları kural olarak yetkisiz organlardır; kendilerine ayrıca ve açıkça verilmeyen yetkiyi kullanamazlar²⁵. Aksi düşünce bizi yalnız sonuçlara götürecektir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi ”Ben yüce divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı bile yargılayabiliyorum, dolayısıyla diğer bütün vatandaşları evleviyetle yargılayabilirim” diyebilir mi? Elbette hayır²⁶.

4. “Dava” kavramı içerisinde yürürlüğün durdurulması yetkisi de vardır. Ayrıca, yürürlüğün durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasını oluşturmaktadır. Mahkemeye göre:

“... Dava kavramı içinde yürürlüğün durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü ‘yargı yetkisinin etkili kullanılması’yla bağdaşmaz”²⁷.

Yürürlüğü durdurma kararının, son kararın verilebilmesi için çözülmesi gereken bir ön mesele olmadığı, bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’nin - yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması gibi bir gerekçeyle- böyle bir yola başvuramayacağı haklı olarak ifade edilmektedir²⁸.

5. Anayasa Mahkemesi’ne göre, yetkili olmak için, yetkinin tanınması

²⁴ AYMKD, S.29,C.1, s.577

²⁵ K.GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.873; 973-974; P.BİLGİN, agt, s.179

²⁶ Gören bu konuda aksi düşüncededir: “Yüce divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı, bakanları yargılama yetkisi ile donatılmış olan Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip bulunmadığını benimseyen bir anlayış dayanaktan yoksundur”. Z.GÖREN, age, s.312

²⁷ AYMKD, S.29,C.1, s.575; Gören de Anayasa Mahkemesi’nin bu düşüncesine katılmaktadır: “Yürürlüğü durdurma kararı Anayasa Yargısında da asıl davaya ilişkin yetkilerin dışında düşünülemez ve son kararı vermeye yetkili olma yürürlüğü durdurma kararını vermeye yetkiyi de içerir. Yürürlüğü durdurma kararı bir yargılama çeşidi olmaktan çok asıl dava kararına hizmet eden onu hazırlayan ve geç kalmaktan doğacak tehlikeleri önlemeye yönelik ‘yargılamanın bir bölümünü’ oluşturmaktadır... Bütün bunların dışında yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi yargı erki içinde bulunmaktadır ve yargılama yetkisinin doğal bir sonucudur”. Z.GÖREN, age, s.316

²⁸ Bu konuda bkz. P.BİLGİN, agt, s.180; K.GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.972-973

şart olmayıp, yetkinin yasaklanmaması önemlidir²⁹. Mahkeme bu konuda:

“Anayasa Mahkemesi kararını verirken, bu yetkinin kendisine tanınmış tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır”³⁰

görüştüğüdür.

Daha önce de ifade edildiği gibi, kamu hukuku alanında kişi ya da organlar kendilerine ayrıca ve açıkça verilmeyen yetkileri kullanamazlar³¹. Bunun aksini düşünmek, bizi özgürlükçü bir yapıdan baskıcı bir yapıya götürecektir³².

Ayrıca, Anayasa'nın “Mahkemelerin kuruluşu” başlığını taşıyan 142. maddesinde “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” denilerek, mahkemelerin yasada yer almayan yetkileri kullanamayacağı açıkça belirtilmek istenmektedir. Bu konuda, bizden farklı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 32. maddesinde yürürlüğün durdurulması yetkisini veren bir düzenleme bulunmaktadır³³.

Özay'a göre, **anayasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin düzenlendiği yasa ortadayken yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi, “Anayasaya rağmen” bir yetki kullanımıdır.** Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması kararını verebilmesi için anayasa ya da yasa tarafından bu konuda açıkça yetkili kılınması, bu

²⁹ Gören de Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesine katılmaktadır: “Anayasa Mahkemesi haklı olarak pozitif hukuk tarafından yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin tanınmış tanınmadığına değil Anayasa ve ilgili yasa kurallarının bunu engelleyen kurallar içerip içermediğine önem vermiştir”. Z.GÖREN, age, s.316

³⁰ AYMKD, S.29, s.579

³¹ P.BİLGİN, agt, s.179-180; K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.873

³² “Liberal bir kamu hukuku sisteminde bunun başka türlü olması da mümkün değildir. Böyle bir sistemde kamu hukuku alanında bireylerin özgür olması asıl, kamu organlarının yetkisi ise istisnadır. Kişilerin özgür olması için bunun ayrıca ve açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Kamu organlarının yetkili olmaları için ise, bunun ayrıca ve açıkça belirtilmesine gerek vardır. Bireyler, yasaklayıcı bir kural olmamak şartıyla dilediklerini yapmakta serbesttirler. Ancak kamu makamları kendilerini açıkça yetkilendiren bir kural olmadıkça hiçbir şey yapamazlar. İşte bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki argümanı sadece yanlış değil, aynı zamanda tehlikelidir de. Çünkü, bu argüman, kamu makamlarının yetkili olmasının asıl, yetkisizliğinin ise istisna olduğu bir sistemi temel almaktadır ki, bu sistem totaliter bir sistemden başka bir şey değildir”. K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.975-976

³³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. İ.DOĞAN, age, s.62 vd.; Z.GÖREN, agt, s.228 vd.

konuya ilişkin düzenleme yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi açıkça sahip olmadığı bir yetkiyi (AY'nın 6. maddesi gereği) içtihat yoluyla ihdas edemeyecektir³⁴.

V.Savaş da, anayasal düzeyde açık bir yetki bulunmadığı sürece, Anayasa Mahkemesi'nin sahip olmadığı bir yetkiyi kullanamayacağı, aksi halde, bunun hukuka uygun olmayacağı düşüncesindedir. Yazara göre, "Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması kararı, Anayasa Mahkemesi'ni TBMM'nin üstünde ve onun iradesini kısıtlama gücüne sahip bir konuma getirir. Bu Anayasa'nın ... 6. maddesine (hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz) aykırı olduğu gibi, Başlangıç'ta yer alan "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu"nu belirten temel ilkesine de" aykırıdır³⁵.

Karara muhalif kalan üç üye -Oğuz Akdoğanlı, Haşim Kılıç ile Mustafa Bümin- de aynı görüştedir: Hem Anayasa'da hem de Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğün durdurulması yetkisini veren bir düzenleme bulunmaması ve Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmü gereği Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yetkiye sahip olmaması nedeniyle kullanamayacağını ileri sürmüşlerdir.

6. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasalarda açık hükümler bulunmaması (yasal boşluk) durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir yöntemdir.

Mahkeme, Anayasa'da yürürlüğün durdurulması konusunda Anayasal bir boşluk olduğunu kabul ederek, yargıcın, Anayasa'nın 138. maddesine göre "hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre" karar verme ve Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca hukuk yaratarak yasal boşluğu doldurma yönündeki kuralları, bu kararına dayanak yapmaktadır³⁶. Mahkeme'ye göre:

"...Yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması için kuşkusuz ideal olan

³⁴ İl Han ÖZAY, age, s.315; Z.ODYAKMAZ, agt, s.153; Öğretideki diğer karşıt düşünceler için bkz. İ.DOĞAN, age, s.226-230

³⁵ V.F.SAVAŞ,agt, s.97

³⁶ Gören de Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne katılmaktadır: "Anayasa Mahkemesi kararında haklı olarak M.K. Md. 1'e yollama yapmıştır. Bu maddc yargıca açıkça boşluk doldurma yetkisini tanımaktadır. Bu kural bir **genel hukuk ilkesi** olarak kabul edilmek gerekir. Her yasa gibi Anayasa da onu uygulayan organlar tarafından yorumlanabilir, boşlukları doldurulabilir ve buna gereksinmesi vardır". Z.GÖREN, age, s.315

bunun Anayasa ya da yasalarda açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa'da bu konuda herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda bir boşluk olduğu açıktır. Yasalarda açık hüküm bulunmaması durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür. Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında, bu görüşe uygun biçimde yargıçların Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak 'vicdani kanaatlerine göre' hüküm verecekleri belirtilmiştir. Genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasa'nın 1. maddesinde hakkında hüküm bulunmayan meselelerde hakim, örf ve adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi, bu meseleye nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre hükmeder ilkesi yer almıştır. Bu kuralın ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür dallarında da geçerli olduğu görüşünü Anayasanın 138. maddesi de desteklemektedir³⁷.

Belirtelim ki, "yürürlüğü durdurma" konusu usule ilişkin bir sorundur. Anayasa'ya göre, anayasa yargısı çalışma ve usulleri kanunla düzenlenebilir. Bu nedenle, "yargıcın hukuk yaratması" yetkisi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde usul hukukuna ilişkin olarak kullanılamamaktadır. Bu ülkelerde "usul kuralları kamu düzenindedir" ve bu nedenle de anayasa gereği, "Hukuk", "Ceza" veya "İdari Yargılama Usulü" gibi ayrı ayrı yasalar düzenlenmiştir. Anayasa Yargısı açısından usul kurallarına gelince, 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"da ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır³⁸.

Kaldı ki, yürürlüğün durdurulması konusunda anayasal boşluk bulunduğu yönündeki düşünce doğru da değildir³⁹. Çünkü, 1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi tartışmalarında bu konu gündeme gelmiş fakat kabul edilmemiştir⁴⁰. Bu nedenle, asli kurucu iradenin unutkanlığından söz edilemez. Asli kurucu irade bilinçli olarak Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda yetki vermemiştir. Dolayısıyla, yargıcın hukuk yaratması yetkisininin kulla-

³⁷ AYMKD, S.29, s.577

³⁸ İl Han ÖZAY, age, s.315

³⁹ Öğretide, 1982 Anayasası'nın **kazuistik metoda** göre hazırlandığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Z.GÖREN, age, s.75; E.ÖZBUDUN, age, s.35; K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.99.; Kazuistik metoda göre, kanun koyucu kanun yaparken ortaya çıkabilecek bütün durumları göz önünde tutarak her muhtemel olay için bir çözüm getirmeye çalışmaktadır. Dolayısıyla, her şey öngörülmüştür ve boşluk kabul edilmez. Kazuistik metoda ilişkin geniş bilgi için bkz. A.GÜRİZ, age, s.63-64; K.GÖZLER, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa 1998, s.206

⁴⁰ İl Han ÖZAY, age, s.315

nabilmesi için zorunlu olan yasal boşluk (kural dışı boşluk ya da extra legem boşluk) durumu söz konusu değildir⁴¹.

Diğer yandan, idari yargıya hem Anayasa’da hem de Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa’da bu konuda yetki verilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne ise, ne Anayasa’da ne de Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2949 sayılı Yasa’da bu konuda yetki verilmemiştir. Hatta, Anayasa’da Mahkeme kararlarının “geriye yürümezliği” kuralıyla “yürürlüğün durdurulması”na doğru bir olasılığın önlenmesi amaçlanmıştır⁴². Özay’a göre, bu durumda “Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulması sadece bir “wishful thinking” yani “**olmasını arzu ettiğimiz yönde düşünme**”den başka birşey değildir”⁴³.

Ayrıca, özel hukuk alanında yasal boşluğun olabileceği, eğer varsa bu boşluğun MK 1. madde gereğince tamamlanabileceği düşüncesi doğru olmakla birlikte, bu düzenlemenin kamu hukuku alanında geçerli olamayacağı ileri sürülmektedir. Bizce de doğru olan bu düşünceye göre, kamu hukuku alanında “yetkisizlik asıl yetki istisna” kuralının geçerli olması nedeniyle, bir konuda düzenlemenin olmaması o konuda boşluk olduğu anlamına gelmeyip o konuda yetki verilmek istenmemesi anlamına gelmektedir⁴⁴.

41 “Yargıcın hukuk yaratması”nın koşulları hakkında bkz. A.GÜRİZ, age, s.67 vd.; K.GÖZLER, **Hukuka Giriş**, s.275 vd.

42 Bu konuda Özbudun da aynı yönde düşünmektedir: “Bizce, gerek değişik 1961 gerek 1982 Anayasalarında, Anayasaya aykırı bulunan kanunun, iptal anında değil, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı anda yürürlükten kalkması; hatta Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırılması, Anayasa koyucunun, kamu düzeni düşüncesiyle, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir kanunun bile bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkan vermiş olduğunu göstermektedir. Bu durumda Anayasa koyucunun, Anayasaya aykırılığı henüz hükme bağlanmamış bir kanunun yürürlüğünün durdurulması yetkisini Anayasa Mahkemesine vermek istememiş olduğu sonucuna varılabilir”. E.ÖZBUDUN, age, s.395

43 İl Han ÖZAY, age, s.315

44 “O halde, Anayasa bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine vermemişse, bu Anayasada boşluk olduğu anlamına değil, Anayasa Mahkemesinin yetkisiz olduğu anlamına gelir.

Diğer yandan Anayasada boşluk olamayacağı gibi, böyle bir sözde boşluğu Anayasa Mahkemesi doldurmaya da yetkili değildir. Özel hukukta hakimnin böyle bir boşluğu doldurabilmesinde problem yoktur; çünkü Medeni Kanun hakimi bu konuda açıkça yetkilendirmiştir. Anayasa hukukunda ise Anayasa Mahkemesini bu konuda yetkilendiren hiçbir hüküm yoktur.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 138’inci maddesinde yer alan hakimlerin ‘vicdani kanaatlerine göre’ hüküm verecekleri kuralını böylesine yanlış bir şekilde anlaması hayret vericidir”. K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.974-975; Ayrıca bkz. P.BİLGİN, agt, s.178

7. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasanın 152. maddesinde öngörülen düzenleme ile itiraz yoluna başvuran mahkeme, davayı Anayasa Mahkemesi kararına kadar geri bırakmaktadır ki, bu da bir tür yürürlüğün durdurulmasıdır. İlk derece mahkemelerinin kimi zaman tek yargıcına tanınan bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmaması düşünülemez.

Öğretide, Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu bu gerekçe de, söz konusu durumun yürürlüğün durdurulması olmayıp bir "bekletici sorun" olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir⁴⁵.

Diğer yandan, Bilgen'in de haklı olarak belirttiği gibi: "Tek hakimli sulh hukuk mahkemeleri bir taşınmazın tahliyesine, bir asliye hukuk mahkemesi bir borcun ödenmesine karar verebilir ama Anayasa Mahkemesi her iki kararı da veremez"⁴⁶. Çünkü, kamu hukukunda yetkisizlik asıl yetki istisna kuralı geçerlidir ve Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yetkiyi kullanabilmesi için o yetkinin kendisine verilmesi gerekir.

8. Yürürlüğü durdurma kararının, "kamu yararını" ve "kamu düzenini" kollayıp gözeten niteliği de, Anayasa Mahkemesi'nin yargılamalarında gerektiğinde bu önleme başvurusunu zorunlu kılar. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verip bu karar yayımlanıncaya kadar, kurallar Anayasa'ya aykırı niteliğiyle yürürlüğünü ve kamu yararı açısından olumsuz etkisini sürdürebilir. Bu durumda, kamu yararını kollamak ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durumların ortaya çıkmasını önlemek için yürürlüğü durdurma yetkisinin kullanılması gerekmektedir.

9. Anayasa Yargısının amacı, anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesinden geçmektedir.

Bu gerekçeleri sıralayan Mahkeme: "Anayasa Mahkemesi, iptal kararı verip yayımlanıncaya kadar, kurallar Anayasa'ya aykırı niteliğiyle yürürlüğünü ve kamu yararı açısından olumsuz etkisini sürdürür. Bu durumda, kamu yararını kollamak ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durumların ortaya çıkmasını önlemek için yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması gerekir" diyerek 3974 sayılı Yasa'nın yürürlüğünün durdurulmasına oyçokluğu ile karar vermiştir⁴⁷.

Karara muhalif kalan İki üye -Yekta Güngör Özden, Yılmaz Aliefendioğlu- ise, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulmasına

45 P.BİLGİN, agt, s.180

46 P.BİLGİN, agt, s.181

47 E:1994/43, K:1994/42-1 KT: 11.4.1994; RG:15.4.1994, S.21906

karar verebileceğini kabul etmekle beraber, “Anayasa’ya aykırılığı açıkça anlaşılamayan konularda kullanılmasının” uygun olmayacağı düşüncesindedir.

Öğretide de daha yaygın olan düşünce bu yöndedir; Anayasaya aykırı yasaları iptal etmeye yetkili olan Mahkemenin, yürürlüğünü geçici bir süre için durdurmaya da yetkili olduğu, ancak bu yetkinin kullanılması için; “Anayasaya açıkça aykırılık” durumunun da gözetilmesi gereği ileri sürülmektedir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında Anayasa’ya “açıkça aykırılık” kriterini de kullanmaya başlamıştır⁴⁹. Nitekim, Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulmasına ilişkin en yeni kararında (14.9.2001) “Anayasa’ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunan” yasa maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına **oybirliği** ile karar vermiştir⁵⁰.

IV. Sonuç Yerine: Hukuk Devletinde Etkili Bir Yargı Denetimi

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin kararına dayanak yaptığı - yukarıda ele alınan- gerekçelerin büyük bir kısmına katılmak mümkün değildir⁵¹. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye başvurabilmesi için bu kadar gerekçe göstermesi de gerekmemektedir.

Ancak belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi esasen amacında haklıdır; yargısal denetimin etkili ve anlamlı kılınabilmesi için gereksinim duyduğu, son

⁴⁸ Bkz. İ.KABOĞLU, age, s.122; Y.ALİFENDİOĞLU, age, s.187; İ.DOĞAN, age, s.300; Z.GÖREN, age, s.311 ; M.SANCAR, age, s.159 ; M.SOYSAL, age, s.384; Ş.GÖZÜBÜYÜK, age, s.248; E.MEMİŞ, age, s.160

⁴⁹ Bkz. E:1996/23, K:1996/5-1), (E:1996/61, K:1996/6; E:1996/58, K:1996/7, AYMKD, S.32, C.2, s.512, 568, 575, 578

⁵⁰ 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı “Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 3. maddesinin, Anayasanın 170. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle Cumhurbaşkanı tarafından açılan davada Mahkeme, söz konusu 3. maddenin, Anayasa’ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına oybirliği ile karar vermiştir. E:2001/382, K:2001/8, KT:14.9.2001; RG:15.9.2001, S.24524, s.27-28; **Belirtelim ki kararın oybirliği ile alınması önemli bir gelişmeyi ifade etmektedir.**

⁵¹ Ancak belirtelim ki öğretilerde aksine görüşler de bulunmaktadır. TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU’na göre AYM’nin gerekçeleri hukuksal açıdan son derece güçlü ve tutarlıdır. “Kanımızca, AYM, bizimde katıldığımız bu kararla anayasa yargısına önemli katkıları olacak bir kapıyı açmıştır. AYM’nin, 1982 Anayasasının bu kararın alınmasını zorlaştıran pozitif metnini aşmak için kullandığı gerekçeler, son derece güçlü ve tutarlı hukuki gerekçelerdir”. B.TANÖR/N.YÜZBAŞIOĞLU, age, s.517

derece gerekli böyle bir yetki konusunda Anayasa koyucunun pasif tutumu, böyle bir yola başvurulmasını meşrulaştırmaktadır. Aşağıda bu durum daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1. Anayasa Mahkemesi'nin Cumhuriyetin temel niteliklerinin yer aldığı Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesi ile "Anayasanın üstünlüğü" ilkesinin düzenlendiği 11. maddesinden hareketle yürürlüğü durdurma yönünde geliştirdiği içtihadı son derece yerinde buluyoruz⁵².

Anayasa Mahkemesi'nin haklı olarak ifade ettiği gibi, "**Anayasa yargısı, yasama organını anayasal sınırlar içinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür. Demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisiyle donatılmasını zorunlu kılmaktadır**"⁵³ (vba).

Belirtelim ki, Yasa koyucu "Anayasaya aykırılığı nedeniyle" Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilmiş konuları, kısa sürelerle tekrar tekrar yasalaştırmış ve uygulamaya koymaya çalışmıştır. Örneğin, kamuoyunda "Süper Emeklilik" olarak adlandırılan konuda bir-iki yıllık aralıklarla tam yedi yasa yapılmıştır⁵⁴. Anayasa Mahkemesi, öngörülen emekliliği her defasında aynı gerekçeyle; imtiyaz teşkil etmesi gerekçesiyle iptal etmiştir. Ancak, iptal kararı yayımlanıncaya kadar pek çok kişi bu imtiyazlı durumdan yararlanmıştı.

Anayasa Mahkemesi, haklı olarak bu konuda "Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırılığı saptanmış kuralların aynı amaç doğrultusunda yeniden yasalaştırılmasının, **kararı etkisizleştirmek** anlamına" geleceğini ifade etmektedir⁵⁵. Bu nedenle, Yasama organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yeni yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları aynen yasalaştırmamak yüküm-

⁵² Kaboğlu'nun ifade ettiği gibi, "Anayasa Mahkemesi, içtihadı yetki yoluyla verdiği yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararının gerekçesini, hukuk devleti, hak arama özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü kavramları bağlamında formüle etmiştir". İ.KABOĞLU, age, s.120-121

⁵³ E:1994/43, K:1994/42-1 KT: 11.4.1994; RG:15.4.1994, S.21906

⁵⁴ 7.5.1986 tarih ve 3284 sayılı Yasa; 21.4.1988 tarih ve 3430 sayılı Yasa; 26.10.1990 tarih ve 3671 sayılı Yasa; 3.12.1992 tarih ve 3855 sayılı Yasa; 24.11.1994 tarih ve 4049 sayılı Yasa; 4.4.1995 tarih ve 4104 sayılı Yasa; 3.4.1997 tarih ve 4234 sayılı Yasalar.; Yasama'nın benzer girişimlerini; yabancılara taşınmaz mal satışına ilişkin yasalarla, Boğaz'daki kaçak yapılara imar affına ilişkin yasalarda da görmekteyiz.

⁵⁵ E:1984/9, K:1985/4, KT:18.2.1985; AYMKD, S.21, s.59

lülüğü altındadır. Bu nedenle Yasama Organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmamak durumundadır. Aykırı tutum, Anayasa'nın 153. maddesindeki Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi, 27.5.1999 tarih ve E:1998/58, K:1999/19 sayılı kararında da aynı görüşünü daha geniş bir şekilde açıklama gereksinimi duymuştur:

“153. maddenin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişilerini bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yeni yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir... İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasanın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasakoyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim de bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılmasına Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının iptal edilen kuralın aynısını veya benzerini yasalaştırması durumunda Anayasa Mahkemesi kararlarının etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir...

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasanın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik sağlanamaz. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan itiraz konusu fıkra, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen daha önceki kurallarla aynı içerikte olduğundan Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır”⁵⁷.

Bu itibarla, anayasal yargı denetiminin etkili ve anlamlı kılınabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması yetkisine sa-

⁵⁶ E:1993/26, K:1993/28, KT:16.9.1993; RG:8.10.1993, S.21722, s.41-42

⁵⁷ Resmi Gazete, 4.3.2000, Sayı 23983, s.28; Bu kararın eleştirisi için bkz. K.GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.937 vd.

hip olması gereksinimi ortadadır⁵⁸. Aksi düşünce, bu tür yasaları pratikte Anayasaya uygunluk denetimi kapsamı dışına çıkarmak anlamını taşır ki, Anayasa koyucunun amacının bu olamayacağı açıktır.

Yargısal denetimin temel işlevi ancak; yasama, yürütme ve idarenin üstün gücünün hukuk ile sınırlanması halinde gerçekleşmiş olacaktır. Devlet yetkisinin kötüye kullanılmasının, hukuk dışı eylem ve işlemlerin önüne geçilebilmesinin, diğer bir ifadeyle hukuk devletinin şartı da budur⁵⁹. Yargısal denetim işlevinin etkili bir şekilde yerine getirilebilmesi ise, Anayasa Mahkemesi'nin uygun araçlarla donatılmasına bağlıdır. Hukuk düzeninin keyfilikten arınması ve arzulan anayasal dengenin gerçekleştirilmesi ancak bu şekilde sağlanabilir⁶⁰.

İşte gelinen noktada Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulmasını "Anayasanın üstünlüğü"nü sağlamak için, yasamanın üstün gücü karşısında bir anayasal denge aracı olarak görmektedir⁶¹.

Gören'in de haklı olarak belirttiği gibi; "Böyle bir yetkinin kabul edilmemesi Anayasanın etki gücünü ve Anayasaya güveni önemli ölçüde riske

58 "Kanımca Yüce Mahkeme son yıllarda kamu düzeni, kamu yararı, adalet ve eşitlik ilkelinin ihlal edilmesi karşısında, yasamanın bir türlü sorunu anlamaya yanaşmaması üstelik verilen iptal kararlarının işlevlerinin sıfırlanması olaylarında, doğrusu doğal olarak anayasal dengelerin sağlanması yönünde yargı işlevini yerine getirmekten kaçınmazdı. Hukuka uygunluk denetimi yetkisini kullanan yargının, dengelerin bozulmasını önlemek için "eksiksiz yargılama usullerini kullanmak" zorunda kalacağı da bilinmektedir". E.MEMİŞ, agm, s.160; Aynı yönde düşünce için bkz. İ.DOĞAN, age, s.303; Z.GÖREN, agt, s.234

59 M.KOC AOĞLU, age, s.121

60 "Yargı denetimi demokratik hukuk devletinin temel bir ögesidir ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile garanti altına alınmıştır. Bu araçlarda gerçekleştirilecek her türlü sınırlama yargı denetiminin özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur... Etkili bir yargı denetimi bu Anayasanın (1982) temel yaklaşımıdır. Etkili bir yargı denetimi için iptal davası dışında, yürütmeyi durdurma önlemi en önemli araçlardan birini oluşturur. Bu yalnız idari yargı için değil, Anayasa Yargısı için de geçerlidir". Z.GÖREN, age, s.311-312

61 Anayasa Mahkemesi haklı olarak Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareketle, yürürlüğün durdurulmasını yasama ve yargı arasında anayasal dengeyi sağlama aracı olarak kabul etmektedir. "(Anayasa Mahkemesi) yürürlüğü durdurmayı hukuk devleti ilkesinin kendisine yüklediği bir görevi gerçekleştirmek üzere bulunduğu denetimin bir zorunlu sonucu olarak görmüş ve kural yaratarak kurumu anayasal sisteme kazandırmıştır... Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin zorunlu sonucu hukukun, Anayasanın üstünlüğüdür. AYM, yürürlüğü durdurmaya kendini yetkili görürken Anayasanın 2. ve 11. maddelerini bir arada yorumlamıştır. Ortada Anayasayı amacına uygun bir yorum vardır. Bu nedenle söz konusu kararları 'basit' bir boşluk doldurmanın daha ötesinde görmek gerekir". İ.DOĞAN, age, s.302

sokabileceğinden yürürlüğü durdurma kararının verilmesi, kendisini kesin bir zorunluluk olarak ortaya koymaktadır⁶².

2. Belirtelim ki, hukuk kurallarının yorumunda kullanılan mantık kuralları arasında “saçma sonuçların dışlanması argümanı” ya da “tutarsız olanla kanıt” olarak ifade edilen “argumentum ad absurdum” da bulunmaktadır. Buna göre, mantığa aykırı ve apaçık haksız sonuçlar doğuracak yorumların kabul edilemeyeceği; bu durumun söz konusu olduğu hallerde ise pozitif hukuk uygulamasının ihmal edilebileceği kabul edilmektedir⁶³. Bir başka anlatımla, bu durumda uygulanacak yorum kurallarından sadece biri akla uygun olup, diğer yorum olasılıklarının - özellikle- hukukun temel ilkelerine aykırı sonuçlara götürmesi halinde; makul olanın tercih edilmesi söz konusu olmaktadır⁶⁴.

Kanımızca, bu ilkedan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yetkiyi kullanabilmesi gerekir⁶⁵. Aksi halde bazı durumlarda iptal kararı verilmesinin hiç bir anlamı kalmayacaktır. Bu ise, Yüksek Mahkeme'nin “abesle iştiğal etme”si anlamına gelir ki, bunun da mevcut Anayasal düzenle bağdaşır bir tarafı yoktur⁶⁶.

3. Ayrıca, Yasama Organının “hakkın/yetkinin kötüye kullanılması” olarak değerlendirebileceğimiz, yukarıda belirtilen tutum ve davranışları karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkiye başvurmak zorunda kalacağı

62 Z.GÖREN, age, s.311; Aynı yönde düşünceler için bkz. İ.DOĞAN, age, s.246 vd.; Y.KARAKOÇ, agt, s.286-287

63 Bu konuda bkz. K.GÖZLER, *Hukuka Giriş*, s.252; K.GÖZLER, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998, s.181

64 Franz BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1982, s.457

65 Gözübüyük de Mahkemenin, önündeki davayı adil bir şekilde sonuçlandırma yükümlülüğünde olduğu, dolayısıyla bu amaçla gerekli gördüğü bütün önlemleri alabileceği düşüncesindedir. Bu nedenle Mahkemenin yürürlüğü durdurma kararı vermesi için yasada açık bir hükmün bulunmasına da gereksinim yoktur. Ş.GÖZÜBÜYÜK, age, s.248

66 **Bugün öğretilde egemen olan ve aynı zamanda kıta-Avrupası yorum metodu olarak kabul edilen amaçsal (teleolojik) yorum metoduna göre, hukuk normları “taşdıkları amaca, çağın gereklerine ve ortama göre” yorumlanması gerekir.** Bkz. Hakan BİRSENOĞUL, *Vergi Hukukunda Yorum*, (Yayınlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s.53; Gören'in de ifade ettiği gibi “Kendine Anayasanın hukuksal anlamının belirlenmesi görevi verilmiş bir organın özel bir fonksiyon üstlendiği açıktır. Bu organa Anayasayı sadece normal bir yasa gibi yorum yetkisi verilmemiş aynı zamanda onu geliştirme, mükemmelleştirme, kalitesini yükseltme görevi de verilmiştir... Anayasa yargısının görevi sadece Anayasanın tercümanı olmak, veya onun diğer devlet organları tarafından şekil açısından gözetilmesini denetlemek olarak anlaşılamaz”. Z.GÖREN, agt, s.209

durumlar olabilir. İşte bu zorunluluk, ıztırar halinde kalan Anayasa Mahkemesi'nin bu hareketini meşru hale getirecektir.

Medeni Kanununun 2. maddesinde “hakkın kötüye kullanılması yasağı” düzenlenmektedir. **“Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk korumaz”** şeklinde ifade edilen bu **temel hukuk kuralı**⁶⁷ gereğince, hakkını/yetkisini kötüye kullanan kişinin/organın amaçladığı sonuca ulaşması mümkün değildir. Dolayısıyla, **Yasama organının, yasa yapma konusunda sahip olduğu yetkiyi dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanmaması gereği ortadadır.** Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edileceğini bile bile, sonucu önceden belli böyle bir işi yapan Yasama'nın iyiniyet kurallarına uygun hareket etmiş olduğu söylenemez.

Bu nedenle, anayasaya aykırılığı açıkça bilinen bir konuda yasa yapmayı, bilerek ve isteyerek (kasten), inatla sürdüren bir Yasama karşısında ya da “Anayasayı bir defa delmekle bir şey olmaz” düşüncesini taşıyan bir hükümet karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkiyi kullanmak zorunda kalabileceğini, dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı bu yetkinin savunulması gereğine inanıyoruz.

4. Diğer yandan, ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri arasında sayılan **“zaruret hali”**⁶⁸ (ıztırar hali) durumunun konumuz açısından da kabulü gerekmektedir. **Anayasa Mahkemesi'nin, yürürlüğün durdurulması yetkisine gerçekten ihtiyacı olduğu halde, Kurucu İradenin bu ihtiyaca duyarsız kalması, diğer bir deyişle “görevi(ni) ihmal” etmesi, Anayasa Mahkemesi'ni söz konusu yetkiyi kullanmak zorunda bırakmıştır (zaruret hali).**

Zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biridir ve bu durumda işlenmiş olan fiiller hukuka uygun hale gelmektedir. Zaruret halinde bir tehlike söz konusudur⁶⁹. Konumuz açısından bu tehlike, Yasama organı tarafından anayasal yargı denetiminin bypass edilmek istenmesi durumudur.

Nitekim Özay da aynı sonuca ulaşmaktadır: “Bununla beraber artık nok-

⁶⁷ Hakkın kötüye kullanılması, varolan hakkın, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması anlamına gelmektedir. Hakkın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması ise, onun amacını aşan, amacına aykırı bir kapsamda kullanılması ve bu kullanma ile başkasına zarar verilmesi anlamını taşımaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Aydın ZEVLİLER, **Medeni Hukuk**, Savaş Y., 4.Bası, Ankara 1995, s.144-149

⁶⁸ Bu konuda bkz. Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.249-256

⁶⁹ A.ÖNDER, age, s.251

tada eski 'hukuka uygunluk' değerlendirmesine ilişkin eleştirilerimi bir tarafta bırakarak konuyu 'yerindelik' açısından ele almanın daha doğru ve yerinde olacağını düşünüyorum. **Yasama, gereksinim duyduğu ve çok gerekli böyle bir yetkiyi vermediğine ve vermek için de her hangi bir istek duymadığına göre, Yüksek Mahkemenin, denetimini etkili ve anlamlı kılabilmek için bu yolu tutmasını haklı bir tepki ve zorunlu bir davranış biçimi olarak nitelemekten başka çare yoktur**"⁷⁰ (vba).

Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için, anayasal organların varoluş nedenleri, işlevlerinin gözönünde tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu durumda Anayasa Mahkemesinin "yetki gasb"ından değil de "Hukuk Devleti" ilkesini koruma kaygısından söz etmek yerinde olur.

5. Diğer yandan, son yıllarda Anayasa'da pek çok maddede değişiklik yapıldığı halde -ki yaklaşık Anayasa'nın 1/4'ü değiştirilmiştir-, Anayasa koyucu (Tali Kurucu İrade) tarafından yürürlüğün durdurulmasına ilişkin olarak yasaklayıcı tarzda bir düzenleme yapmamış olmasından, fiili durumun benimsendiği; diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda kullandığı yetkinin, zımnen dahi olsa kabul edildiği anlamı çıkarılabilir. Anayasa koyucu bu kadar değişiklik yaparken dileyseydi, Anayasa'da bu yetkiyi yasaklayıcı tarzda bir düzenleme yoluna gidebilirdi.

Ancak bu aşamada belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal yargı denetiminin etkili ve anlamlı kılınabilmesi amacıyla yürürlüğün durdurulması konusunda gösterdiği bu titizlik ve hassasiyetin diğer bazı konularda da gösterilmesi gereği son derece açıktır. Örneğin, Anayasa'nın emredici nitelikteki açık hükmüne rağmen iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanması yanında; gerekçe yazmanın aylarca hatta yıllarca sürmesi, diğer bir ifadeyle, bu kararların yürürlüğe girmesinin yıllarca geciktirilmesi⁷¹, Mahkeme'nin görevini ihmal ettiği şeklinde değerlendirilebileceği gibi, anayasal yargı denetiminin etkisizleştirilmesi olarak da değerlendirilebilir.

⁷⁰ İ.H.ÖZAY, age, s.316

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davalarının sonuçlanmasında olduğu gibi; gerekçeli kararın yazılıp Resmi Gazete'de yayımlanması ve bunun sonucunda kanunun yürürlükten kalkması ayları hatta yılları bulabilmektedir. Bunun anlamı ise iptal kararının pratikte hiç bir etkisinin kalmaması demektir. Bu konuya örnek olması açısından, **Anayasa Mahkemesi 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinin 5. fıkrasını 15.5.1997 tarihinde iptal etmiş olmasına karşın, bu karar Resmi Gazete'de 1.2.2001 tarihinde yani 3.5 yılı aşkın bir süre sonra yayımlanmıştır.** E:1996/72, K:1997/5, KT:15.5.1997; RG:1.2.2001, S.24305. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu bir çok problemlere ve karışıklıklara neden olmuştur. Bu konuda bkz. Mustafa YILMAZ, **İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma**, (Yayımlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s.157

rilebilir. Ayrıca, bu bağlamda Mahkeme'nin, -öğretideki büyük desteğe rağmen- Anayasa'nın geçici 15. maddesini⁷² aşmama konusunda -Hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve korunması ilkelerinin ihlali pahasına- sergilediği olumsuz tutum da kabul edilebilir nitelikte değildir⁷³.

Ancak belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin bütün bu olumsuz tutum ve davranışlarına -ara sıra bindiği dalı kesmesine- karşın, yürürlüğü durdurma konusunda, soruna hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları çerçevesinde yaklaşarak doğruyu bulmuş olması sevindiricidir. Dolayısıyla, öğretilerde yanlış bir tutumla yapıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda örneklediğimiz olumsuz davranışlarından hareketle yürürlüğün durdurulması konusunda da bu yetkiyi kullanmaması gerektiği yönündeki düşünce⁷⁴ savunulamaz.

Bu aşamada ifade edelim ki, yürürlüğün durdurulması yetkisini içtihat yoluyla kendisine "tanıma mecburiyeti"nde kalan Anayasa Mahkemesi, bu yetkisini tamamen ayrı durumlara özgülemeli, diğer yandan "hukuka açıkça aykırılık"ın aranması⁷⁵ yanısıra, uygulanması halinde daha sonra "giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi" koşullarının da gözetilmesi gerekmektedir. Ayrıca, yürürlüğün durdurulması kararı ile esasa ilişkin karar arasında zaman farkının bulunmadığı durumlarda da bu kuruma başvurulmamalıdır⁷⁶.

72 Anayasanın Geçici 15. maddesiyle 12 Eylül 1980 gününden ilk genel seçimler sonucunda toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar (6.12.1983) çıkarılan Kanunların, KHK'ler ve Anayasa Düzeni Hakkında Kanuna göre alınan karar ve yapılan işlemlerin Anayasaya aykırılığının öne sürülebilmesi düzenlenmekteydi. Konuyu düzenleyen Geçici 15. maddenin son fıkrası 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. RG:17.10.2001, S.24556

73 Bu konuda eleştiri için bkz. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s.237 vd.; Mehmet AKAD/Bihterin (VURAL) DİNÇKOL, *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İst. 2000, s.269; E.ÖZBUDUN, age, s.391

74 Anayasa Mahkemesi'nin, -hukuk devleti ilkesine ters düşme pahasına- Anayasa'nın geçici 15. maddesine ilişkin tutumuna rağmen, yürürlüğün durdurulması konusunda yaptığı yorumun zorlama bir yorum olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. M.AKAD/B.DİNÇKOL, age, s.268-269

75 "Yürürlüğü durdurma yetkisi son derece dikkatli kullanılmalıdır. Ancak anayasaya aykırılık yönünde ciddi şüphe altındaki yasama işlemlerinin uygulamasını durdurmalıdır. AYM'nin bu konuda çelişkilere düşmemesi, anayasaya uygunluk denetiminin etkinliğini arttıracaktır". İ.DOĞAN, age, s.303

76 Bu konuda bkz. Y.KARAKOÇ, agt, s.287; İ.KABOĞLU, age, s.122-123; İ.DOĞAN, age, s.286 vd.; Nitekim Anayasa Mahkemesi bu konudaki en yeni kararında söz konusu koşulları gözönünde tutmuştur: "... Söz konusu 3. maddenin, Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisini kullanırken ortaya koyduğu gerekçelerin büyük çoğunluğuna katılmasak da, Yüksek Mahkemenin anayasal yargı denetimini etkili ve anlamlı kılabilmek için bu yetkiye başvurmasını haklı bir tepki ve zorunlu bir davranış biçimi olarak değerlendiriyoruz.

güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilmeye kadar yürürlüğünün durdurulmasına" karar verilmiştir. Bkz. E:2001/382, K:2001/8, KT:14.9.2001; RG:15.9.2001, S.24524, s.28; Ancak öğretilde, Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkiyi sadece bir durumda: Kanunun uygulanmasıyla telafisi mümkün olmayan sonuçların doğması durumuna ilişkin olarak kullanılabilceğini savunanlar da bulunmaktadır. Özbudun'a göre: "Ancak, eğer ölüm cezasına ilişkin kanunlarda olduğu gibi, kanunun uygulanması telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabiliyor ve anayasaya uygunluk denetiminin anlamını tamamen ortadan kaldırıyorsa, Anayasa Mahkemesinin bu istisnai durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi gerekir. Çünkü aksi yorum bu tür kanunları pratikte anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarmak anlamına gelir ki, Anayasa koyucunun amacının bu olduğunu gösteren hiçbir belirti yoktur". E.ÖZBUDUN. age, s.395

TÜRKİYE'DE EKONOMİK VE SOSYAL KONSEY

*Yrd.Doç.Dr. Emin RUHİ**

Giriş

Ekonomik ve Sosyal Konsey, sosyal devlet anlayışına paralel olarak, sosyal ekonomik demokrasinin gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturulmuş, meslek kuruluşlarının temsili esasına dayanan -korporatif temsil sistemi¹- istişari nitelikte bir danışma organı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Liberal devlette, sosyal yapı bakımından toplumun temelinde sadece birey yer alırken, sosyal devlette, liberal devletten farklı olarak; birey dışında aile ve mesleki kuruluşlar da yer almaktadır². Bu nedenle öteden beri salt bireysel temsile dayalı ve genel oy ilkesini esas alan siyasal temsilin yanında, ayrıca korporatif temsile dayalı bir yapının da -Ekonomik ve Sosyal Konsey- oluşturulma gereksinimi savunula gelmiştir³. Böylece, sosyal devlette siyasal temsi-

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Basit bir tanım ile korporatif temsil, toplum ve devletin temelini oluşturan çeşitli sosyal teşekküllerin ve bunların temsil ettiği menfaatlerin -uygulandığı devlet sistemine göre, etkinlik derecesi değişmek üzere- devletin siyasi ve hukuki yapısı içinde temsil edilmesine olanak sağlayan, temsil sistemidir. Korporatif temsilin en önemli özelliği, sosyal teşekküllerin temsili olanaklı kılmasıdır. Bunun sonucu olarak da, söz konusu toplumsal güçler, kendilerinin ve üyelerinin menfaatlerini korurken, devlet yönetimine de yön verebilmektedirler. Bu konuda bkz. Ayferi GÖZE, **Korporatif Devlet**, İÜHFY, İstanbul 1968, s. 28 vd.; A.GÖZE, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, (Bundan sonra **Siyasal Düşünceler...** olarak gösterilecektir.), Beta Y., İst. 1995, s. 408-413

² Liberal devlet anlayışına göre, toplumun temelinde sadece birey ve birey iradesi yer alır (toplum sözleşmesi kuramı). Dolayısıyla, bireylerin meydana getirdiği örgütlü ya da örgütsüz tüm sosyal oluşumlar, birey iradesini olumsuz yönde etkileyecekleri nedeniyle kabul edilmezler. Bu bağlamda örneğin, sendika kurmak yasaklanmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, **Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet**, (Bundan sonra **Devlet Sistemleri...** olarak gösterilecektir.), Beta Y. İst. 1995, s. 3 vd.

³ Toplumun sadece bireyler ya da sadece sosyal teşekküllerden kurulu olduğunu kabul etmenin gerçeklere uymadığını, toplumun bireylerden ve sosyal teşekküllerden kurulu olduğunu ve siyasi yapının da sosyal yapıya uyması, bunun içinde siyasi temsil sisteminin yanında korporatif temsil sisteminin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.44 vd.; A.GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 410; A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s. 149

lin korporatif temsil ile tamamlanması öngörülmektedir. Burada amaç, toplumun temelinde yer alan sosyal kuruluşların da, bireyin maddi ve manevi gelişiminin sağlanmasında etkin bir rol almasıdır. Bu amaçla Konsey, başta Fransa olmak üzere İtalya, İngiltere, Danimarka, Hollanda, Portekiz, Yunanistan gibi çeşitli ülkelerde hayata geçirilmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde ise, Ekonomik ve Sosyal Konsey, 1961 Anayasası'nın hazırlanma aşamasında olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın hazırlanma aşamasında da gündeme gelmiş, ama kurucu irade tarafından kabul görmemiştir.

Belirtelim ki, korporatif temsil sistemi üç şekilde karşımıza çıkmaktadır⁴. İlk olarak, yasama meclisinin tamamen korporatif temsil esasına göre oluşturulduğu durumu ifade eden "saf korporatif temsil sistemi"⁵dir. Ancak, bu sistem iki dünya savaşı arasındaki dönemde totaliter, otoriter diktatörlüklerin kurulduğu İtalya, İspanya, Portekiz gibi ülkelerde demokrasiyi yıkmak için kullanıldığı ve de bireysel temsilin reddedilmesi nedeniyle, sosyal devlet açısından benimsenmesi mümkün görülmemiştir. İkinci olarak, genel oyla seçilen ve bireysel temsil esasına dayalı olarak oluşturulan yasama meclisinden başka, korporatif temsil esasına göre oluşturulan ikinci bir yasama meclisinin de olmasını öngören "karma korporatif sistem"⁶dir. Bu sistem ise, aynı alanda yetkili iki meclisin bulunmasının yaratacağı sorunlar nedeniyle olduğu kadar, ulusal egemenlik ve eşitlik ilkelerine aykırı olacağı düşünceleriyle de yoğun bir şekilde eleştirilmektedir⁷. Üçüncüsü ise, -ki bu çalışmanın da konusunu teşkil etmektedir- yasama meclisine ya da hükümete ekonomik ve sosyal konularda görüş bildirmek amacıyla korporatif temsil esasına göre oluşturulan Ekonomik ve Sosyal Konsey'dir ki, bu durum "tabii korporatif sistem" olarak adlandırılmaktadır⁸.

Belirtelim ki günümüzde, amacı kişi hak ve özgürlüklerini, demokrasiyi gerçekleştirmek olan sosyal devlet sistemi içinde, danışma organı niteliğindeki bir Ekonomik ve Sosyal Konseyin varlığı genel kabul görmüş durumdadır⁹. Diğer bir ifadeyle, korporatif temsil sisteminden, sosyal devlette, daha demokratik bir düzen yaratmak, insan hak ve özgürlüklerini daha iyi gerçekleştirmek için yararlanılacaktır.

⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.174 vd.

⁵ Geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.105 vd.

⁶ Geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.156 vd.

⁷ Eleştiriler için bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.75 vd., 173-174; A.GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 411 vd.

⁸ Geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.174 vd.

⁹ A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s. 153

Bu anlamda, Ekonomik ve Sosyal Konseyin oluşturulmasındaki temel amaç, sosyal devlette devletin, ekonomik ve sosyal hayatı düzenlerken, siyasal iktidar ile bu düzenlemelerden etkilenecek olan sosyal ekonomik güçler arasında bir işbirliğinin sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, Ekonomik ve Sosyal Konsey, sosyal devlet içinde sosyal ekonomik demokrasiyi daha sağlıklı bir şekilde gerçekleştirme amacına yönelik bir oluşum olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal ekonomik demokrasi, toplumu meydana getiren bireyler ve sosyal güçlerin (örgütlü/örgütsüz) siyasal alanda yönetime katılmaları dışında, ayrıca ekonomik alanda da yönetime katılmalarının sağlanmasını ifade etmektedir¹⁰. Yani, toplumu oluşturan sosyal yapı kurumlarının, ekonomik iktidarı etkileyerek, o iktidara katılmalarının sağlanması amaçlanmaktadır¹¹.

Böylece, toplumdaki sosyal güçlerin -çağdaş demokrasinin vazgeçilmez öğeleri olarak- kendi çıkarları doğrultusunda örgütlenip, iktidarı etkilemesi ve kendi yararlarına karar almaya zorlamaları, demokrasinin siyasal yapısının sosyalleşmeyle bütünleşmesini ifade etmektedir¹².

Çağdaş demokrasilerde, devlet iktidarının etkin bir biçimde sınırlandırılabilmesi için, sadece hukuki düzenlemeler, yani devlet yetkilerinin anayasal düzeyde paylaşılması yeterli görülmemektedir. Ayrıca, en az bu kadar önemli sınırlayıcı bir durum da, devletçe yaratılmamış olan, sivil toplumun kendi bünyesinden doğan çeşitli insan topluluklarının, meslek kuruluşlarının, gönüllü derneklerin, menfaat ve baskı gruplarının varlığı ve bunların siyasal kararlar üzerinde çeşitli yöntemlerle etkili olabilmeleridir¹³. İşte bu anlamda Konsey,

¹⁰ “Sosyal ekonomik demokrasi, toplum açısından değerlendirildiğinde, kişilerin ekonomik iktidara katılmaları ekonomik sosyal hayatta da demokrasinin uygulanmasıdır... Başka bir deyimle, ekonomik sosyal hayatı düzenleyecek olan iktidar, toplumdaki ekonomik, sosyal faaliyetlerin, güçlerin ve çıkar gruplarının temsilcilerinden oluşmalıdır. Ekonomik ve sosyal faaliyetlerle ilgili kararlar, bizzat bu faaliyetlerle, çıkarlarla ilgili kişi ve kuruluşların temsilcileri tarafından alınmalıdır. Ekonomik sosyal hayatın düzenlenmesi, doğrudan doğruya ekonomik sosyal faaliyet ve çıkarlarla ilgili kimselerin temsilcileri tarafından yapılmalıdır.” . A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s.148,149

¹¹ Bu konuda bkz. A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s.141, 148; Aslında baskı grupları, siyasal alan üzerindeki etkilerini, değişik biçimlerde ve gayriresmi olarak gerçekleştirmektedir. Siyasal alanı etkileme bu yollardan olduğu için de, baskı gruplarına karşı sorumluluk mekanizmaları işletilememektedir. Denetim ve kontrolden yoksun, kamuoyuna açıkça yansımayan, bu siyasal etkinin toplum menfaatleriyle paralel olup olmadığı da belirlenmemektedir. Demokratik esaslara aykırı bu mekanizmanın, demokratik ve meşru bir zemine oturtulması gereği açıktır. Baskı gruplarının siyasal iktidar ile ilişkileri konusunda bkz. Mehmet AKAD, **Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri**, İÜHFY, İstanbul 1976, s. 88 vd.; M.AKAD/Bihterin (VURAL) DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, (Bundan sonra **Genel Kamu...** olarak gösterilecektir.), Der Y., İstanbul 2000, s.250 vd.

¹² M.AKAD/B.DİNÇKOL, **Genel Kamu**, s.250

¹³ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Y., Ankara 1998, s.20

önemli bir fonksiyon icra edecektir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, siyasal iktidara teknik, ekonomik sosyal konuları ilgilendiren alanlarda yol gösterici, bilgi verici, uyarıcı ve karmaşık ekonomik konuları aydınlatıcı bir görev üstlenecek; diğer yandan siyasal iktidar ile sosyal ekonomik güçler arasında bir dayanışma ve işbirliği platformu oluşturacaktır.

Sonuç olarak, sosyal ekonomik kuruluşlar Konsey sayesinde, kendilerini ilgilendiren konularda doğrudan doğruya karar alma olanağına sahip olmasalar da, alınacak kararları etkileyebilme şansını elde etmiş olacaklardır.

Bu anlamda Ekonomik ve Sosyal Konseyin kurulduğu ve istikrarlı bir şekilde fonksiyon icra ettiği önemli bir ülke Fransa'dır¹⁴. "Fransa'nın üretici ve toplumsal güçlerini, güçlü bir dayanışma içinde bütünleştirmek amacı" ile istişare organı olarak, 16 Ocak 1925 tarihinde, hükümet kararnamesiyle ilk defa oluşturulan Ekonomik ve Sosyal Konsey, 19 Mart 1936 tarihli yasa ile değişiklikler geçirmiş, 1946 Fransız Anayasası'nda yer almış ve son olarak 1958 Fransız Anayasası ile de yeniden düzenlenerek bugünkü şeklini almış bulunmaktadır¹⁵.

Ülkemizde 11.4.2001 tarihinde 4641 sayılı Kanunla¹⁶ ciddi bir şekilde ele alınıp düzenlenerek -kuralsızlık ve karmaşaya son verilmiş-, kalıcı ve kurumsal bir yapıya kavuşturulmaya çalışılan Sosyal ve Ekonomik Konsey, büyük ölçüde Fransız modeli örnek alınarak düzenlenmiş olduğundan bu çalışmada zaman zaman Fransa'daki düzenlemeye de yer verilecektir.

I. Türkiyede Ekonomik ve Sosyal Konseyin Oluşum Süreci

Daha önce ifade edildiği gibi, Ekonomik ve Sosyal Konseyin ülkemiz gündemine gelmesi hiç de yeni değildir; 1961 Anayasası'nın¹⁷ hazırlanma

¹⁴ Bkz. MAUBRY, "Le Conseil Economique", Revue de Droit Public et de Science Politique, 1951, c.67, s.416

¹⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. A.GÖZE, *Korporatif Devlet*, s.181-187

¹⁶ "Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun" R.G. 21.4.2001 Sayı:24380

¹⁷ 31 Ekim 1960 tarihinde yeni anayasayı hazırlamak üzere oluşturulan Kurucu Meclisi'in etüd metni olarak kabul ettiği İstanbul Üniversitesi ön tasarısının 24. maddesinde korporatif yapıda bir organa -Milli İktisat Şurası- yer verilmektedir. 11 kişi olması öngörülen Şura üyelerinin, ekonomi ve sosyal bilimler alanında tanınmış ve yüksek öğrenim yapmış olma gibi niteliklere sahip olacakları belirtilmektedir. Şura, ekonomik ve sosyal konularda, devlet organlarına ve yardımcı kurullarına, görüş bildirmek, tavsiye ve önerilerde bulunmak, ülkenin ekonomik ve sosyal politikası ve planlamasında ve yürütülmesinde katkıda bulunmak, ayrıca ekonomik ve sosyal konularda taslak yasalar hazırlama yetkilerine sahip olacaktır.

aşamasında olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın¹⁸ hazırlanma aşamasında da bu tür korporatif nitelikte bir meclisin oluşturulması konusu hep tartışılmış, ama hayata geçirilememiştir. Bunun nedeni, korporatif devlet ve dolayısıyla faşist yönetim tarzını çağrıştırmaması gerekçesiyledir¹⁹. Tıpkı, bir dönem sosyal devletin sosyalist devletle karıştırılması gibi, bu konu da yanlış anlaşılmıştır.

Böylece, çağdaş toplum içinde yer alan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kuruluşları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine ulaşamamış, bu toplumsal güçlerin, görüş ve düşüncelerinin meşru ve etkili yollardan Yasama işlemlerini -demokratik baskı grubu olarak- hem etkileyen hem de bu faaliyetin "yetki" unsuru içinde yer alıp böylece "milli irade"nin ayrılmaz parçası olma olanağını onlara tanıyan bir "sistem"nin gerçekleştirilmesi fırsatı kaçırılmış olmaktadır. Özay'a göre, bu durum demokrasimizin "çoğulcu"luk niteliğinden yoksun kalması sonucunu doğurmuştur²⁰.

Çoğulcu toplumun temel yapı taşları baskı gruplarıdır. Dernekler, birlikler, mesleki kuruluşlar şeklinde kendilerini gösteren baskı grupları siyasal iktidar-çıkarcı grupları arasındaki ilişki bağlamında kamu hukuku alanında hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin bir rol üstlenmişlerdir. Başka bir deyişle, baskı

Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi ön tasarısında da "İktisat ve Çalışma Şurası" adı altında korporatif nitelikte bir danışma organına yer verilmektedir. Şura, çeşitli iş ve hizmet kollarındaki meslek teşekkülleri temsilcileri ve üniversitelerden seçilecek temsilcilerinden oluşması öngörülmektedir. Ekonomik ve sosyal konularda, yasama ve yürütme organlarına görüş bildirecek olan Şura, ayrıca bu organlar tarafından kendisine gönderilecek kanun tasarı ve tekliflerini de inceleyecektir. Bu konuda bkz. GÖZE, **Korporatif Temsil**, s. 187-188

18 1982 Anayasası hazırlanma aşamasında da, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından Anayasa komisyonuna sunulan taslakta; üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanan, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonları ile memur kesimini temsil eden en büyük kuruluştan seçilecek eşit sayıda üyeden oluşan bir ekonomik ve sosyal konseyin kurulması önerisi yapılmaktadır. Konsey, bakanlar kuruluna kendi alanı ile ilgili konularda görüş bildirme ve yasa tasarıları hazırlama yetkilerine sahip olacaktır.

TİSK'in Anayasa Komisyonuna sunduğu öncüde de, korporatif yapıda bir Ekonomik ve Sosyal Konseye yer verilmektedir. Ekonomik ve sosyal konulardaki yasa tasarılarının görüşü alınmak üzere zorunlu olarak Konseye sunulması dışında, konseyin de ilgili konularda bakanlar kuruluna yasa önerilerinde bulunabilmesi yetkileri öngörülmektedir. Ayrıca 6 ay içerisinde yasa haline dönüştürülmeyen öneriler konusunda, Cumhurbaşkanı başvuru yetkisi düzenlenmektedir. Bu konuda bkz. Yaşar GÜRBÜZ (derleyen), **Anayasa Görüşler Taslak**, Araştırma Eğitim Ekin Y., İstanbul 1982, s. 152

19 İl Han ÖZAY, **Günüşğinde Yönetim**, Alfa Y., İst. 1996, s.69

20 "Çoğulcu-demokratik düzen, siyasal partiler dışında örgütlenmiş görüş ve dinamik güçlerin de "Yasama" yetki ve sürecine aktif biçimde katılabilmesini mümkün kılmalıdır". İl Han ÖZAY, age, s.68, ayrıca bkz. s.9, 68-69

grubu olarak adlandırılan bu sosyal güçlerin temel amaçları: Hak ve özgürlüklerin korunmasıdır²¹.

Türkiye'de, Ekonomik ve Sosyal Konseyin kurulması için yasal herhangi bir düzenleme yapılmadan önce -4641 sayılı Yasa'ya kadar-, 17.3.1995 tarihli bir Başbakanlık Genelgesi ile bu yönde ilk adım atılmış, bunu 1996, 1997 ve 1999 yıllarındaki diğer genelgeler izlemiştir. Bunun yanında, VII nci Beş Yıllık Kalkınma Planında "Ekonomik ve Sosyal Konsey yasal çerçeveye kavuşturulacaktır" şeklinde bir hedef öngörülmüş, ayrıca, son birkaç yıl içerisinde kurulan hükümet programlarında da "Ekonomik ve Sosyal Konseyin kurulması hakkında Yasa"nın öncelikle çıkarılması gereken yasa tasarıları arasında olduğu belirtilmiştir.

Ancak belirtelim ki, Türkiye'de Ekonomik ve Sosyal Konsey, bugüne kadar, hükümetin zor duruma düştüğü zamanlarda başvurduğu ve iktidarı için adeta bir can simidi olarak gördüğü; kendi iktidarını sınırlamak ya da bilgi edinmek için değil de, kendi durumunu veya kararlarını meşrulaştırmak için, dilediği zaman başvurduğu, sağlam bir hukuksal temele dayanmayan, bir kurul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugüne kadar, kurulun oluşturulması, toplantıya çağırılması, görüşme gündemi gibi konularda, tamamen iktidarın keyfi iradesi belirleyici olmuştur.

Ülkemizde Konsey, her hükümet değişikliğinde bir başbakanlık genelgesiyle yeniden düzenlenen ve her defasında sanki ilk defa kuruluyormuş gibi yeniden oluşturulan ve bu yola daha çok iktidarın kendisini güçsüz ve yalnız hissettiği; kamuoyu desteğine şiddetle ihtiyaç duyduğu ekonomik kriz dönemlerinde ya da yeni kurulan hükümete toplumun çeşitli kesimlerinin güven ve desteğine ihtiyaç duyulduğu dönemlerde başvurulan bir kurul olmuştur.

Özellikle 1995'te ilk defa olarak bir başbakanlık genelgesiyle Ekonomik ve Sosyal Konsey'in oluşturulması, 2001 yılında olduğu gibi son yıllarda Türkiye'de yaşanan büyük ekonomik krizler sonrasında, ülkede güven bunalımı yaşandığı dönemlerde, iktidarın sorumluluğu paylaşacak bir organa ihtiyaç duyduğu, toplum önünde kaybedilen güvenin yeniden sağlanması gereksiniminden kaynaklandığını söyleyebiliriz²². Böylece iktidar toplum desteğini arkasına aldığı izlenimini vermek istemektedir.

Demek ki, bugüne kadar Ekonomik ve Sosyal Konsey, hükümetler tarafından siyasi çıkar ve günü kurtarmak amacıyla kullanılmak istenmişlerdir. Bu

21 M.AKAD/B.DİNÇKOL, Genel Kamu, s. 249

22 "ÜLKENİN içinde bulunduğu ekonomik krizden çıkmanın yollarının arandığı Ekonomik ve Sosyal Konsey, iki gün önce Başbakan Bülent Ecevit'in başkanlığında toplandı.". Muharrem SARIKAYA, 3 Nisan 2001, Hürriyet

durum 1789 Fransız Devrimi öncesi Fransa’da bulunan ve de kralın iktidarını güçsüz hissettiği dönemlerde vergi salmak amacıyla, toplantıya çağırdığı danışma organı niteliğindeki Etats-Generaux’yu anımsatmaktadır. Devrim öncesinde en son 175 yıl önce toplantıya çağrılmış olan Etats-Generaux, Mayıs 1789’da toplantıya çağrıldığında, o dönemde Fransa’nın içinde bulunduğu krizden çıkış için son şans olarak görülmekteydi²³.

Karar alma, oylama esas ve usulleri, toplanma zamanı belli olmayan bu kurul, yasal bir sağlam temele -son düzenlemeye kadar- oturtulmamış, hükümetin “toplumun çeşitli kesimlerini ikna organı olarak kullanmak” amacıyla oluşturduğu “varlığı ile yokluğu bir kurul” olagelmıştır. Aslında kuruluş genelgelerinde son derece olumlu amaçlar yer almasına rağmen uygulama hiç de olumlu olmamıştır.

Şimdi 4641 sayılı Yasanın kabulüne kadar ki dönemde, ortaya konulan bu olumsuz süreci daha yakından inceleyebiliriz.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, Türkiye’de ilk olarak 17.3.1995 günlü Başbakanlık Genelgesi ile oluşturulmuştur.²⁴ DYP-CHP Hükümetinin 23.3.1995 günü açıklanan Uygulama Programı’nda da bu konu yer almaktadır: “Ekonomik ve Sosyal Konsey’in bir an önce gerçekleştirilmesine çalışılacaktır”²⁵.

Ancak belirtelim ki, Koalisyon Hükümeti döneminde Ekonomik ve Sosyal Konsey oluşturulmasına rağmen hiç toplanmamıştır²⁶.

Tansu Çiller’in başbakanlığındaki DYP azınlık Hükümeti’nin 10.10.1995 günü okunan 51. Hükümet Programı’nda Ekonomik ve Sosyal Konsey konusu şöyle ele alınmaktadır: “İstihdamın geliştirilmesinde, üretken istihdamın artırılması ve kişilerin kendi işlerini kurmalarının desteklen-

²³ Bu konuda bkz. GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 521-522

²⁴ Başbakan Tansu Çiller imzasıyla yayımlanan genelgede, bu oluşum şu şekilde ifade edilmektedir: “... ekonominin istikrar ve gelişmesini teminen bu olgunun temel unsurlarını teşkil eden toplumun çeşitli kesimlerinin, gerek ülke ekonomisi, gerek milletlerarası platformda dengeli ve etkin politikalar ile yönlendirilebilmesini, gelişmesini sağlamak ve Devlet, işçi, işveren ilişkilerinde düzenli ve kalıcı barış ve milli uzlaşma ortamının sağlanmasını araştırmak, verimlilik, istihdam, işsizlik ve gelirler gibi konularda Hükümete istişari nitelikte görüş vermek, konuyla ilgili mevzuatı hazırlamak, bu konuda Avrupa Birliği ile entegrasyonu ve çalışmalarını yönünde özel kurum ve kuruluşlar ile gerekli koordinasyonu, ihtiyaç halinde Bakanların ve uzmanlık gerektiren konularda da meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının desteğini sağlamak üzere, Uluslararası Çalışma Normlarının Uygulanmasının Geliştirilmesi İçin Üçlü Danışmalar Hakkında ILO’nun 144 sayılı Sözleşmesinin de bir gereği olarak, Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur.”. 17.3.1995 gün ve 1995/5 sayılı Başbakanlık Genelgesi, s.1

²⁵ DYP-CHP Hükümetinin Uygulama Programı (23 Mart 1995), Ankara, 1995, s.20 ve 31

²⁶ Ekonomik Trend, 11.6.1995

mesine devam edilecektir. Bu bağlamda Ekonomik ve Sosyal Konsey, toplumsal uzlaşmada etkin bir araç olarak en kısa zamanda hayata geçirilecektir”²⁷.

Bu dönemde, TÜRK-İŞ’e bağlı sendikalar, 20 Eylül 1995 tarihinde, büyük bir grev başlatacaklardır. TÜRK-İŞ’in de çabalarıyla, DYP-CHP Koalisyon Hükümeti’nin çözülmesi sonrasında, Başbakan Tansu Çiller tarafından oluşturulan azınlık Hükümeti, TÜRK-İŞ’le anlaşma sağlayamayınca, Ekonomik ve Sosyal Konsey’i kamuoyunu işçiler aleyhinde koşullandırmada bir araç olarak kullanmaya çalışacaktır. Başbakan Çiller’in, Ekonomik ve Sosyal Konsey’i, TÜRK-İŞ’e karşı kullanma girişimi, bu organ hakkındaki kuşkuşuların ve tepkilerin büyümesine yol açmıştır.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, 11 Ekim 1995 günü ilk toplantısına çağırılır. TÜRK-İŞ Genel Başkanı Bayram Meral, “Konsey toplantısı, toplu sözleşme görüşmelerini uzatmak için bir oyundur, aldatmacadır; bu toplantıya katılmayacağız” diyerek bu toplantıyı boykot edecektir²⁸.

Ekonomik ve Sosyal Konsey 11 Ekim 1995 günü toplanır. Başbakan Tansu Çiller, toplantıyı açış konuşmasında kamu kesimi toplu sözleşme görüşmelerine ve grevlere değinmektedir²⁹.

Toplantının sonunda hazırlanan deklarasyonda “toplular sözleşme görüşmelerinin devamı ve görüşmelerin bütün kesimler ve dengeler gözetilerek sonuçlandırılması” gerektiği belirtilmektedir³⁰.

Hükümet’in tavrı, Ekonomik ve Sosyal Konsey’i “toplumun çeşitli kesimlerini ikna organı olarak kullanmak” şeklinde olmuş, ancak bu çabalar, istenilen sonucu yaratamamış; ilişkileri daha da bozmuş, diyalogun kesilmesine yol açmıştır. Tansu Çiller’in azınlık Hükümeti, 15 Ekim 1995 günü güvenoyu alamayacaktır.

DYP-CHP tarafından kurulan 52. Hükümetin 31.10.1995 günü okunan Programında Ekonomik ve Sosyal Konsey konusuna değinilmemektedir.

27 Hükümet Programı, 10 Ekim 1995, Ankara, 1995, s.30

28 **Hürriyet**, 11.10.1995

29 “Ben Başbakan olarak, siyasi ödün vermeyi veya rüşvet vermeyi ülkenin diğer bütün meseleleri açısından doğru bulmuyorum... Ortada bir kaynak var. Bu kaynak, devletin değil, halkın kaynağı. İşçilerimizin aldığı miktar, kamu kesiminde çalışan memurların 2-3 misli. Emeklinin ise tam 5 katı. Türkiye’nin elindeki imkanlarla yapabildiği bütün yatırım 90 trilyon lira. Bunun içinde herşey var. Bu para 60 milyonun parası. Bu paranın tamamı işçilere aktarılabilir mi? Yanlış birşey yapmayalım. Önümüzdeki günlerde milleti yeniden sıkıntıya sokmayalım.” **Türkiye**, 12.10.1995

30 **Dünya**, 13.10.1995

24 Aralık 1995 genel seçimlerinden sonra oluşturulan ANAP-DYP Hükümetinin (53. Hükümet) 7.3.1996 günü okunan Programında “Ekonomik ve Sosyal Konseye işlerlik ve devamlılık kazandıracığı...” ifade edilmektedir³¹.

Ekonomik ve Sosyal Konsey’in ilk toplantısının yarattığı olumsuzluklar zamanla aşılır. TÜRK-İŞ Başkanı Bayram Meral, Konsey’in ilk toplantısının gerçek bir diyalog arayışı olmaktan çok, sürmekte olan grevler sırasında TÜRK-İŞ’i sıkıştırmaya yönelik bir adım olmasının talihsiz bir başlangıç olduğuna dikkati çekerek, Konsey’in, bu hataya karşın, önemli bir danışma organı ve önemli bir diyalog kanalı olabileceği ve olması gerektiğini söylemektedir³². HAK-İŞ başkanı Salim Uslu da, “sosyal taraflar arasındaki diyalogun ve işbirliğinin Ekonomik ve Sosyal Konsey şeklinde kurumlaştırılması ile sosyal ve çalışma barışının korunup geliştirilmesine yönelik son derece olumlu bir zemin hazırlanmış olacağı” düşüncesini taşımaktadır³³. DİSK Genel Başkanı Rıdvan Budak ise “işleyişi ve oluşumuyla demokratik olmayan, temsil gücü bulunmayan hiç bir kurum ve kuruluşu desteklememiz, katkı vermemiz beklenmemelidir” diyerek, Konsey karşıtı bir tutum sergilemektedir³⁴.

Ekonomik ve Sosyal Konsey’in yapısı, 6 Mayıs 1996 günü yeniden değiştirilir³⁵. Bu genelge ile Konsey’in üye sayısı artırılmakta; İşveren kanadında TOBB ve TİSK’in yanı sıra, TUSİAD’a da yer verilmektedir. TMMOB, HAK-İŞ, DİSK ve kamu çalışanlarının da 1’er üye ile temsil edilmesi kabul edilmektedir. Tüketici Derneği için de 1 üyelik ayrılmıştır. Ayrıca, Konsey’in üç ayda bir toplanması karara bağlanmaktadır.

Ancak, bu dönemde Ekonomik ve Sosyal Konsey hiç toplanmayacaktır.

RP ve DYP tarafından oluşturulan, Refahiyol Hükümeti’nin (54. Hükümet) 3.7.1996 günü okunan Programında ise, Ekonomik ve Sosyal Konsey’e

31 53 üncü Hükümet Programı (7 Mart 1996), Ankara, 1996, s.20

32 İşveren, Mart 1996

33 İşveren, Mart 1996

34 İşveren, Mart 1996

35 Başbakan Mesut Yılmaz imzasıyla yayımlanan 6.5.1996 gün ve 1996/24 sayılı genelgede, Konsey’in kuruluş gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir: “Ülke ekonomisinin daha istikrarlı ve etkin bir biçimde yönetilebilmesi ve sosyal hayatın geliştirilebilmesi için; toplumun çeşitli kesimlerinin temsilcilerini biraraya getirerek devlet, işçi ve işveren ilişkilerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmak, geniş bir diyalog ortamının yaratılarak hak ve menfaatlerin Ülke menfaatlerini gözeterek uzlaşmacı bir anlayışla korunmasına olanak sağlamak ve ayrıca Türkiye’nin Avrupa Birliği ile bütünleşmesi çerçevesinde ekonomik ve sosyal içerikli karar alma sürecinde demokratik katılımı en geniş biçimde temin etmek amacıyla, ILO’nun 144 sayılı Sözleşmesi de dikkate alınarak, bir Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur.”. s.1

değnilmemektedir. Ancak, daha sonra Ekonomik ve Sosyal Konsey, 18 Mart 1997 günlü Başbakanlık Genelgesi ile yeniden düzenlenir³⁶. Konsey'de, 10 hükümet temsilcisi yer almaktadır. TÜRK-İŞ, HAK-İŞ ve DİSK'e 1'er üyelik verilirken TÜSİAD'ın üyeliğine son verilmektedir. Kamu çalışanları ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu'nu da temsilen 1'er üye bulunmaktadır. Konsey'in hangi aralıklarla toplanacağı genelgede yer almamaktadır³⁷.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, 25 Mart 1997 günü ilk geniş katılımlı toplantısını yapar. Gündem maddeleri, Türkiye'nin ekonomik durumu ve öncelikleridir. Başbakan Erbakan'ın başkanlığını yaptığı Konsey'de, katılımcılar çeşitli konulardaki görüşlerini ileteceklerdir. Ancak, Refahiyol Hükümeti döneminde, Konsey'in bir başka toplantısı olmayacaktır.

Erbakan'ın, Ekonomik ve Sosyal Konsey'i hemen gündeme getirmesinde, son olaylar karşısında siyasi partilerden bulamadığı desteği, konseyi oluşturan sivil toplum örgütlerinden sağlamak istemesinin rol oynadığı gözlenmek-

36 Başbakan Erbakan imzalı Genelgede, Konsey'in kuruluşu şu şekilde ele alınmaktadır: "Hükümetimiz, bu hedeflere süratle ulaşabilmek için büyük bir değişim, ekonomik ve sosyal atılım programını uygulamakta, halkımızın ve ülkemizin meselelerini bir bir çözüp Yeniden Büyük Türkiye'yi gerçekleştirmek için her sahada bütün gücüyle canla başla çalışmaktadır. Bu münasebetle başlatılan üretim, istihdam, ihracat seferberliğinin daha verimli bir şekilde yürütülebilmesi, ekonomik ve sosyal konularda yapılmakta olan atımlarda daha başarılı olunabilmesi ve uluslararası ilişkilerimizin hızla ve etkin bir şekilde geliştirilebilmesi için yapılmakta olan çalışmalarda, toplumumuzun çeşitli kesimlerini temsil eden kuruluşlarımızın temsilcilerinden meydana gelen bir Ekonomik ve Sosyal Konsey'in işbirliği ve danışmanlığından yararlanılmasının ne kadar büyük önem taşıdığı hepimizin bildiği bir gerçektir.

"Böyle bir konsey ülkemizin bütün kesimlerinin refah seviyelerinin dengeli bir şekilde yükseltilmesi, dünya pazarları ile rekabet edebilecek bir kalkınma hamlesinin başarılabilmesi, ekonomik ve sosyal atılımlarımızın milli menfaatlerimiz doğrultusunda en verimli şekilde yönlendirilip yürütülebilmesi ve kalkınmanın sosyal barış, adalet, dayanışma, diyalog ve elbirliğiyle hedeflerine ulaştırılabilmesi bakımından çok büyük ve önemli yararlar sağlayacaktır.

"Memleketimizin ekonomik ve sosyal hayatında barış, istikrar, üretkenlik, verimlilik ve sosyal adaletin sağlanması ve kalkınma hamlelerinin milli menfaatler doğrultusunda, kalıcı bir şekilde demokratik bir anlayışla yürütülmesi amacıyla, sağlıklı ve geniş bir işi-are ortamının oluşturulmasına imkan sağlamak üzere, aşağıda belirtilen şekilde bir Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur".

37 Çalışma Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Başbakanlığa sunulan genelgeye göre yeni oluşturulan Ekonomik ve Sosyal Konsey'e MÜSİAD da dahil edilmektedir. Yeniden oluşturulan Ekonomik ve Sosyal Konsey'de hükümet ve kamu kesimini 15, işveren kesimini 11, işçi kesimini ise 7 kişi temsil etmektedir. Daha sonra Mesut Yılmaz'ın başkanlığında oluşturulan konseyde ise, TÜSİAD'ın yer almasına karşın MÜSİAD yer almamaktadır. 12 Mart 1997, Milliyet

tedir³⁸.

Refahiyol Hükümeti’nin istifasından sonra 55. Hükümet oluşturulur. ANAP, DSP ve DTP tarafından, 29.6.1997 günü açıklanan Koalisyon Protokolü’nde: “Tüm ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında ve uygulanmasında Ekonomik ve Sosyal Konsey etkin bir şekilde işletilecektir” ifadesi yer almaktadır³⁹.

Ayrıca, ANASOL-D Hükümeti’nin, 7.7.1997 günü okunan Programında da: “Hükümetimiz, Ekonomik ve Sosyal Konseyin, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasına etkin bir şekilde katılımını sağlayacaktır” denilmektedir⁴⁰.

Başbakan Mesut Yılmaz 23.7.1997 günü yayınladığı Başbakanlık Genelgesi ile Konsey’in yapısını yeniden değiştirir⁴¹. Hükümet temsilcilerinin yanı sıra, TOBB 2 üye, TİSK 1 üye, TZOB 1 üye, TESK 2 üye, TÜRK-İŞ 2 üye, DİSK 1 üye, HAK-İŞ 1 üye ile temsil edilmektedir. Kamu çalışanlarına üyelik verilmemektedir.

Konsey’in, 55. Hükümet dönemindeki ilk toplantısı 25 Ağustos 1997

38 Milliyet, 10.02.1999

39 ANAP-DSP-DTP Koalisyon Protokolü (29 Haziran 1997), Ankara, 1997, s. 9

40 Hükümet Programı, Başbakan Mesut Yılmaz Tarafından TBMM’ne Sunulan 55 inci Hükümet Programı (7 Temmuz 1997), Ankara, 1997, s. 4

41 Bu genelgede Konsey’in kuruluş gerekçesi şöyle ifade edilmektedir:

“Ülkemizin bugün içerisinde bulunduğu ekonomik, siyasal ve sosyal şartlarda, ulusal bilincin Ülke menfaatleri doğrultusunda oluşması, Ülke sorunlarının kalıcı, toplumun bütün kesimleri için adil ve dengeli bir biçimde çözüme kavuşturulabilmesinin, hükümet, memur, işçi, işveren, meslek kuruluşları ve toplumun diğer kesimleri arasında oluşacak diyalog ve toplumsal uzlaşma yoluyla mümkün olabileceği açıktır.

“Ülkenin kalkınmasını ve halkın yaşam standardını yakından ilgilendiren konuların, bu konularla ilgili toplumsal kesimlerin katılımıyla demokratik bir ortamda tartışılması yoluyla ortaya çıkacak görüşler, Ülkenin yönetiminde ciddi bir rehber olacaktır.

“Başta Avrupa Birliği olmak üzere, uluslararası platformda, uluslararası kuruluşlarla ilişkilerin belirlenmesi ve politikaların saptanmasında, toplumun ilgili kesimlerinin demokratik katılımıyla oluşacak görüşler, hükümete önemli bir yol gösterici olacaktır.

“Bu saptamaların ışığında:

“Ülke ekonomisinin daha istikrarlı ve etkin bir biçimde yönetilebilmesi ve sosyal hayatın geliştirilebilmesi için, toplumun çeşitli kesimlerinin temsilcilerini biraraya getirerek devlet, işçi ve işveren ilişkilerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmak, geniş bir diyalog ortamının yaratılarak hak ve menfaatlerin Ülke menfaatlerini gözeterek uzlaşmacı bir anlayışla korunmasına olanak sağlamak ve ayrıca Türkiye’nin Avrupa Birliği ile bütünleşmesi çerçevesinde ekonomik ve sosyal içerikli karar alma sürecinde demokratik katılımı en geniş biçimde temin etmek amacıyla, ILO’nun 144 sayılı Sözleşmesi de dikkate alınarak, bir Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur.”. 23.7.1997 gün ve 1997/44 sayılı Başbakanlık Genelgesi, s.1

günü yapılır. Mesut Yılmaz tarafından oluşturulan, yeni Ekonomik ve Sosyal Konsey'de devleti temsilen 15, işveren kesimini temsilen 8, işçi kesimini temsilen ise 7 kişi bulunuyordu. Kamu çalışanlarının temsilcisinin Konsey'de yer almaması da özellikle Türkiye Kamu Sen tarafından sert biçimde eleştirilmiştir⁴².

Ekonomik ve Sosyal Konsey, son kez Başbakan Bülent Ecevit'in başkanlığında (57. Hükümet), 1 Nisan 2001 günü toplanmıştır. Toplantının açılışında yaptığı konuşmada Ecevit, işçi, girişimci, çiftçi ve hükümet diyalogu ve uzlaşısı olmadığı sürece demokratik ve sosyal devlette sağlıklı bir gelişmenin gerçekleşmeyeceğine inandığını belirterek, bu bakımdan Ekonomik ve Sosyal Konsey çalışmalarının verimli bir sürece girmesinin çok büyük önem taşıdığını ifade etmektedir. Ülke sorunları, sosyal tarafların da öneri ve görüşleri alınarak, ülkemizin ve halkımızın çıkarları doğrultusunda biçimlendirilecek bir mutabakat programı çerçevesinde aşılabilir ve aşılmalıdır. Başbakan ayrıca, Ekonomik ve Sosyal Konsey hakkındaki yasa tasarısının da, TBMM'ne gönderildiği müjdesini vermektedir⁴³.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Cumhuriyet tarihinin en büyük krizi olarak ifade edilen "Şubat 2001 Krizi"nden sonra, bu krizden çıkış yolunda Konseye bir kurtarıcı olarak bakılmakta olduğudur. Hükümete karşı, bütün güvenini yitirmiş bulunan geniş toplum kesimlerinin, temsilcileri vasıtasıyla desteklerinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Sonuç olarak, son derece önemli bir yere sahip olması gereken Konseyin oluşturulması, genelgelerle geçirilecek işlerden değildir ve artık sağlam bir yasal temele oturtulma zamanı da gelmiştir. İşte, bu büyük boşluk 4641 sayılı Yasa'yla giderilmeye çalışılacaktır.

II. 4641 Sayılı Yasada Ekonomik ve Sosyal Konsey

1. Ekonomik ve Sosyal Konseyin Oluşumu

Yürütme organına bağlı, tamamen **istişari nitelikte** bir danışma organı (m.1) olarak düzenlenen Konsey'de, hükümet kesimini temsilen, başta Başbakan olmak üzere 3 Başbakan Yardımcısı, 9 bakan, 2 müsteşar ve Devlet Personel Başkanı bulunmakta; yani toplam olarak, kamuyu temsil eden 16 kişi ile meslek odaları, İşçi ve İşveren Sendikaları Konfederasyonlarını temsilen de 21 kişi bulunmaktadır⁴⁴. Yasaya göre, ayrıca ihtiyaç halinde,

⁴² **Radikal**, 28.9.1997

⁴³ 2 Nisan 2001, **Hürriyet**

⁴⁴ Madde 2: "Ekonomik ve Sosyal Konsey; Başbakanın başkanlığında, Başbakan yardımcıları, Devlet Planlama Teşkilatından sorumlu Devlet Bakanı, Hazine'den sorumlu Devlet

Başbakan tarafından belirlenecek “diğer Hükümet temsilcileri ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri” de kurula katılabileceklerdir (m.2).

Yasanın TBMM’nde görüşülmesi sırasında hükümet adına konuşan Çalışma Bakanı Yaşar Okuyan’a göre: Düzenlemenin bu şekilde yapılmasının nedeni, konseyin gündem konusu hangi sivil toplum örgütleriyle ilgiliyse, o sivil toplum örgütlerinin konseye çağrılması ve müzakerelere katılım olanağının sağlanmasıdır⁴⁵.

Konsey üye sayısının bu şekilde dondurulmayıp (tahdidi olarak sayılmayıp) değişebilir tarzda tutulması (tadadi olarak sayılması) oldukça yerindedir. Aksi halde, çeşitli kurum ve kuruluşların ya da sivil toplum örgütlerinin temsili konusunda problem yaşanabilecekti. Bu da daha başlangıçta Konseyin, kuruluş amacından uzaklaşması anlamına gelecekti. Bu düzenleme tarzı ile Başbakan, duruma göre uygun gördüğü grupların temsilcilerinin de Konseye katılımını sağlayabilecektir. Ancak, kanımca Yasa’da, Barolar Birliği, Mühendis Odaları Birliği, Türk Tabipler Birliği, Memur Sendikaları Konfederasyonları, Türk Kadınlar Birliği, Türkiye Milli Kooperatifler Birliği, Tüketici Dernekleri ve benzerleri gibi, ekonomik ve sosyal hayatımızda çok önemli yeri olan toplumsal kesimlerin temsilcileri de, Konseyin daimi üyesi olarak değerlendirilmiş olsaydı, daha yerinde olurdu⁴⁶.

Diğer yandan Konseye, yasada sayılanlar dışında belirlenecek katılımcıların seçimi konusunda, Başbakanın ideolojik tutum ve davranış içinde olmamasının gereği de açıktır. Örneğin, Erbakan’ın Başbakanlığı döneminde (54. Hükümet) Konseye TÜSİAD’ın yerine MÜSİAD’ın katılımı sağlanırken, daha sonra Mesut Yılmaz’ın Başbakanlığı döneminde (55. Hükümet) bunun tam tersi bir uygulama yapılmıştır⁴⁷.

İşte, bu tür tutum ve davranışlar hiç kuşkusuz bir uzlaşma organı niteliğinde ki Konseyi, amacından uzaklaştıracaktır. Bu durumda, Konseyde temsil

Bakanı, Dış Ticaret Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanı, Devlet Personel Başkanlığından sorumlu Devlet Bakanı, Maliye Bakanı, Tarım ve Köyişleri Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı, Gümrük Müsteşarı, Devlet Personel Başkanı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunu temsil eden üçer temsilciden ve Başbakan tarafından belirlenecek diğer Hükümet temsilcileri ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri ile kamu görevlilerinden oluşur.”.

45 TBMM Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 3. Yasama Yılı 82. Birleşim 11 Nisan 2001.

46 Nitekim Konsey; İtalya’da 79, Portekiz’de 54, Yunanistan’da 49 üyeden oluşmaktadır.

47 “MÜSİAD Ekonomik Konsey’de”, 12.3.1997, Milliyet

edilecek kurum ya da kuruluşların seçiminde -ortaya çıkabilecek sorunları önlemek bakımından-, objektif kriterlerin getirilmesi yanısıra, bu konuda yetkinin TBMM ya da Cumhurbaşkanı'na verilmesi gibi seçenekler düşünülebilir.

Bu aşamada karşılaşılan diğer bir sorun, bütün meslek kollarının konseyde temsilinin mümkün olup/olmayacağı konusudur. Gerçek şu ki, tüm meslek kollarının konseyde temsili mümkün değildir, aksi halde üye sayısı binleri aşacak bu da konseyin çalışmasını imkansız kılacaktır. Bu nedenle, bir meslek dalında birden çok kuruluş var ise, o meslek dalını en iyi temsil eden kuruluş ya da kuruluşların temsilcileri seçilecektir. Bunda ise, nitelik değil nicelik ön plana çıkacak, dolayısıyla en fazla üyeye sahip olan kuruluşun temsilcileri o meslek dalını temsil edecektir⁴⁸.

Konsey başkanı Başbakan'dır. Başbakanın toplantılara katılamaması halinde toplantıya, Başbakanın görevlendireceği Başbakan Yardımcısının başkanlık etmesi öngörülmektedir (m.4). Ayrıca üç başkan yardımcısı belirlenecektir⁴⁹.

Dikkat edilirse, Konseyin tamamen korporatif nitelikte bir yapıya sahip olmadığı görülebilir. Çünkü Konsey, Fransa'da olduğu gibi, sadece tüketici, emek ya da sermaye kesimlerinin temsilcilerinden oluşmamakta, ayrıca başta hükümet olmak üzere, çeşitli devlet organlarının temsilcileri de bu oluşumda yer almaktadır.

Kanımca, Konseyin bu oluşum tarzının olumlu tarafları yanında, olumsuz tarafları da bulunmaktadır. Bir taraftan başta Başbakan olmak üzere, hükümetin önemli bir kısmını oluşturan Bakanların Konseyin üyesi olması, Konsey kararlarının daha ciddi bir şekilde ele alınması ve hükümet tarafından yasama organı önüne taşınması açısından olumlu olarak değerlendirilebilir. Ancak diğer taraftan, hükümetin kendi kararlarını konsey kararı haline dönüştürmek istemesi tarzında ki bir uygulama; diğer bir ifadeyle, Hükümetin, -daha önceki uygulamalarda olduğu gibi- Konseyi "toplumun çeşitli kesimlerini ikna organı

48 Aynı yönde düşünce için bkz. A.GÖZE, *Korporatif Devlet*, s. 192.; A.GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 413

49 Üç başkan yardımcısından biri, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından, bir diğeri Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu ile Türkiye Ziraat Odaları Birliği tarafından, diğeri ise, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu ile Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu tarafından belirlenecektir. Başkan yardımcıları bir yıl süreyle ve dönüşümlü olarak görev yapacaklardır (m.5).

Başkanlık divanı ise; Konsey Başkanı, üç Konsey Başkan Yardımcısı ve Konsey Sekreteryasından sorumlu Müsteşardan oluşacaktır (m.6).

olarak kullanma” yönünde hareket etme riski de bulunmaktadır⁵⁰.

Bu nedenle kanımca, Türk Konsey’inin de, Fransa’da olduğu gibi tamamen korporatif temsil niteliğinde bir yapıda olması daha yerinde olurdu. Böylece Konsey, tamamen bağımsız, özerk bir kurum haline gelecek; dolaşısıyla, hükümetin Konsey’i etkileme şansı da ortadan kalkmış olacaktır.

4641 sayılı Kanunla kurulan Ekonomik ve Sosyal Konsey’in oluşumuna, 1958 Fransız Anayasası⁵¹nda yer alan Ekonomik ve Sosyal Konseyin örnek teşkil ettiği söylenebilirse de, Konseylerin kompozisyonu açısından farklılık bulunmaktadır.

1958 de yeniden şekillenen Fransız Ekonomik ve Sosyal Konseyi, beş yıl

50 4641 sayılı yasanın TBMM’nde görüşülmesi sırasında DYP grubu adına konuşan Hatay Milletvekili Mehmet Dönen de bu endişeleri ifade etmektedir: “Eğer, hükümetin emrinde olan bir ekonomik ve sosyal konsey olursa, sonuçta, bu ülkede, ekonomik ve sosyal konseye üye olmayan, iktidarda olmayan siyasi partiler nezdinde bu konseyin aldığı kararların inandırıcılığı olmaz; o da, ülkede gerekli konsensüsü sağlayacak nitelikte kararlar almaktan bu kararları uzaklaştırır. Yani, **ekonomik ve sosyal konsey, hükümetin güdümünde olmamalı; toplanıp kendisi serbestçe düşünce bildirir bir konumda olmalı.**”; “Bizim temel amacımız, devletin dışında, yani hükümetin dışında oluşan sivil toplum örgütlerinin görüşlerini yansıtılmalarını sağlamak. Yoksa, burada devletin görüşlerini onlara enjekte etmekse maksat, bu, ekonomik ve sosyal konsey olmaz; bu, başka bir şey olur, hükümetin yan kuruluşu olur...” (vba); “Avrupa’da bize benzer olan Akdeniz ülkelerine bakalım. Neresi; Portekiz. Portekiz 54 üye ile Ekonomik ve Sosyal Konseyini kurmuş. Hükümet, bunlardan sadece 8’ini oluşturuyor ve kalan 46 kişiyi de sivil toplum örgütleri oluşturmakta. Sivil toplum örgütlerinin oluşturduğu 46 kişinin içerisinde, etkilemek için, etkili kararlar aldırılmak için, 8 hükümet üyesi de katılmıyor... (Böylece Konseyin) bağımsız toplanıp, bağımsız karar alan ve aldığı kararı hükümete iletilebilen bir organ niteliğinde çalışması sağlanmış.” olmaktadır. TBMM Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 3. Yasama Yılı 82. Birleşim, 11 Nisan 2001.

51 1958 Fransız Anayasasının X. Bölümünü oluşturan 69, 70 ve 71. maddelerinde Ekonomik ve Sosyal Konsey düzenlenmiş bulunmaktadır.
Madde 69: “Ekonomik ve Sosyal Konsey Hükümetin başvurması üzerine yasa tasarıları, emirname ya da kararname hakkında olduğu gibi kendisine sunulan yasa önerileri hakkında da görüşünü bildirir.
Ekonomik ve Sosyal Konsey bir üyesini Konseye sunulmuş bulunan tasarılar ya da öneriler hakkında Konseyin görüşünü Parlamento meclisleri huzurunda açıklamaları için atayabilir.”.
Madde 70: “Ekonomik ve Sosyal Konseye hükümetçe Cumhuriyeti ya da Topluluğu ilgilendiren ekonomik ya da sosyal nitelikte bütün sorunlar hakkında da danışılabilir. Ekonomik ya da sosyal nitelikte her plan ya da program yasası tasarısı görüşü alınmak üzere Konseye sunulur.”.
Madde 71: “Ekonomik ve Sosyal Konseyin oluşum biçimi ile işleyiş kuralları bütünsel bir yasayla saptanır.”. Anayasa metni için bkz. Yaşar GÜRBÜZ, **Anayasalar**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981; Fransa’da Ekonomik ve Sosyal Konsey’in kuruluşu, görevleri ve çalışma usulleri 29 Aralık 1958 tarihli bir Organik Yasa ile (Ordonnance) düzenlenmiş, 8 Ağustos 1962 de ise bu yasada bazı değişiklikler yapılmıştır.

için seçilen 200 civarında üyeden oluşmaktadır⁵². Konseyin 45 üyesi, işçi, memur, teknisyen ve mühendisleri temsil eden sendikalar ve meslek kuruluşlarınınca, 41 üye sanayi, ticaret ve el sa'natları işletmelerince, 40 üye tarım kuruluşlarınınca kendilerini temsilen doğrudan seçilmekte. 15 üye ekonomik, sosyal, bilim ve kültür alanlarında yetkin kişiler arasından seçilecektir. 60 civarında üye ise, hükümet kararnamesiyle atanmaktadır. Ancak bu atama yapılırken, 40 üye Başbakanın önerisi, 9 üye her biri ilgili bakanların önerisi, 11 üye ise yardım sandıklarının önerisi dikkate alınarak yapılmaktadır⁵³.

Türk Konseyinde, Fransa'dan farklı olarak parlamento önünde Konsey görüşlerini savunmak üzere bir temsilci de atanmamıştır. Ancak, buna gerek de yoktur. Çünkü, Fransız Konseyi Türkiye'den farklı olarak tamamen korporatif nitelikte bir yapıya sahip olduğundan, diğer bir deyişle, Konsey bünyesinde hükümeti temsil eden bir üyenin bulunmaması nedeniyle Fransa'da parlamento önünde Konseyin görüşlerini savunacak bir temsilcinin atanması öngörülmüştür (Organik Yasa m.5) ve bu gereklidir. Oysa, ülkemizde büyük ölçüde parlamento gündemini/kararlarını oluşturan Hükümet üyelerinin, Konsey içinde temsil ediliyor olması, ayrıca parlamento önünde bir konsey temsilcisinin bulunmasına gerek bırakmamaktadır.

2. Ekonomik ve Sosyal Konseyin Görev ve Yetkileri

Fransız Ekonomik ve Sosyal Konseyi Kuruluş Kanunu'nun 1. maddesinde, Konseyin kuruluş amacı olarak, ülkedeki başlıca ekonomik ve sosyal güçlerin kendi aralarındaki işbirliğini kolaylaştırmak, diğer yandan, ekono-

⁵² Bu konuda bkz. J.P. BEURIER, "Le role du Conseil Economique et Social", Revue de Droit Public et de Science Politique, 1982, c.98, s.1640

⁵³ BEURIER, agm., s.1649; A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, age, s.186-187; Fransa'da 1946 Anayasası döneminde ise Konsey, 10 farklı kesimin 164 temsilcisinden oluşmaktaydı:
 - 45 temsilci, işçi, memur, müstahdem, teknisyen, mühendis, subay ve astsubay meslek kuruluşlarından, her kesimi en iyi temsil ettiği kabul edilen kuruluş tarafından seçilmektedir.
 - 20 temsilci sanayi kuruluşları tarafından seçilmektedir.
 - 10 temsilci ticari kuruluşlar tarafından seçilmektedir.
 - 10 temsilci zanaatkar kuruluşları tarafından seçilmektedir.
 - 10 temsilci fikir adamları arasından seçilmektedir.
 - 8 temsilci aile birlikleri tarafından seçilmektedir.
 - 2 temsilci muhtaç kimselere yardım kuruluşları arasından, bu kesimi en iyi temsil ettiği kabul edilen kuruluş tarafından seçilmektedir.
 - 35 temsilci tarım kuruluşlarından, bu kesimi en iyi temsil ettiği kabul edilen kuruluş tarafından seçilmektedir.
 - 9 temsilci kooperatiflerce seçilmektedir.
 - 15 temsilci Fransız Birliğine bağlı denizaşırı ülkelerden seçilmektedir. Bu konuda bkz. AUBRY, agm, s.427 vd., A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, age, s.184

mik politikaların belirlenmesi konusunda bu güçlerin katılımlarının sağlanması yoluyla, seslerinin duyurulmasını sağlamak amacıyla oluşturulan, bir danışma meclisi olduğu belirtilmektedir⁵⁴.

Bizde de, Konseyin kuruluş amacı olarak, Kuruluş Kanunu'nun 1. maddesinde, benzer şekilde, "ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında, toplumsal uzlaşma ve işbirliğini sağlayacak, sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak, istişari mahiyette ortak görüş belirlemek" (m.1) olduğu ifade edilmektedir.

İşte, bu amaçla 4641 sayılı Kanunun 3. maddesinde, Konseyin görev ve yetkileri şu şekilde sıralanmaktadır:

1. Konsey, Hükümetin ekonomik ve sosyal politikalarının oluşturulmasına, toplumdaki ekonomik ve sosyal birimlerin katılımlarını sağlayarak, Hükümet ile toplum kesimleri arasında ve ayrıca toplum kesimlerinin kendi aralarında diyalog, uzlaşma ve işbirliğini güçlendirecek çalışmalar yapacaktır. Böylece, toplumun geniş kesimleri, sesini duyurabilecek, iktidarı etkileyerek yönetime katılma olanağını elde edeceklerdir⁵⁵.

Kısaca belirtmek gerekirse, Konseyin temel işlevi: Hükümetin makro planda ekonomik ve sosyal politikalarının oluşmasına katkıda bulunmaktan ibarettir. Yoksa, ekonomik ve sosyal nitelikte somut her yasa tasarısının, zorunlu olarak, görüşü alınmak üzere Konseye sunulması söz konusu değildir. Yasaya göre, Konsey ancak ve ancak, "...Hükümetin istemi üzerine,

⁵⁴ BEURIER, agm., s.1647

⁵⁵ Kanunun genel gerekçesine göre, "Ekonomik ve Sosyal Konseyin temel işlevi, ekonomik istikrarın kurulması, büyümenin ve sanayileşmenin hızlandırılması, üretimin, yatırımların ve verimliliğin artırılması, ekonomiye rekabet gücü kazandırılması, istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğin önlenmesi, işgücü niteliğinin yükseltilmesi, gelir dağılımının iyileştirilmesi ve sosyal adaletin sağlanması, sosyal devlet anlayışının gereği olarak kamu hizmetlerinin geliştirilmesi, çalışma hayatının demokratikleştirilmesi, ülke demokrasisinin daha da geliştirilmesi ve güçlendirilmesi gibi temel sosyo-ekonomik amaçlar için sürekli ve kalıcı bir diyalog platformu olmak, danışma organı olarak ortak görüş oluşturmak ve Hükümet ile Parlamente'ye tavsiyelerde bulunmaktır.

Hükümet, ekonomik ve sosyal konularda Konseye danışabilecek, ekonomik ve sosyal nitelikli program, kanun tasarısı ve teklifleri ile diğer hukukî düzenlemelerle ilgili olarak Konseyden görüş alabilecektir. Bu durumlarda Konsey, bünyesinde oluşturacağı danışma kurulları ile de tüm kesimlerin görüşlerini raporunda yansıttacaktır.

Gerek Kalkınma Planı ve Yıllık Programların hazırlanması sırasında ve gerekse ekonomiyi ve sosyal yaşamı doğrudan etkileyen kanun tasarısı ve tekliflerinin hazırlanması sırasında, Hükümetin Konseye danışması, ekonomik ve sosyal gelişme yönünde önemli faydalar da sağlayacaktır.

Tasarı, sürekli ve kalıcı bir "Danışma organı" olarak, yukarıda belirtilen ekonomik ve sosyal konularda, bir diyalog, uzlaşma ve işbirliği platformu oluşturmak amacıyla düzenlenmiştir. "

ekonomik ve sosyal nitelikli her türlü konuda, ekonomik ve sosyal yaşamı doğrudan etkileyen kanun tasarısı ve kalkınma planı ile yıllık programların hazırlanması sırasında görüş ..." bildirebilecektir (m.3).

Demek ki, Hükümet, ekonomik ve sosyal konularda Konseye danışabilecek; ekonomik ve sosyal nitelikli program hariç, **ihiyari olarak**, dilediği kanun tasarısı ve teklifleri ile diğer hukuki düzenlemelerle ilgili olarak Konsey'den görüş alabilecektir.

Kanımca, bu konularda Konseyin görüşüne başvurulabilmesinin, "hükümetin istemi" koşuluna bağlanması yerinde değildir. Bu düzenleme tarzı Konseyin kuruluş amacıyla bağdaşmaz. Doğru olan, ekonomik ve sosyal nitelikli olmak kaydıyla, kanun tasarıları, kalkınma planı ve yıllık programların hazırlanması ile ilgili konularda da Konseyin kendiliğinden (re'sen) inceleme yaparak görüş açıklayabilmesidir.

Bu konuda Göze de, yürütme organı nezdinde istişare organı olarak görev yapan Ekonomik ve Sosyal Konsey'in -varlığından ve faaliyetinden beklenen olumlu sonuçların doğabilmesi için- yürütme organı tarafından hazırlanacak bütün yasa tasarıları ile ülke ekonomisini ve sosyal hayatı ilgilendiren bütün hukuki tasarruflar hakkında önceden Konseyin görüşünün alınması zorunluluğunun gereğini ifade etmektedir⁵⁶. Göze'ye göre ayrıca, Konseye gerekli gördüğü alanlarda yasa tasarıları hazırlama, tekliflerde bulunma, ekonomik ve sosyal konularda alınması gereken tedbirler hakkında görüşünü açıklama yetkilerinin de tanınması gerekmektedir⁵⁷. Nitekim, Fransa'da uygulanan önceki sistemde (1946 Anayasası dönemi); ekonomik ve sosyal içerikli yasa tasarıları, ulusal meclis tarafından, görüşülmeye başlanmadan önce, görüşü alınmak üzere Konseye sunulma zorunluluğu bulunmakta idi⁵⁸

⁵⁶ Bu konuda bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, age, s.189-190; A.GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 413.; A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s.154

⁵⁷ Bu konuda bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, age, s.189-190; A.GÖZE, **Devlet Sistemleri**, s. 154

⁵⁸ 1946 Fransa Anayasası'nın 25. maddesine göre, Konseyin, bütçe yasaları ve uluslararası antlaşmalar dışında kalan, ekonomik ve sosyal içerikli yasa tasarıları ve tekliflerini yasa organı önünde görüşülmeden önce inceleyerek görüşlerini parlamentoya iletme ve gerekli gördüğü takdirde komisyonlardaki görüşmelere katılarak, görüşlerini savunma yetkisine sahip olduğu düzenlenmekteydi.

Ayrıca Konsey, kendiliğinden harekete geçerek, ekonomik ve sosyal konuları görüşmek, gerekli görürse araştırmalar yapmak, alınmasını istediği önlemlere ilişkin görüşlerini Hükümete ve Parlamento'ya bildirmek yetkisine de sahiptir (27 Ekim 1946 tarihli Kanun m.1). Bu konuda bkz. A.GÖZE, **Korporatif Devlet**, s.183 vd.; AUBRY, agm, s.425 vd.; 1946 Anayasası'nda yer alan düzenleme şu şekildedir:

Madde 25: "Ekonomik Konsey, görev alanına giren konulardaki yasa tasarısı ve tekliflerini görüş bildirmek üzere inceler. Konseyin statüsü yasayla saptanır.

(m.25).

Belirtelim ki, Türkiye’deki bu düzenleme tarzı, yani ekonomik ve sosyal nitelikte her yasa tasarısının zorunlu olarak görüşü alınmak üzere Konseye sunulmayıp hükümetin istemine bağlanması, şeklindeki düzenleme, Fransa’daki mevcut düzenlemeye paralellik arz etmektedir.

2. Komisyon, bu amaçla çalışmaları sonucu oluşturduğu görüş, öneri ve raporları Hükümete, TBMM’ne, Cumhurbaşkanı ve kamuoyuna sunacaktır. Bu yapılırken, uzlaşılan ve uzlaşılamayan konular ayrı ayrı belirtilecektir.

Öngörülen bu düzenlemeler yerinde olmakla birlikte, Fransa’da bulunan, fakat bizde bulunmayan, kanımca önemli bir düzenleme; Ekonomik ve Sosyal Konseyde benimsenen görüşlerin etkili olmasını ve olumlu sonuçlar doğurmasını sağlayacak olan “Başbakanın düzenleyeceği bir raporla Konseyin görüşlerine ne derece uyulduğunu her yıl açıklaması” zorunluluğudur (Organik Yasa m.4).

3. Komisyon, çalışmalarının daha verimli olması açısından, sürekli veya geçici nitelikte çalışma kurulları oluşturup bunların üyelerini belirleyecek ve bu kurullar tarafından hazırlanan raporları görüşecektir.

4. Komisyon, Türkiye-Avrupa Birliği Karma İstişari Komitesi üyelerini belirleyecektir. Bunu yaparken, Avrupa Birliği Ekonomik ve Sosyal Komitesinin yapısı ve özelliklerini dikkate alacaktır. Yine Komitenin çalışmalarını izlemek de Komisyonun görevleri arasında bulunmaktadır.

5. Ayrıca Komisyon, amaçları doğrultusunda ulusal ve uluslararası düzeyde seminer ve toplantılar düzenleyerek, uygun göreceği toplantılara temsilci gönderebilecektir.

6. Ekonomik ve sosyal konularda yayınlar veya araştırmalar yapacak ya da yaptırabilecektir.

3. Konseyin Çalışma Usulleri

Konsey üç ayda bir Başkanın daveti ile **olağan**⁵⁹, Başkanın daveti veya Başbakanca belirlenecek olanlar dışında kalan temsilcilerin üçte birinin yazılı istemleri üzerine **olağanüstü** toplanabilecektir.

Yasa tasarıları, ulusal meclis tarafından, görüşmeye sunulmadan önce Konseye gönderilir.

Konsey, diğer yandan, Bakanlar Kuruluna danışma niteliğinde görüş bildirebilir. İnsan gücünün ve maddi kaynakların rasyonel kullanımına yönelik ulusal ekonomik planların hazırlanmasında Konseyin görüşünün alınması zorunludur.”

⁵⁹ Belirtelim ki Konseyin toplanması için 4641 Sayılı Yasada öngörülen 3 aylık süre çoktan geçmiş olmasına rağmen -bu çalışmanın yapıldığı sırada 8 ay dolmuştur- Konsey henüz toplanmamıştır.

Konsey toplantılarının gündemine ilişkin hazırlıklar, Konseyi oluşturan temsilcilerden birer kişinin katılımı ile sekreteryaya tarafından yapılacak, toplantı gündemi ise Başkanlık divanı⁶⁰ tarafından belirlenecektir (m.7).

Konsey, ihtiyaç duyulan konularda görüş bildirmek üzere geçici ya da sürekli nitelikte çalışma kurulları oluşturabilecektir. Çalışma kurulları, çalışmalarına ve toplantılarına, bilgi ve veri sağlamak ve çalışmalara katkıda bulunmak amacıyla, Başbakanlık, ilgili Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerini davet edebilme yetkisine sahiptir. Kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcileri, toplantılara katılmak ve devlet sırrı dışındaki tüm bilgi ve verileri sağlamakla yükümlü bulunmaktadır (m.8).

Çalışma kurulları ayrıca, gündemi ile ilgili konularda meslek örgütlerini, diğer sivil toplum örgütlerini ve konuyla ilgili uzmanları toplantıya çağırabilecektir (m.8).

Konseyin sekreteryaya hizmetleri, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından yerine getirilecektir (m.9).

Son olarak belirtelim ki, Konsey toplantılarına ilişkin esas ve yöntemleri, çalışma kurulları ile çalışma gruplarının kuruluş, çalışma esas ve yöntemlerine ilişkin ayrıntılar, Konseye katılanların görüşleri alınarak, Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir⁶¹ (m.11).

Fransız Konseyi ise, danışma görevini, gerek kendi içinden, gerekse kendi dışından gelen taleplerle toplanarak yerine getirebilmektedir. Dıştan taleple Konsey yalnızca, Bakanlar Kurulu (Hükümet) tarafından harekete geçirilebilecektir. Bu durum değişik şekillerde gerçekleşebilmektedir⁶²:

1. Hükümet, doğrudan doğruya belirli bir konuda hükümetin görüşünü talep edebilecektir.

2. Hükümet, kendi dışında herhangi bir kurum ya da kuruluş tarafından gündeme taşınan bir sorun hakkında Konseyin görüşünü talep edebilir.

3. Hükümet, bir sorun hakkında Hükümet Genel Sekreteri ve Konsey Genel Sekreteri'nin ortak talebi üzerine Konseyin görüşüne başvurulabilir⁶³.

Ayrıca, Konsey kendiliğinden harekete geçerek de inceleme yapabilmekte ve alınmasını gerekli gördüğü önlemlere ilişkin görüşlerini Hükümete

60 Madde 6: "Başkanlık Divanı; Konsey Başkanı, üç Konsey Başkan Yardımcısı ve Konsey Sekreteryasından sorumlu Müsteşardan oluşur."

61 Belirtelim ki bu çalışmanın yazımı sırasında söz konusu yönetmelik -öngörülen 3 aylık süre çoktan aşılmış olmasına rağmen- yayımlanmış değildir.

62 Bu konuda bkz. A.GÖZE, *Korporatif Devlet*, s.185 vd.; BEURIER, agm., s.1655 vd.

63 BEURIER, agm., s.1659

bildirmek yetkisine sahip bulunmaktadır. Konsey üyeleri ya da Konsey Çalışma Kurulları tarafından yapılacak görüşme açılması talebi, Konsey Genel Sekreterinin yapacağı ön incelemeden sonra (önemsiz konular hariç) Genel Kurula iletilmektedir⁶⁴. Ekonomik ya da sosyal nitelikte her plan ya da program yasa tasarısı görüşü alınmak üzere Konseye sunulmak zorundadır (Organik Yasa m.5).

Konsey, ekonomik planların uygulanması hakkında yıllık raporlar düzenleyerek, gerekli gördüğü değişiklikler konusunda görüş bildirebilecektir. Yine iki yılda bir, ulusal gelirin artırılması için üretim, tüketim ve ihracat konularında öneriler geliştirebilecektir.

Konsey Genel Kurulu ayda iki defa toplanır. Görüşmeler gizlidir, ancak oylamalar açık oy esasına göre yapılır⁶⁵.

Konsey, meclis alt komisyonları gibi çalışan, dokuz alt komisyona ayrılmaktadır⁶⁶.

Konsey kuruluş yasasının 4. maddesine göre, Hükümet, Konsey tarafından kendisine iletilen görüşlerin kendisince ne ölçüde benimsendiği ve uygulamaya geçirildiği konusunu düzenleyeceği raporlarla Konseye yeniden bildirmek yükümlülüğü altındadır. İstatistiki bilgiler bize, Konseyin Hükümete ilettiği görüşlerin yarıya yakınının Hükümet tarafından benimsendiğini göstermektedir⁶⁷.

Sonuç

Günümüzün gelişmiş toplumlarında, hükümetle toplum kesimleri arasındaki diyalog sadece siyasal diyalogdan ibaret kalmamakta, ayrıca ekonomik ve sosyal alandaki sorunların çözümünde de sivil toplum örgütleri ile bir uzlaşma içerisinde hareket edilmektedir. Diğer yandan, bu diyalog tüm toplum kesimlerinin kendi aralarında etkileşim ve işbirliği şeklinde de yaşanmaktadır.

Esasen, günümüzde toplumsal sorunların çözümü, bunalımların ortaya çıkmasını beklemeden, katılımcı demokrasi, diyalog ve uzlaşmadan geçmektedir. Ancak, bu diyalog ve uzlaşmanın, rastlantılara bırakılmayıp, kalıcı ve kurumsal bir yapıya kavuşturulması da kaçınılmazdır.

İşte, Konsey bu amaçla, Devletin siyasi kurumlarıyla toplumdaki eko-

64 BEURIER, agm., s.1660

65 BEURIER, agm., s.1655

66 BEURIER, agm., s.1650

67 BEURIER, agm., s.1663

nomik ve sosyal güçler arasında sürekli bir toplumsal uzlaşma platformu oluşturacaktır. Konsey, ülke sorunlarının bir diyalog ve uzlaşma yoluyla ele alınıp çözüme kavuşturulmasını, toplumun çeşitli kesimlerinin menfaatlerini ülke menfaatleriyle bağdaştırarak, diyalog ve işbirliğini kurumsallaştırarak, karar alma mekanizmasına katılımını sağlayacaktır.

Baskı grubu olarak, hak ve özgürlüklerin korunmasında büyük bir görev üstlenen sosyal güçlerin, ekonomik iktidarı etkileyerek, o iktidara katılımlarının sağlanması son derece önemlidir. Bu açıdan toplumun geniş kesimlerini temsil etmesi gereken Konseyin, oluşturulması ve görüşlerine başvurulması son derece doğal olduğu kadar, bir o kadar da gereklidir. Hatta, bu konuda ülkemiz açısından oldukça geç kalmıştır.

Konsey, siyasi bir organ niteliğinde olmadığı gibi, bir karar organı da değildir; gerekli durumlarda hükümet ve parlamentoya görüş bildiren sürekli ve kalıcı bir danışma organıdır. Bu anlamda Konsey, siyasal iktidara, teknik, ekonomik sosyal konularda yol gösterici, bilgi verici, uyarıcı ve karmaşık ekonomik konuları aydınlatıcı bir görev üstlenecek, diğer yandan, siyasal iktidar ile sosyal ekonomik güçler arasında bir dayanışma, uzlaşma ve işbirliği platformu oluşturacaktır.

4641 sayılı Kanunla oluşturulan Konsey bu anlamda olumlu bir gelişme olmakla birlikte bir takım eksiklikler de içermektedir.

Öncelikle Konseyin, tamamen tabii korporatif sisteme dayalı olarak oluşturulması, diğer bir ifadeyle, salt sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinden oluşması ve hükümetten bağımsız bir kurul olarak düzenlenmesi gerekirken, bu durumun tersine hükümet, Konsey içerisinde 16 kişi ile temsil olanağı bulmuş durumdadır. Böylece Konsey, hükümetten bağımsız bir şekilde; onun güdümünde olmaksızın, hareket edebilme olanağına sahip olamamıştır. Dolayısıyla, hükümetin daha önceki uygulamalarında olduğu gibi Konseyi, toplumun çeşitli kesimlerini ikna etme platformu olarak kullanma riski hala devam etmektedir.

Bunun dışında, Konseyde, daimi statüdeki üyelerin sayısının son derece dar tutulması da önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Konsey'de, 16 hükümet temsilcisine karşın, 7 tane kuruluşun (3'er) temsilcisine yer verilmektedir. Bunların da, 3 tanesi işçi sendikaları konfederasyonu, bir tanesi işveren, diğer 3'ü ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır. Bunlar dışındaki, Konseye katılacak diğer sivil toplum kuruluş temsilcilerinin, Başbakan tarafından belirlenecek olması ise -sübjektif takdire açık bulunduğu- toplumdaki bütün sosyal güçlerin sağlıklı bir şekilde temsili konusunda güvensizlik yaratmaktadır.

Bu anlamda, 2 milyonun üzerinde devlet memurunun bulunduğu bir ül-

kede memur kesiminin temsil edilmemesi büyük bir eksikliklerdir. Bu nedenle, Yasa’da, Barolar Birliği, Mühendis Odaları Birliği, Türk Tabipler Birliği, Memur Sendikaları Konfederasyonları, Türk Kadınlar Birliği, Türkiye Milli Kooperatifler Birliği, Tüketici Dernekleri yanında, ayrıca, üçüncü sektör olarak adlandırılan ve etkin bir şekilde kamusal hizmetlerde bulunan gönüllü teşekküller gibi, ekonomik ve sosyal hayatımızda çok önemli yeri olan toplumsal kesimlerin temsilcilerinin de, Konseyin daimi üyesi olarak değerlendirilmiş olması, daha yerinde olurdu. Böylece, toplumun tüm katmanlarının, bir mozaik oluşturacak şekilde Konsey içerisinde yer alması sağlanabilirdi.

4641 sayılı Kanuna göre, Konseyin temel işlevi: Hükümetin makro planda ekonomik ve sosyal politikalarının oluşmasına katkıda bulunmaktan ibarettir. Yoksa, ekonomik ve sosyal nitelikte somut her yasa tasarısının, zorunlu olarak, görüşü alınmak üzere Konseye sunulması söz konusu değildir, bu ancak “hükümetin istemi” ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu gibi konularda Konseyin görüşüne başvurulabilmesinin, “hükümetin istemi” koşuluna bağlanması yerinde değildir ve hükümetin keyfi uygulamalarına yol açabilecek niteliktedir.

Bu nedenle, ekonomik ve sosyal nitelikli olmak kaydıyla, kanun tasarıları, kalkınma planı ve yıllık programların hazırlanması ile ilgili konularda da Konsey, kendiliğinden (re’sen) inceleme yaparak görüş açıklayabilmelidir. Ayrıca, Konsey’e gerekli gördüğü alanlarda yasa tasarıları hazırlama, tekliflerde bulunma, ekonomik ve sosyal konularda alınması gereken tedbirler hakkında görüşünü açıklama yetkilerinin de tanınması gerekir.

Sonuç olarak, Konseyin kuruluşu, “çoğulcu demokratik sistem”in gelişmesi adına önemli bir adımdır. Böylece, çağdaş toplumu oluşturan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kuruluşları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine ulaşılarak, bu toplumsal güçlerin, görüş ve düşüncelerinin de meşru ve etkili bir şekilde, iktidarı etkileyerek “milli irade”nin ayrılmaz parçası olma olanağı tanınmış olmaktadır.

Ancak üzülererek belirtelim ki Konseyin olağan toplantısı için 4641 Sayılı Yasada öngörülen 3 aylık süre çoktan geçmiş olmasına rağmen⁶⁸ henüz toplantıya çağrılmamış olması, Hükümetin Konseye olumsuz bakışını sergilemesi açısından son derece dikkat çekicidir.

⁶⁸ Bu çalışmanın yapıldığı sırada 8 ay dolmuştur.

MECELLE'DE HİZMET AKDİNİN FESİH DIŞINDAKİ SONA ERME HALLERİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

Giriş

Mecelle'de¹ icâre akdi sistematîği içinde ele alınan hizmet akdi (icâre-i âdemî)², geçerli olarak kurulduktan sonra, belli durumların ortaya çıkması halinde sona erer. Bunlar, tarafların anlaşması (ikâle), akit konusunun gerçekleşmesi (yani, işin görülmesi veya belirli süreli hizmet akitlerinde sürenin dolması), taraflardan birinin ölümü ile işçi ve işveren sıfatlarının aynı şahısta birleşmesi durumlarıdır. Sayılan bu gibi hallerde, hizmet akdi taraflardan birinin irade açıklamasına gerek kalmadan, kendiliğinden sona erer. Bu nedenle, bu gibi durumları modern hukuk sistematîği içerisinde, "fesih dışında kalan sona erme halleri" başlığı altında ele almak mümkündür. Diğer taraftan hizmet akdi, belli durumların ortaya çıkması halinde, taraflardan birinin fesih beyanıyla sona erdirilebilir ki, bunlar da "fesih ile sona erme" başlığı altında ele alınabilir³.

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Mecelle hakkında geniş bilgi ve Mecelle'nin metni için bkz. Osman Öztürk, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973; Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997; Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul 1305.

2 Hizmet akdinin eski hukuktaki ve bu arada Mecelle'deki düzenleniş biçimi hakkında geniş bilgi için bkz. Murat Şen, "Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış", AÜEHFD, C.IV, S.1-2, Erzincan 2000, s. 524-533.

3 Mecelle'nin dayanağını oluşturan İslâm Hukuku kaynaklarında (gerek klasik olsun gerekse modern kaynaklarda), hizmet akdinin sona ermesi, âdi (olağan) ve fevkalade (olağanüstü) sebeplerle sona erme başlığı altında incelenmiştir. Adî sebeplerle sona erme, ikâle ve sözleşme konusunun gerçekleşmesi ile olmaktadır. Bunlar önceden bilinen durumlar olarak kabul edilmektedir. Fevkalade sebeplerle sona erme ise, taraflardan birinin ölümü ile ayıp ve özürler sebebiyle hizmet akdinin feshedilebilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Fevkalade sebeplerle akdin feshi, tarafların isteğiyle değil, beklenmeyen bazı durumların ortaya çıkmasıyla olmaktadır. İslâm Hukuk sisteminin kendine özgü özelliğinden kaynaklanan bu ayırım, günümüz hukuk sisteminde kullanılmamaktadır. Bu nedenle, günümüz hukukundakine paralel bir tarzda konunun ele alınması mukayese

Hizmet akdini fesih dışında sona erdiren durumlarda, tarafların fesih beyanında bulunmasına gerek yoktur. Hizmet akdi ya kendiliğinden ya da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iki irade açıklaması sonucunda sona ermektedir. Bu durumlar, tarafların anlaşması, akit konusunun gerçekleşmesi, taraflardan birinin ölümü ile işçi ve işveren sıfatlarının aynı kişide birleşmesidir.

I- Tarafların Anlaşması (İkâle)

A- Genel Olarak

Genel olarak borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ikâle, “bağlayıcı ve feshi kabil bir akdi bozmayı konu edinen akit”⁴ anlamına gelmektedir. Buna göre, hizmet akdinin taraflarının karşılıklı rıza ile akdi sona erdirmeleri için yaptıkları yeni akde “ikâle” denir⁵. Böylelikle taraflar, hizmet akdini sona erdirme hususunda anlaşmak suretiyle yeni bir akit (hizmet akdini sona erdirme akdi) meydana getirmiş olurlar⁶.

İkâle, akde dayalı borç ilişkisini fesih gibi sona erdiren sebeplerden biri olmakla birlikte kuruluşu için iki tarafın karşılıklı iradesine ihtiyaç duyulması bakımından fesihten ayrılır ve bu yönüyle bir akit özelliği taşır. Fesih ya akdin özelliği ve taşıdığı bazı vasıflardan yahut tarafların elde ettikleri haklardan kaynaklandığı halde; ikâle doğrudan doğruya tarafların -akdin yapılmasından sonra fakat ifasından önce- anlaşmalarına dayanmaktadır⁷.

Mecelle m.163, “*ikâle, akd-i bey’i ref ve izale etmektir*” demek suretiyle, satış akdinin ortadan kaldırılıp hiç hüküm ifade etmemesi durumunu düzenlemiştir. Mecelle sistematığı içerisinde, hizmet akdinin satım akdi kategorisinde değerlendirilmesinden (lazım yani bağlayıcı akitlerden

açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Şen, İslâm Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1994, s.50 vd.

4 Mecelle m. 163; Bilal Aybakan, “İkâle”, TDVİA, C. 22, İstanbul 2000, s. 14;

5 Alaaddin Ebû Bckr el-Kâsâni, *Bedâyi’üs-Sanâyi fi Tertibi’ş-Şerayi*, C.IV, Beyrut 1974, s. 222; Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, *Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, C.I, İstanbul 1330/1912, s. 246-247, 744; Âtîf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhu Kitabü’l-Buyû*, İstanbul 1318, s. 29; Ali Bardakoğlu, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 1982, s. 301; Hamdi Döndüren, “İslâm’da İşçi İşveren Münasebetleri”, *İslâm’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri*, İstanbul 1986, s. 413; Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C.II, İstanbul 1990, s. 257.

6 Bkz. Ferit H. Saymen, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954, s. 540.

7 Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, C.III, İstanbul 1987, s. 165; Aybakan, s. 14.

olmasından) dolayı, ikâle hizmet akdi için de hüküm ifade eder. Çünkü hizmet akdi, emeğin bir ücret karşılığında satımından ibarettir⁸.

İkâle ile sona erdirilen hizmet akdinin, belli bir süre veya belli bir işin görülmesi üzerine yapılması arasında bir fark yoktur. Her ikisinde de taraflar, anlaşmak suretiyle hizmet akdini süresinden önce sona erdirebilirler. Bu konudaki anlaşma, açık olarak yapılabileceği gibi; zımni olarak da yapılabilir⁹.

Görüldüğü üzere, karşılıklı borç yükleyen akitlerde, akdi yapma yetkisi bulunanlara, aynı şekilde yaptıkları akdi bozma yetkisi de verilmektedir.

B- İkâlenin Kuruluşu

İkâle iki taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre kurucu irade beyanları olan icap ve kabulün birbiriyle örtüşmesi gerekir. Bu konuda hukukçular, icap ve kabulde kullanılacak sözcüklerin kipi ve zamanları üzerinde durmuşlar; Hanefî fikhında Ebû Hanife ile Ebû Yusuf, ikâlenin pazarlık ihtimali bulunmadığından, irade beyanlarının farklı kiplerde (örneğin biri mazi diğeri gelecek zaman kipinde) olabileceğini; İmam Muhammed ise, her ikisinin de mâzî (dili geçmiş zaman) kipinde kullanılması gerektiğini belirtmiştir¹⁰.

C- İkâlenin Şartları

İkâlenin geçerli olabilmesi için, bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak, tehdit ve zorlamadan uzak bir şekilde tarafların serbest iradelerini kullanarak buna rıza göstermeleri şarttır. Sonra, icap ve kabul, aynı yerde yapılmış olmalıdır. Yine, ikâle sırasında işgörme borcunun hâlâ bulunması gereklidir. Eğer işgörme borcu söz konusu değilse, ikâle yapılamaz. Ücretin peşin alınıp da tüketilmiş olması ise ikâleye engel değildir¹¹.

D- İkâlenin Hukukî Niteliği ve Sonuçları

Taraflar hizmet akdini sona erdirme hususunda anlaşmak suretiyle yeni bir akit mi (hizmet akdini sona erdirme akdi) yapmakta; yoksa, akdi fesih mi etmektedirler, hususu İslam Hukuk doktrininde tartışılmış ve görüş ayrılıkları (içtihad farkları) ortaya çıkmıştır¹².

⁸ Mecelle m. 405; Ali Haydar, C.I, s. 246-247, 303-318, 745. Bu konuda bkz. Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 8.B., Ankara 1996, s. 132.

⁹ Mecelle m. 192; Ali Haydar, C.I, s. 307-308; Döndüren, s. 413.

¹⁰ Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, C.II, İstanbul 1991, s. 447; Karaman, Anahatlarıyla, s. 165.

¹¹ Bu hususta geniş bilgi için bkz. Aybakan, s. 14-16.

¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Karaman, Mukayeseli, s. 448-449. Günümüz hukukunda ikâleye "fesih mukavelesi", "bozma akdi", "sözleşmeden dönme", "hizmet akdini sona erdirme akdi" gibi nitelendirmeler yapılmakta ve sonuçta ikâle, yeni

Ebû Hanife tarafından ileri sürülen bir görüşe göre ikâle, bunu yapan taraflar bakımından fesih, üçüncü kişiler bakımından yeni bir akittir. Bu görüşe göre ikâle aslında fesih anlamını taşımaktadır. Fakat taraflar, üçüncü kişilerin bu işleme yönelik haklarını düşürme yetkisine sahip değildir. Bu açıdan ikâle üçüncü kişiler hakkında akit sayılır ve akdin taraflarının başvurabilecekleri hilelere karşı üçüncü kişilerin kazanılmış hakları bu şekilde korunabilir¹³.

İmam Malik ve Hanefî hukukçu Ebû Yusuf tarafından ileri sürülmüş olan diğer görüşe göre ikâle, gerek taraflar ve gerekse üçüncü şahıslar bakımından, yeni bir akittir. Özünde karşılıklı edimler arasında bir değiş tokuş bulunan bir işlemin adı ne olursa olsun bir akit olduğu gerçeği göz ardı edilemez. Ancak ikâle, önceki akitten doğan karşılıklı edimler henüz ifa edilmeden yapılmışsa fesih özelliği taşır¹⁴.

Şafiiler, Hanbeliler ile Hanefilerden İmam Muhammed ve Züfer tarafından ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise ikâle, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler bakımından fesih niteliğinde bir işlemdir. Bu görüş, lafzi bir yorum yaparak ikâlenin Arap dilinde “bir şeyin ortadan kaldırılması” anlamında kullanıldığını, dolayısıyla bir akdin ortadan kaldırılmasının onun feshedilmesi demek olduğunu; bir işlemin kendisi için kullanılan terimin ifade ettiği anlamın dışına taşmaması gerektiğini esas almaktadır¹⁵.

İkâlenin hukuki niteliği konusunda ileri sürülen bu üç görüşten birincisi Mecelle şârihleri ve pek çok hukukçu tarafından esas alınmış ve tercih edilmiştir¹⁶. Şu halde, ikâlenin fesih kabul edilmesi hallerinde, ikâle ile sona

bir akit olarak kabul edilmektedir. Zira taraflar icap ve kabulle kurulan ve karşılıklı birbirine uygun irade açıklamasıyla mevcut hukuki duruma son vermektedirler. Bu da akdi sona erdirmeye hususunda yeni bir akit olarak kabul edilmekte ve akit geleceğe yönelik olarak sona ermektedir. Geniş bilgi için bkz. Saymen, s. 540-541; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 162-163; Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Umûmî Hükümler, C.II, İstanbul 1967, s. 413; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 37 vd.; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 7. B., Konya 2000, s. 77; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., İzmir 1994, s. 239-240.

¹³ Kâsâni, C.V, s. 306-308; Ali Haydar, C.I, s. 313-314; Karaman, Anahatlarıyla, s. 165; Aybakan, s. 14.

¹⁴ Kâsâni, C.V, s. 306-307; Karaman, Mukayeseli, s. 448.

¹⁵ Karaman, Mukayeseli, s. 448.

¹⁶ Kâsâni, C. V, s. 307; Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l Mecelle, C. II, İstanbul 1328, s. 43-44; Âtuf Bey, s. 29-30; Ali Haydar, C.I, s. 313; Mesud Efendi, Mir'ât-ı Mecelle, İstanbul 1302, s. 44.

erdirilen hizmet akdi geriye dönük olarak bozulur¹⁷ ve akitten doğan ve ifa edilen borçlar iadeye konu olur. İfa edilmiş değilse, bunların talep hakkı düşer ve önceki akde dayanılarak herhangi bir talep ileri sürülemez. Yeni bir akit sayılması halinde ise geriye dönük bir etki söz konusu olmaz; ileriye dönük olarak hizmet akdinin hükümleri sona erdirilir. İkâlenin yeni bir akit kabul edilmesi görüşü özellikle üçüncü kişilerin hakları bakımından önem taşır: Eğer ikâle fesih işlemi sayılırsa kural olarak, akit sırasında hakkından vazgeçen şüf'a hakkı sahibinin bu hakkı iddia etmesine imkan verilmez. Zira şüf'a hakkını doğuran hukuki işlem, ikâle ile ortadan kalkmış durumdadır. Şayet ikâle işlemi, akit sayılırsa şüf'a hakkı bu durumda yeniden kazanılır¹⁸.

II- Akit Konusunun Gerçekleşmesi

Hizmet akdi, akit konusunun gerçekleşmesi ile kendiliğinden sona erer. Bilindiği gibi, hizmet akdinin konusu, emek (menfaat)tir. Bu husus Mecelle m. 420'de de ifade edilmiştir: "*icârede ma' kudünaleyh menfaattir*". Menfaat işçi ve işveren açısından farklı şekilde ortaya çıkar. Hizmet akdinin işveren açısından konusu, işçinin çalışmasından (emeğinden) hasıl olan menfaatin işverene temlik; işçi açısından ise, çalışmasının karşılığı olan ücretin işçiye sağlanmasıdır. Bu sebeple de, hizmet akitlerinde yapılacak işin veya iş müddetinin ve ücretin bilinmesi gerekir¹⁹.

Hizmet akdinin konusunun gerçekleşmesi ile hizmet akdinin sona ermesi, diğer akitlerdeki borcun ifasına benzemektedir. Dolayısıyla akit konusunun gerçekleşmesi, borcu ifa gibi, akdi sona erdiren en normal ve beklenen yoldur. Zira bir işçinin iş görmesinden elde edilen menfaat (yarar) üzerine kurulan hizmet akdinde, bu iş görmenin (menfaatin) ölçüsü genellikle akit süresi²⁰, bazen de belli bir işin görülmesidir²¹. Hizmet akdi

¹⁷ Günümüz hukukunda ise fesih, sözleşmeyi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırır. Bkz. Narmanlıoğlu, s. 214; Sümer, s. 79.

¹⁸ Kâsâni, C.V, s, 307; Ali Haydar, C.I, s. 744-746; Aybakan, s. 15-16..

¹⁹ Mecelle m. 420, 421; Âtuf Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden Kitabü'l İcârât, İstanbul 1318, s. 11-12; Reşid Paşa, C. III, s. 13; Mesud Efendi, s. 129; Şeref bin Ali eş-Şerif, el-İcâretü'l Vâride alâ Ameli'l-İnsan, Suûdî Arabistan 1980, s. 87; Ali Bardakoğlu, "İcâre", TDVİA, C. 21, İstanbul 2000, s. 384; Adem Esen, Sosyal Siyaset Açısından İslâm'da Ücret, Ankara 1993, s. 29.

²⁰ Mecelle m. 452'deki "...süt ana emsalinde müddeti icârenin beyaniyle menfaat malum olur" ifadesi sürenin belirlenmesi ile menfaatin bilinir hale geleceğini ortaya koymaktadır.

²¹ Mecelle m. 455'e göre de "ehli sanatın isticarında menfaatin malumiyeti amelin beyaniyle yani ne yapacağını ve nasıl yapacağını tayin ile olur. Mese'la, esvab boyatılacak olduktan esvabın boyacıya iraeisi yahut gızat ve rikkatinin (kalınlık ve inceliğinin) bildirilmesi ve renginin beyanı lazımdır". Yine m. 456'ya göre de "eşya

süre üzerine yapılmışsa akit süresinin sona ermesiyle; belli bir işin görülmesi üzerine yapılmışsa işin görülmesiyle; akitten beklenen gaye (menfaat) gerçekleşmiş olduğundan akit de kendiliğinden sona erer²².

Görüldüğü üzere, hizmet akdinde akit konusunun gerçekleşmesi iki şekilde olabilir. Hizmet akdinin konusu, ya hizmet süresinin dolmasıyla ya da akit konusu işin görülmesiyle gerçekleşebilir²³. Bu nedenle, akit konusunun gerçekleşmesini, sürenin dolması, işin görülmesi ve her ikisinin birlikte kararlaştırılması ihtimalleri için ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

A- Sürenin Dolması ile Akit Konusunun Gerçekleşmesi

Hizmet akdinin süresinin dolmasıyla akit konusunun gerçekleştiğini Mecelle m.452'deki "...süt ana emsalinde müddet-i icârenin beyanıyla menfaat malûm olur" düzenlemesi ortaya koymakta ve süre üzerine yapılan hizmet akdinin konusunun sürenin belirlenmesiyle gerçekleştiğini ifade etmektedir. Ayrıca Mecelle m.425 de, "*ecîr-i hâs'ın ücrete istihkakı müddet-i icârede amel için hazır bulunmasıyla*dır. Yoksa bilfiil işlemesi şart değildir" sözcükleriyle, bağımlı işçi ile yapılan hizmet akdinin konusunun belirlenen süre içerisinde işçinin iş görmek için hazır bulunması olduğunu belirtmektedir. Buna göre, süre üzerine yapılan hizmet akdinde akit konusu sürenin dolmasıyla gerçekleşmekte ve akit konusu menfaatin elde edilmesi ile de hizmet akdi kendiliğinden sona ermektedir²⁴.

Hizmet akdinin süresinin dolması, belirli ve belirsiz süreli hizmet akitlerinde farklı şekilde gerçekleşir.

1- Belirli Süreli Hizmet Akitlerinde

Mecelle m. 568'e göre, "*bir ilim ya sanat talimi için üstad isticar olundukta eğer müddet beyan olunursa icâre müddet üzerine mün'akid olur. Hatta üstad talime hazır ve müheyya bulunmak ile ücrete müstehik olur, şakird gerek teallüm etsin ve gerek etmesin*". Şu halde, hizmet akdi belli bir süre için yapılmışsa, bu sürenin dolmasıyla birlikte hizmet akdi de kendiliğinden sona erer. Bu süre içinde işçi iş görmüş (işveren işçiden

naklinde işaretle ve nakzolunacak mahallin tayini ile menfaat malum olur. Mesela, şu yükü filan mahalle nakledeceksin denildikte yük müşahed ve mesafe malum olduğu cihetle menfaat dahi malum olur".

22 Kâsâni, C.IV, s. 223; Mecelle m. 421; Reşid Paşa, C. III, s. 13-15; Ali Haydar, C. I, s. 672.

23 Mecelle m. 452, 455, 456; Ali Haydar, C. I, s. 672, 674, 677.

24 Ali Haydar, C. I, s. 677, 698-699.

yararlanmış), işveren de ücret ödemiştir²⁵.

Genel kural, belirlenen sürenin dolmasıyla akdin sona ermesi olmasına rağmen, bazen, akdin sona ermesini engelleyen bir özür çıkabilir²⁶. Bir başka ifadeyle, süreyi uzatmayı gerekli kılan bir nedenin var olması durumunda, akit bu nedenin ortadan kaldırılmasından sonra sona erer. Bu genellikle, işçinin işi bırakmasının işverenin aşırı zararına sebep olması durumlarında kendini gösterir. Bu gibi hallerde hizmet akdi ancak özür olarak ifade edilen durumun ortadan kalkmasından sonra sona erer ve işçiye söz konusu ek süre için ecr-i müsemma (kararlaştırılmış ücret) değil ecr-i misil (emsal ücret) ödenmesi gerekir²⁷. Bu şekilde akit süresinin zorunlu uzatılması durumu, icâre-i cebriye (hizmet akdinin zorunlu uzatılması) olarak isimlendirilmektedir²⁸. Mecelle'nin 480. maddesinde "*müddet üzerine bir kayık isticar olunup da esnayırahta müddet münkazi olsa sahile yanaşınca dek icâre mümted olur. Ve müstecir fazla olan müddetin ecr-i mislini verir*" denilmek suretiyle hizmet akdinin süresinin zorunlu olarak uzatılmasından söz edilmektedir. 480. maddede de örnek olarak verildiği üzere, bir ay çalışmak üzere hizmet akdi yapılan bir kaptan, gemi limana ulaşmadan önce, sürenin dolduğunu öne sürerek işi bırakamaz, süresi ilk limana kadar uzatılmış sayılır²⁹. Yine, bir kişi, eşyasını başka yere nakletmek üzere, bir ay süreli bir hizmet akdi yapsa, söz konusu yere varmadan hizmet akdinin süresi dolsa, o yere varılıncaya kadar hizmet akdi uzatılmış kabul edilir. Aynı bunun gibi, süt ana ile belli bir süre çocuğu emzirmesi hususunda hizmet akdi yapıldığı takdirde, sürenin tamamlanmasından sonra, çocuk başkasının memesini almazsa, süt anne akit süresi dolduğu için işi bırakamaz; bu durumda akit süresi uzatılmış kabul edilir³⁰.

Hizmet akdinin belli bir süre için yapılmış olması, iki şekilde gerçekleşebilir. Süre ya gün, ay ve yıl belirtmek şekliyle kesin bir tarih olarak ya da belirli bir zaman dilimi olarak tespit edilebilir. 15 Mayıs 2002 tarihine kadar geçerli olacak bir hizmet akdinin yapılması ilk duruma; yüz

25 Şerif, s. 339; Hayreddin Karaman, İslâm'da İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1981, s. 57; Döndüren, s. 413; Karaman, Mukayeseli, C.II, s. 436; Esen, s. 32.

26 "İcâre, özürler sebebiyle nakzolunabileceği (bozulabileceği) gibi, özürler sebebiyle ibka dahi olunabilir (devamı zorunlu kılınabilir). Bkz. Ali Haydar, C.I, s. 744.

27 Bkz. Kâsâni, C.IV, s. 223; Mecelle m. 563, 564, 565.

28 Mecelle m. 526; Reşid Paşa, C. III, s. 106-107; Ali Haydar, C.I, s. 861.

29 Reşid Paşa, C. III, s. 69-70; Ali Haydar, C.I, s. 744; Döndüren, s. 413.

30 Ali Haydar, C.I, s. 809.

gün, üç ay, beş yıl gibi bir süre için hizmet akdinin yapılması ise ikinci duruma örnek olarak verilebilir. Her iki durumda da akitte belirtilen kesin sürenin sonunda hizmet akdi kendiliğinden sona erer³¹.

Belirli süreli hizmet akitleri kural olarak, belirlenen sürenin tamamlanmasıyla sona erer. Ancak haklı bir nedenin bulunması halinde sürenin tamamlanması beklenmeksizin her zaman sona erdirilebilir ki, bu hizmet akdinin, fesihle sona ermesi durumudur³².

Taraflardan birinin haklı bir nedene dayanmaksızın ve diğer tarafın rızası da olmaksızın belirli süreli hizmet akdini sona erdirebilmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda yapılan fesih haksız fesih olarak nitelendirilir ve hizmet akdi sona ermeyip hüküm ve sonuçlarını doğurur³³. Başka bir anlatımla, haklı bir sebep yok iken, işveren hizmet akdini, haksız olarak feshetmişse, bu durumda işçi geri kalan sürede çalıştırılmasa bile, ücretini tam olarak alır yani işverenin ücret ödeme borcu, eksiksiz olarak devam eder³⁴. Aynı şekilde hizmet akdini haksız olarak fesheden işçi ise, akit yine sona ermez ve işçinin belli bir süre işverenin emrinde çalışmak için hazır bulunması gerekirken buna aykırı davrandığı için işveren akdi haklı nedenle feshedebilir ve işçi de, işverenin emrinde hazır bulunduğu sürenin karşılığı olan ücrete hak kazanamaz³⁵. Eğer işveren bu durumda akdi feshetmezse, işçi süre bitmeden işine geri dönüp çalışabilir ve çalışmasının karşılığını da alır. İşçi süre içinde geri dönüp çalışmazsa, akit, sürenin sonunda sona erer³⁶.

31 Bkz. Mecelle m. 484-496; Şerif, s. 339.

32 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Sona Erme, s. 71-111.

33 Şerif, s. 339.

34 Günümüz hukukunda da belirli süreli hizmet akitlerinin haksız feshinde kural olarak işverenin temerrüdüne ilişkin BK. m.325 hükmünün uygulanacağı kabul edilmekte ve bu süre içerisinde işçinin iş görmemesine rağmen ücrete hak kazanacağı belirtilmektedir. Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 2. B., Konya 2000, s. 61. Bu konudaki farklı görüş ve tartışmalar için ise ayrıca bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı", Kamu-İş, C. 5, S. 3, Nisan 2000, s. 381-411.

35 Ancak bazı hukukçular, böyle bir durumda, işçinin çalıştığı sürenin karşılığını alacağını belirtmişlerdir. Örneğin, iki ay çalışmak üzere hizmet akdi yapılan bir işçi, bir ay çalıştıktan sonra kendi isteğiyle, haksız olarak çalışmayı bırakmışsa, doktrindeki baskın görüşe göre, ücretini alamayacaktır. Bkz. Şerif, s. 340.

36 Günümüz hukukunda belirli süreli hizmet akitlerinin normal olarak sona ermesi, sürenin bitimiyle olur. Buna göre sürenin bitimiyle hizmet akdi de kendiliğinden sona erer. Süre dolmadan taraflar ancak haklı sebeple sözleşmeyi feshedebilirler. Sürenin dolmasına rağmen taraflar borçlarını ifaya devam ederlerse veya süre sonunda feshi ihbar şart koşulduğu halde buna riayet edilmemişse, sözleşme aynı süre ve şartlarla yenilenmiş

Hizmet akdinde öngörülen sürenin dolmasına rağmen taraflar, hizmet akdinden kaynaklanan borçları ifaya (işçi iş görmeye, işveren de ücret ödemeye) devam ederlerse, bu durumda hizmet akdi aynı süre için yenilenmiş olur³⁷.

2- Belirsiz Süreli Hizmet Akitlerinde

Belirli süreli hizmet akdinde sürenin dolmasıyla hizmet akdinin kendiliğinden sona ereceği hususunda herhangi bir sorun yoktur. Buna karşın, belirsiz süreli hizmet akitlerinde durum farklıdır.

Mecelle m. 494'e göre "kaç aylık olduğu zikrolunmaksızın her aylığı şu kadar kuruşa olmak üzere bir akar icar olursa akid sahih olur. Fakat birinci ay tamam oldukta ikinci ve daha sonraki ayların birinci gününde âcir ve müstecirden her biri icâreyi feshedebilir. Amma evvelki gecesiyile günü geçtikten sonra feshedemez. Ve eğer ehad-i âkideyn böyle esnayı şehirde feshettim dese ol ayın nihayetinde münfesih olur. Ve esnayı şehirde şehri-âti ibtidasından itibaren feshettim dese şehri-âti hululünde münfesih olur. Ve eğer iki ya ziyade aylık peşin verilmişse hiçbirisi ol ayların icâresini feshedemez". Şu halde, ücretinin aylık olarak kararlaştırıldığı belirsiz süreli hizmet akitlerinde ilk zaman dilimi olan sürenin (yani ayın) tamamlanması durumunda, taraflardan biri akdi feshetmek isterse, ikinci zaman diliminin ilk günü bunu gerçekleştirmek zorundadır. Aksi takdirde akit feshedilemez. Bu nedenle, belirsiz süreli hizmet akitleri, ücretin kararlaştırıldığı zaman diliminin tamamlandığı günden sonraki ilk günde taraflardan biri tarafından feshedilmezse sona ermez ve o zaman dilimi için de bağlayıcı olur³⁸. Bu durumda da akit konusunun sürenin tamamlanması ile gerçekleştiği kabul edilir ve akit sona erer.

B- İşin Görülmesi ile Akit Konusunun Gerçekleşmesi

Mecelle m. 421 "amel üzerine varid olan akd-i icâre"den söz etmekte ve buna terziye kumaşın verilerek elbise diktirilmesinde olduğu gibi işin görülmesi üzerine kurulan bir hizmet akdi örneği verilmektedir.

sayılır. Fakat önceki akdin süresi ne olursa olsun yenilenen sözleşme bir yılı aşamaz. Daha geniş bilgi için bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul 2000, s. 152-154; Ekonomi, s. 164-165, 194-215; Sümer, s. 77-78; Tankut Centel, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul 1994, s. 170, 173-199; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 214-220; Narmanlıoğlu, s. 240-243.

37 Süleyman Akdemir, "Toplu Tenkitler", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi İşveren Münasebetleri, İstanbul 1990, s. 323.

38 Bu konuda bkz. Şen, Sona Erme, s. 68-71.

Hizmet akdi, ecîr-i müşterek (bağımlı işçi)³⁹ çalıştırılmasında olduğu gibi, işçinin belli bir işi görmesi üzerine kurulmuşsa, bu işin görülmesi ile de kendiliğinden sona erer. Çünkü bu durumda akit konusu menfaat, işin görülmesiyle gerçekleşmektedir⁴⁰. Örneğin, bir evin boyanması üzerine yapılan hizmet akdi evin boyanma işinin tamamlanmasıyla; bir tarlanın ekinini toplamak üzere yapılan hizmet akdi, ekinlerin toplanmasıyla sona erer.

Hizmet akdinin konusunun işin görülmesiyle gerçekleştiği Mecelle'nin 455. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır: "*Ehl-i san'atın isticarında menfaatin malûmiyeti amelînin beyanıyla yani ne yapacağını ve nasıl yapacağını ta'yin ile olur*". 562. maddede de "*hizmet(in)... amelî tayin ile...*" olacağı vurgulanmakta; 424. maddede ise, "*ecîr-i müşterek'in ücrete istihkakı(nın) amel ile*" olacağı ifade etmektedir. Buna göre, belli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akdinde, işçinin iş görmesi hizmet akdinin konusunu oluşturmakta, akit konusunun gerçekleşmesi ile de akit kendiliğinden sona ermektedir⁴¹.

Belirli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akitlerinde de haksız fesih söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde, belirli süreli hizmet akitlerinin haksız feshindeki hükümler burada da geçerlidir.

C- Sürenin ve İşin Birlikte Kararlaştırıldığı Akitlerde Konunun Gerçekleşmesi

Belirli bir süre çalışılması veya belirli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akitlerinde akdin konusunun ne zaman gerçekleştiği hususunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, hizmet akdi yapılırken hem işin hem de sürenin birlikte kararlaştırılması durumunda, akit konusunun ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği sorun olarak ortaya çıkabilmektedir.

Belli bir işin görülmesi üzerine yapılan hizmet akdinde ayrıca sürenin kararlaştırılmasına gerek yoktur. Ancak süre üzerine yapılan hizmet akdinde, hem süre hem de işin birlikte kararlaştırılmasının gerekip gerekmeyeceği ve kararlaştırılması halinde menfaatin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüş bulunmaktadır.

Ebû Hanife ve Şafiiler tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, hizmet akdinde sürenin ve işin birlikte kararlaştırıldığı bu gibi durumlarda iki husustan hangisinin dikkate alınacağı konusunda belirsizlik doğduğu ve bu

³⁹ İşçi kavramı ve işçi türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Hizmet Akdine Genel Bakış, s. 534-539.

⁴⁰ Mecelle m. 562; Ali Haydar, C. I, s. 689-690; Karaman, İşçi-İşveren, s. 57-58; Bardakoğlu, İcâre Akdi, s. 302; Şerif, s. 339.

⁴¹ Ali Haydar, C. I, s. 697-698.

da tarafları anlaşmazlığa götürebileceği için akit fasit⁴² sayılır⁴³. Kural olarak Mecelle'nin 451. maddesinde de belirtildiği üzere "*icârede menfaat manii münazaa olacak veçhile malum olmak şarttır*". Bu açıdan hizmet akdinin fasit olmaması için, menfaatin çekişmeyi önleyecek tarzda bilinir olması gerekir ve bu da hizmet akdinde ya sürenin belirtilmiş⁴⁴ ya da görülecek işin ayrıntılı olarak kararlaştırılmış olmasıyla⁴⁵ mümkündür. Buna rağmen, süre ve iş birlikte kararlaştırılırsa, işçinin işini belirtilen süreden önce bitirmesi ve geri kalan süredeki çalışmasının karşılıksız kalması; belirtilen süre içinde bitirilememesi durumunda da işini bitirmeden terk etmesi gibi hususlar akdin fasit sayılmasına neden olur⁴⁶.

Ebû Yusuf, Muhammed, Ahmed b. Hanbel, İmam Mâlik ve İbn Hazm tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise, işin ve sürenin birlikte belirtildiği hizmet akitleri sahihtir. Zira hizmet akdinde süre ve yapılacak iş birlikte zikredilirse, bununla işin çabuklaştırılması amaçlanmıştır. Hizmet akdinde amaç da, işin yapılması olduğuna göre, işçi işini süresinden önce bitirirse ücretini tam olarak alır ve hizmet akdi de konusu gerçekleştiği için sona erer⁴⁷.

III- Taraflardan Birinin Ölümü

Hizmet akdinin taraflarından birinin ölümü halinde, akdin sona erip ermeyeceği hususu, işçi, işveren, kendisi için iş görülen kişi ve akdi başkası adına yapan kişi bakımından ele alınabilir.

A- İşçinin Ölümü

Hizmet akdi işçinin belli bir süre çalışması üzerine yapılmışsa, bu durumda kural olarak bağımlı işçi (ecir-i hâs) çalıştırılmasından söz edilir ve

42 İslam hukuku akitte kuruluş şartları ile sıhhat şartlarını birbirinden ayırmıştır. Bir akitte in'ikad şartları olarak belirtilen hususlar bulunmuyorsa, akit kurulmamış (gayri mün'akit veya batıl) akit olarak nitelendirilir. Akdin kurucu unsuru bulunuyor fakat sıhhat şartları olarak isimlendirilen ve akdin aslını değil de vasfını ilgilendiren şartlar bulunmuyorsa o akit fasit akit olarak nitelendirilir ve o husustaki eksikliğin giderilmesi gerekir; giderilmezse akit feshedilebilir. Geniş bilgi için bkz. Mecelle m.106-110, 460; Ali Haydar, C. I, s. 216-218; Cin/Akgündüz, C. II, s. 196 vd.; M Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 3.B., İstanbul 1999, s. 397.

43 Kâsâni, C.IV, s. 185; Mecelle m.460; Ali Haydar, C.I, s. 910.

44 "...süt ana emsalinde müddet-i icârenin beyaniyle menfaat malum olur"(m.452).

45 "ehli sanatın isticarında menfaatin malumiyeti amelin beyaniyle yani ne yapacağını ve nasıl yapacağını tayin ile olur" (m.455).

46 Mecelle m. 461; Ebû Muhammed İbn Kudame/İbn Kudame el-Makdisi, el-Muğni ve Şerhu'l-Kebir, C.VI, Beyrut 1976, s. 62.

47 Kâsâni, C. IV, s. 185-186; Ali Haydar, C. I, s. 910, 695.

bu akit, bağımlı işçinin şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. Mecelle m. 571'deki "Binnefs amel etmek yani kendi işlemek üzere isticar olunan ecir kendi yerinde başkasını kullanamaz" ifadeleri de bunu açıklamaktadır. Eğer akit, işçinin belli bir işi görmesi üzerine kurulmuşsa, bu durumda da kural olarak bağımsız işçi (ecir-i müşterek) çalıştırılması söz konusu olur ve işçinin kişiliği ikinci derecede önem taşır⁴⁸. Bu açıdan işçinin ölümü ile hizmet akdinin sona ermesi durumunu bağımlı ve bağımsız işçi açısından ayrı ayrı ele almak gerekir.

1- Bağımlı İşçinin Ölümü

Bağımlı işçinin (ecir-i hâs) ölümü halinde, hizmet akdi kendiliğinden sona erer⁴⁹. Bu hususu Mecelle kazuistik bir metotla ele almış ve 443. maddesinde "...icâre... sût ananın vefatiyle münfesih olur" şeklinde düzenlemiştir. Buna göre, sût ana gibi bağımlı işçinin ölümüyle hizmet akdi kendiliğinden sona erer⁵⁰. Dolayısıyla, bağımlı işçiyle iki seneliğine hizmet akdi yapılmışsa, iki sene tamamlanmadan, bağımlı işçinin (örneğin sût annenin) ölümü hizmet akdini sona erdirir. Çünkü, işi bizzat görme yükümü altında bulunan işçinin ölmesiyle, taraflar arasında kişisel ilişki kuran hizmet akdinin de kendiliğinden sona ermesi gerekir⁵¹.

48 Bkz. Mecelle m. 422.

49 Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsi, el-Mebsût, C. XV, Beyrut 1989-1409, s. 153; 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. Ahmcd Meylânî, İstanbul 1991, s. 323; Vehbe Zuhayli, el-Fıkhu'l İslâmî ve Edilletühü, C.IV, 3.B., Dimaşk (Suriye) 1989, s. 322; Bardakoğlu, İcâre Akdi, s. 303; Şerif, s. 363.

Günümüz hukukunda da hizmet akdi kişisel karakter taşıdığından, başka bir ifadeyle tarafları arasında bağımlı ve kişisel ilişki kuran bir akit olduğundan, işçinin ölümü ile kendiliğinden sona erer. Bu hususta BK.m.347/I, "hizmet akdi, işçinin ölümü ile hitam bulur" diyerek işçinin ölmesinin hizmet akdini sona erdireceğini belirtmektedir. Bu halde işçinin kanundan ve akitten doğan tüm hakları mirasçılara geçer. Ancak işçinin işgörme borcunun mirasçılara geçmesi mümkün değildir. Bu hususta ayrıca bkz. Saymen, s. 538; Çelik, s. 151; Centel, s. 169; Esener, s. 215; Narmanlıoğlu, s. 238; Halid K. Elbir, İş Hukuku, 9.B., İstanbul 1987, s. 90; Sümer, s. 78.

50 Ali Haydar, C. I, s. 739. Sungurbey tarafından ileri sürülen "hizmet akdinin ölüm ile münfesih olup olmaması meselesi Mecelle'de yoktur" görüşü (İsmet Sungurbey, Ebul-ula Mardin, Kültür Bakanlığı Yayınları No:930, İstanbul 1988, s. 51-55) isabetli bir görüş değildir. Zira Mecelle'nin, 443. maddesinin son fıkrasında yer alan "müsterzi'in vefatiyle icâre münfesih olmayıp, amma çocuğun yahut sût ananın vefatiyle münfesih olur" ifadeleri ölümün hizmet akdini nasıl etkileyeceğini ortaya koymaktadır. Mecelle yaptığı düzenlemelerde genellikle kazuistik yöntemi esas aldığı için, bu konuda da aynı yöntemle hareket etmiş ve hizmet akdinin taraflarının (işveren, bağımlı işçi ve kendisi için iş görülen kişinin) ölümü halinde akdin nasıl etkileneceği düzenlenmiştir.

51 Mecelle m. 571.

2- Bağımsız İşçinin Ölümü

Bağımsız işçinin (ecir-i müşterek) ölümü halinde ise, hizmet akdinin sona erip ermeyeceği hususunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Hanefi hukukçular ve İbn Hazm tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, taraflardan birinin ölümü hizmet akdini sona erdirir. Taraflardan birinin ölümüyle akdin sona ermesi için yeterli ve gerekli olan şart, ölümüyle akdin sona ermesine neden olan şahsın, akdin taraflarından biri yani işçi veya işveren olmasıdır⁵².

Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise, hizmet akdi, taraflardan herhangi birisinin ölümüyle kendiliğinden sona ermez. Dolayısıyla, bağımsız işçinin ölümü de akdi sona erdirmez. Çünkü hizmet akdi alım-satım akdi gibi bağlayıcı (lazım) akitlerdendir ve alım-satım akdinin yapılmasından sonra satıcının veya alıcının veya her ikisinin ölümüyle alım-satım akdi sona ermeyeceği gibi, hizmet akdi de sona ermez. Bu durumda, işçi ölünce onun mirasçısı bağımsız işçinin yerine geçer⁵³. Bu görüş, bağımsız işçinin çalıştırılmasında hizmet akdinin onun zimmetini⁵⁴ konu edindiğini; bu nedenle de onun ölümüyle akdin sona ermeyeceğini kabul etmektedir. Çünkü zimmet ölüm halinde kaybolup gitmez; aksine, hizmet akdi onun mirasçıları veya terekesinden sağlanan mal ile gereği yapılmaya kadar, bağlayıcı olmakta devam eder⁵⁵.

B- İşverenin Ölümü

İşverenin ölümüyle hizmet akdinin sona erip ermeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bağımsız işçinin ölümünün hizmet akdini sona erdirip erdirmediği konusunda ileri sürülen görüşler burada da geçerlidir. Dolayısıyla, Hanefi ekolüne mensup hukukçulara göre, işverenin ölümüyle akit kendiliğinden sona erdiği halde⁵⁶; diğer üç mezhep

⁵² Şerif, s. 363; Ali Haydar, C.I, s. 741-742; İbn Rüşd, C.III, s. 324; Bardakoğlu, İcâre Akdi, s. 304; Şerif, s. 363; Esen, s. 32.

⁵³ Ali Haydar, C.I, s. 741'de alım-satım akdiyle hizmet akdi arasındaki farkları belirtirken, taraflardan birinin ölümü hizmet akdinin kendiliğinden sona ermesini gerektirirken; aynı durum alım-satım akdinin sona ermesini gerektirmez, demektir. Bu, Mecelle'nin, Hanefi ekolünün görüşleri dikkate alınarak hazırlanmasından kaynaklanmaktadır.

⁵⁴ "Zimmet", eski hukukumuzda genel olarak "kişilik" kavramı karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Murat Şen, Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998, s. 19-25. Bu konuda ayrıca bkz. H. Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000, s. 575.

⁵⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, C. VI, İstanbul 1985, s. 180-181; İbn Rüşd, C.III, s. 323-324.

⁵⁶ Bkz. Reşid Paşa, C. III, s. 38.

hukukçularına göre, taraflardan herhangi birisinin ve bu arada işverenin ölümüyle akit sona ermez. Bu durumda, işverenin yerine mirasçıları geçer⁵⁷ ancak bu görüş, işverenin şahsı göz önüne alınarak yapılmış hizmet akitlerinde yumuşatılmış ve bu durumda işverenin ölümüyle akdin sona ereceği kabul edilmiştir⁵⁸.

Ölümün akdi sona erdirmesi konusundaki görüş ayrılığı, hizmet akdinin konusu olan emeğin (menfaatin) mal⁵⁹ kabul edilip edilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Birinci görüşü ileri süren Hanefiler, menfaati mal kabul etmediğinden bunun ölümle mirasçılara geçeceğini de kabul etmezler ve işvereni de, fiilen elde edilmedikçe işçinin menfaatine malik saymazlar. Dolayısıyla bir insanın maliki olmadığı şeyi mirasçılara intikal ettirmesi de söz konusu olamayacağına göre, işverenin veya bağımsız işçinin ölümünden sonra bunların mirasçılarının hizmet akdinde taraf olamayacaklarını ve bunun tabii sonucu olarak da, hizmet akdinin sona ereceğini kabul etmiştir. Belirtilmelidir ki, bu

⁵⁷ Şerif, s. 363-364; Bilmen, C.VI, s. 180-181.

⁵⁸ Bilmen, C.VI, s. 178; Esen, s. 32.

Günümüz hukukunda işverenin ölümü halinde hizmet akdi kural olarak sona ermez ve işverenin mirasçıları ile devam eder. Fakat hizmet akdi işverenin kişiliği göz önünde bulundurularak yapılmış ise, bu takdirde işverenin ölümüyle de sözleşme son bulur. Bu hususu BK. 347/II, "iş sahibi öldüğü takdirde, akid, başlıca onun şahsı nazara alınarak yapılmış ise nihayet bulur" şeklinde ifade etmiştir. Mesela, yaşlı bir kişinin kendisine bakması için bir hastabakıcı ile hizmet akdi yapması halinde, işveren olan yaşlı kişinin ölmesi ile sözleşme sona erer. Zira, bu hizmet akdi, işverenin kişiliği esas alınarak yapılmıştır. Bkz. Sümer, s. 78; Çelik, s. 152; Centel, s. 170; Narmanlıoğlu, s. 238-239.

⁵⁹ Menfaatin mal olup olmaması üzerindeki tartışmalar, "mal" kavramındaki farklardan kaynaklanmaktadır. Hanefilerin görüşünü tercih eden Mecelle'nin 126. maddesinde malın tanımı şöyle yapılmıştır: "*Mal, tab-ı insani mail olup da vakfı hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayri menkule şamil olur*". Bu tanıma göre malda iki unsur bulunmalıdır. Birincisi, insanın yaratılışı gereği meylettiği bir şey olması; ikincisi ise, ihtiyaç zamanı için saklanması ve yararlanılmasının mümkün olması. Bir malın saklanması ise ya "fiilen mümkün" olur veya "gerçekleşebilir". (Ali el-Hafif, Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, 2.B., Dimaşk Tarihsiz, s. 25-27). Kendisinden yararlanmak mümkün olsa bile saklanamayan ilim, şeref, zeka ve emek gibi hususlar mal sayılmaz. Hür emek mal sayılmaz ama köle bizzat maldır. Hanefiler, mal ve menfaat kavramlarını birlikte "milk" olarak isimlendirirler. Mecelle bu hususu, "milk, insanın malik olduğu şeydir gerek a'yan (aynlar) olsun gerek menafi' (menfaatler) olsun" şeklinde ifade etmiştir. Osmanlı Usûlü Muhakemât Kanunu (m.64/II)'e göre mal kavramı daha geniş tutulmuştur. Buna göre mal, insanlar nezdinde mal olarak kabul olunan (aynlar, menafi' ve örfte kabul edilen bazı haklar) ve maddi bir kıymet taşıyan her şeydir. Mustafa A. ez-Zerka, el-Fıkh'ul-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedid, el-Medhalü'l-Fıkhü'l-Amm, 9.B., C.II, Dimaşk 1965, s.121. Diğer mezheblere göre menfaatlerin birer kaynağı (mastarı) olduğu için menfaatler de maldır. (el-Hafif, s. 26-27).

görüş, ölümle hizmet akdinin sona ereceğini kabul etmekle beraber, "hizmet akdi haklı nedenlerle (özürlerle) feshedilebildiği gibi, yine haklı nedenlerle uzatılabilir de..." kuralını gözden uzak tutmamıştır⁶⁰.

Diğer görüş ise, menfaati mal olarak (ayn mesabesinde) kabul ettiğinden bunun ölümle mirasçılara geçeceği, sonucuna ulaşmıştır⁶¹. Menfaatin bu statüsü sebebiyle Hanefilerce menfaat mülkiyeti ayn (mal) mülkiyetine oranla daha zayıf bir münasebet olarak değerlendirilmiş, buna karşılık, hizmet akdinin işçi ve işverenle olan yakın münasebeti göz önünde bulundurulmuştur. Osmanlı Devletinde genel olarak, Mecelle'de hüküm bulunmayan durumlarda Hanefi mezhebinin görüşü esas alınmış, taraflardan birinin yahut her ikisinin ölümü halinde, hizmet akdinin sona ereceğini kabul edilmiştir⁶².

Şu halde, bağımlı işçinin ölümü halinde hizmet akdinin sona erdiği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmasına karşın; işverenin ve bağımsız işçinin ölümü halinde akdin sona erip ermediği tartışma konusu olmuştur. Hanefi hukukçulara göre, bu durumda da akit sona ererken; diğer üç mezhep hukukçularına göre ise hizmet akdi devam eder. Kısaca söylemek gerekirse, Hanefiler, taraflardan birinin ölümü ile akdin sona ereceğini kabul ederlerken, diğer hukukçular, sadece bağımlı işçinin ölümü halinde akdin sona ereceğini belirtirler.

C- Kendisi İçin İş Görülen Kişinin Ölümü

Her hizmet akdinde, işveren ile kendisi için iş görülen kişi aynı olmayabilir. Hizmet akdi kendisi için yapılmış olan kişinin ölmesiyle de ortadan kalkar. Mecelle m. 443 de "...icâre..., çocuğun... vefatiyle münfesih olur" sözcükleriyle bu hususa işaret etmektedir. Buna göre, akit kendisi için yapılan çocuğun ölmesi ile hizmet akdi sona erer. Burada süt anne ile emzirme hususunda hizmet akdi yapılması müsterzi⁶³ için değil, çocuk (akit kendisi için yapılan kişi) içindir⁶⁴.

D- Hizmet Akdini Başkası Adına Yapan Kişinin Ölümü

Hizmet akdini kendi adına değil de başkası adına yapan kişinin ölümü ise hizmet akdini sona erdirmez. Bu husus Mecelle m. 443'de "...müsterzi'in vefatıyla icâre münfesih olmaz..." ifade edilmiştir. Süt anne ile hizmet akdi

⁶⁰ Kâsâni, C.IV, s. 222-223; Ali Haydar, C.I, s. 861-863, 809.

⁶¹ Ali Haydar, C.I, s. 742-743; Esen, s. 20; Bardakoğlu, İcâre Akdi, s. 304.

⁶² Ali Haydar, C.I, s. 743; Bardakoğlu, İcâre Akdi, s. 304.

⁶³ Mecelle m. 418' e göre, "müsterzi' ücret ile süt ana tutan kimsedir".

⁶⁴ Serahsi, s. 153-154; Kâsâni, s. 222; Reşid Paşa, C. III, s. 39; Ali Haydar, C.I, s. 735, 739, 742; Bilmen, s. 178-179.

yapan kişi işveren sayılır ve bunun ölümüyle de kural olarak hizmet akdinin sona ermesi gerekirse de, işveren sayılan bu kişinin ehliyetinin bulunmamasına binaen kanuni temsil nedeniyle akit yapılmış olduğundan müsterziin ölümüyle hizmet akdi istihsanen⁶⁵ münfesihi olmaz⁶⁶. Şu halde, vekil, vasi, vakıf mütevellisi, müsterzi gibi akdi başkası adına yapan kimselerin ölümüyle hizmet akdi sona ermez⁶⁷.

IV- İşveren ve İşçi Sıfatlarının Aynı Kişide Birleşmesi

Hizmet akdinde işçi ve işveren sıfatlarının aynı kişide birleşmesi de bir kendiliğinden sona erme sebebidir. Her borç ilişkisinde bulunması zorunlu olan iki taraftan birinin diğerinin yerine geçmesiyle o borç ilişkisi sona erer. Hizmet akdinde de işverenin veya işçinin nitelik değiştirmesi yani işçi olan şahsın işveren; işveren olanın da işçi olması durumlarında hizmet akdi sona erer. Mecellenin 442. maddesi bu hükmü âmirdir: “*müstecir irs ya hibe gibi bir veçhile ayn-ı mecur malik olacak icârenin hükmü kalmaz*”.

Şu halde, işverenle bir işyerinde belli bir işi görmek üzere hizmet akdi yapan işçi, örneğin o işyerini satın alır ve kendisi işveren durumuna geçerse o işi artık kendisi için yapacağından akit sona ermiş olur. Zira bir kimsenin kendisinin belli bir işini görmesi için kendisiyle hizmet akdi yapması düşünülemez. Şu halde, bir işyerinde hizmet akdi ile çalışan işçinin o işyerine satın alma ve hibe gibi değişik sebeplerle sahip olması durumunda hizmet akdi kendiliğinden sona erer⁶⁸.

⁶⁵ İstihsan, İslâm Hukukunun tali kaynaklarından biridir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Fendoğlu, s. 98-100.

⁶⁶ Reşid Paşa, C. III, s. 39.

⁶⁷ Serahsi, s. 153-154; Kâsâni, s. 222; Bilmen, s. 178; Ali Haydar, C.I, s. 735.

⁶⁸ Mecelle m. 442; Reşid Paşa, C. III, s. 37; Ali Haydar, C.I, s. 736-737; Aydın, s. 417; Karaman, Anahatlarıyla, s. 217.

Benzeri bir düzenleme günümüz hukukunda da mevcuttur. Buna göre, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı şahısta birleşmesi, BK.m.116'ya göre, borcu sona erdirir. Bu hususta daha geniş bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Genişletilmiş 4. B., İstanbul 1987, s. 346-347.

3.10.2001 TARİHLİ VE 4709 SAYILI KANUNLA YAPILAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN**

GİRİŞ

Mecliste grubu bulunan bütün siyasi partilerin eşit sayıda üyelerle temsil edildikleri Partilerarası Uzlaşma Komisyonu tarafından ön hazırlıkları yapılan ve hükümeti oluşturan siyasi partilerin genel başkanlarının da içinde bulunduğu bir grup milletvekili tarafından Meclis Başkanlığına sunulan Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesine dair kanun teklifi, Anayasa Komisyonu ve Genel Kuruldaki gerekli aşamaları geçtikten ve bu aşamalarda kimi değişikliklere uğradıktan sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisinde 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı kanun olarak kabul edilmiştir.

4709 sayılı kanun 35 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Bu kanunun bir maddesi (m.27) hariç diğer maddeleri 17.10.2001 tarihinde 24556-Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanı, 4709 sayılı kanunun 27. maddesi ile ilgili olarak onaylama ya da bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderme seçeneklerinden birini kullanmayı tercih etmemiş ve 27. madde için halkoylamasına gidilmesi kararını almıştır. Halkoylamasına gidilmesine dair bu karar da 22.10.2001 tarihinde 24561-Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu gelişmenin ardından TBMM, halkoylamasına sunulmasına karar verilen Anayasanın 86. maddesine ilişkin düzenlemeyi yeniden ele almış ve 21.11.2001 tarihinde kabul ettiği 4720 sayılı kanunla 86. maddede ikinci bir değişiklik yapmıştır. Sözü edilen 4720 sayılı kanunun Cumhurbaşkanıca Resmi Gazetede (1 Aralık 2001 - 24600) yayımlanması üzerine halkoylamasının konusu kalmamış ve 86. maddeye ilişkin değişiklik de bu şekilde yürürlüğe girmiştir.

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

Bu yazıda, söz konusu anayasa değişikliklerinin hangi gerekçelere dayandırıldığı ve yapılan değişikliklerin neleri içerdiği önce genel hatlarıyla açıklanacak, daha sonra da, Anayasanın değiştirilen her bir maddesi üzerinde ayrı ayrı durularak bu maddelerde yapılan değişikliklerin neler olduğu gösterilmeye çalışılacaktır.

Anayasanın ilgili maddelerinde yapılan değişiklikleri incelemeye geçmeden önce konuyla ilgili bazı genel tespitleri dile getirmek istiyoruz: İlk olarak şunu belirtelim ki, yapılan değişiklikler sürpriz nitelikli değildir. Çünkü, 1982 Anayasasının bir kısım madde ya da hükümlerinin değiştirilmesinin gerekliliği yönünde, hukukçular, çeşitli sivil toplum örgütleri ve ilgili diğer kişi ve kuruluşlar tarafından eskiden beri pek çok görüş açıklanmış, inceleme ve tartışmalar yapılmıştır¹. Bu bakımdan, yapılan değişikliklerin tamamı değilse de oldukça önemli bir kısmı, kamuoyundaki belli bir uzlaşma temeli üzerinde ortaya çıkmış bulunan ve nihayet beklenmekte olan değişikliklerdir. Bu nedenle de, yapılan anayasa değişiklikleri genel olarak olumlu bulunmuştur. Bunun yanında, yapılan değişiklikleri yetersiz ve/veya yanlış bulan görüşler de doğal olarak ortaya çıkmıştır.

Söz konusu anayasa değişiklikleri hakkındaki tepki ve değerlendirmelere bakıldığında, kimi görüş sahiplerinin aşırı bir iyimserlikle yeni ve sivil bir anayasa yapılmış olduğunu; özgürlüklerin genişletildiğini ve Türkiye'nin anayasal sistemiyle özgürlükler düzeninin Avrupa Birliği'nin ve AİHS sisteminin standartlarıyla aynı seviyeye getirilmiş olduğunu iddia ettikleri görülmektedir. Bu bakış açısının daha çok siyasiler arasında ve medyada revaç bulduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık, akademisyenlerin ve hukukçuların konuya yaklaşımları daha serinkanlıdır. Bu kesim içinde bazı görüş sahipleri, yapılan değişikliklerin bir kısmının gereksiz ya da faydasız olduğunu ya da bu değişikliklerin hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayacak nitelikte olduğunu belirtmekte ve yapılan kimi değişikliklerin de zararlı olduğunu düşünmektedirler². Buna karşılık, daha yaygın ve bizim

¹ Anayasada yapılması gereken değişikliklere dair öneri ve tartışmaları içeren ve yakın tarihlerde yayınlanmış olan eserlerden birkaçı şunlardır: Bülent TANÖR, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, (İstanbul: TÜSİAD, 1997); Bülent TANÖR, *Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler*, (İstanbul: TÜSİAD, 1999); *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2001); *Türkiye'de Anayasa Reformu-Prencipler ve Sonuçlar*, (Ankara: Konrad Adenauer Vakfı, 2001); *Hukukun Üstünlüğü-Demokrasi-İnsan Hakları, Sivil Toplum Örgütleriyle Düzenlenen Çalışma Toplantısı*, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1999).

² Bkz., Kemal GÖZLER, *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2001), s.55-62.

de katılmakta olduğumuz görüşe göre, yapılan değişikliklerin bir kısmının mevcut hukuki durumu önemli sayılabilecek oranda değiştirmedeği söylenebilir. Bununla beraber, diğer bir kısım değişikliklerin ortaya çıkardığı ciddi farklılıkların da gözden uzak tutulmaması gerekir. Bu çerçevede, yapılan anayasa değişiklikleri sonucunda demokratikleşme ve temel hakların genişletilmesi bağlamında ortaya çıkan iyileşmeye ihtiyatlı bir iyimserlik içinde yaklaşılması gerektiği söylenebilir.

Anayasa değişikliğine dair kanun teklifinin gerekçelerinde, ilk önce, toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin karşılanabilmesi için anayasa değişikliği yapılmasına gerek duyulduğu açıklanmaktadır. Ayrıca, yapılan değişikliklerle Anayasanın çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir anayasa niteliğine kavuşturulmasının hedeflendiği de gerekçede ifade edilmiştir. Bununla beraber, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci içerisinde üstlenmiş olduğu taahhütlerin Meclisi anayasa değişikliği yapma yönünde motive eden en önemli unsur olduğu dikkati çekmektedir. Bu bağlamda, anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu raporunda, Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinin gereklerine ve Türkiye'nin Ulusal Programındaki³ vaatlerine atıflar yapıldığı görülmektedir. Buna paralel olarak, değişiklik teklifinin gerekçesinde, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde sıklıkla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki kriterlerin esas alınmasına vurgu yapıldığı görülmektedir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili 10 değişik maddede (Anayasanın 13, 14, 19, 20, 21, 26, 31, 34, 36 ve 38. maddelerinde) yapılan değişikliklerin gerekçeleri belirtilirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin veya bu sözleşmenin eklerinin baz alındığı vurgulanmıştır.

Sistematik açıdan bakıldığı zaman, 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin çok büyük bir kısmının Anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemelerine dair olduğu görülmektedir. Gerçekten, anayasa değişikliğine ilişkin söz konusu 35 maddelik kanunla Anayasanın "temel haklar ve ödevler" kısmındaki 25 farklı maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, Anayasanın Başlangıç kısmında yapılan değişikliklerle birlikte 87., 149. ve geçici 15. maddelerinde yapılan değişiklikler de temel hak ve hürriyetlerle yakından ilişkilidir. Bu açıdan bakıldığı zaman yapılan anayasa değişikliklerinin yaklaşık olarak yüzde seksenbeşinin temel hak ve hürriyetle-

³ Gerçekten de Türkiye'nin açıklamış olduğu **AB Ulusal Programında** şu ifadeler yer almaktadır: "Demokrasi ve insan hakları alanlarındaki reform sürecinde, öncelikle Anayasa gözden geçirilecektir. Anayasa değişiklikleri, yasal düzenlemelerin de çerçevesini belirleyecektir." AB Ulusal Programı'nın metni için bkz., <http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABUlusal.htm> (28.11.2001).

rin düzenlenmesiyle ilgili bulunduğu söylenebilir. Bu kapsam içerisinde Anayasanın “**temel haklar ve ödevler**” kısmının “*genel hükümler*” bölümündeki 13. ve 14. maddeler; “*kişinin hakları ve ödevleri*” bölümündeki 19., 20., 21., 22., 23., 26., 28., 31., 33., 34., 36., 38. ve 40. maddeler; “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” bölümündeki 41., 46., 49., 51., 55. ve 65. maddeler ile “*Siyasi haklar ve ödevler*” bölümündeki 66., 67., 69. ve 74. maddeler çeşitli düzeylerde değişikliğe uğramışlardır.

4709 sayılı kanunun geriye kalan maddelerinden beş tanesi ile, yasama organının kuruluşu, görev ve yetkileri ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yolluklarına ilişkin Anayasa hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümle ilgili değişiklikler 86., 87., 89., 94. ve 100. maddelerde yapılan değişikliklerden oluşmaktadır.

Anayasada yürütme organının düzenlendiği bölümde sadece tek bir maddede değişiklik yapılmıştır. Bu da 118. maddede yapılan ve Millî Güvenlik Kurulunun yapısı ve kararlarının niteliği ile ilgili değişiklikten ibarettir.

Anayasada yargı organının düzenlendiği bölümde de sadece tek bir maddede değişiklik yapılmıştır. Bu da 149. maddede yapılan ve Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında beşte üç oy çoğunluğu ile (7 üyenin oyu ile) kapatmaya karar verebileceği hükmünün Anayasa metnine dahil edilmesine dair değişikliktir.

4709 sayılı kanunla yapılan son değişiklik ise Anayasanın geçici 15. maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasına ilişkindir. Böylelikle 12 Eylül Döneminde yürürlüğe giren kanunlar ve diğer yasama işlemleri aleyhine anayasa aykırılık itirazının ileri sürülebilmesinin önü açılmış olmaktadır.

4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişiklikleri, 1982 Anayasasında şu ana kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısıdır. Toplam olarak, Anayasanın otuzüç maddesinde ve bir de Başlangıç bölümünün 5. paragrafında değişiklik yapılmıştır. Bu arada ekleyelim ki, anayasa değişikliği paketinde yer alan ve Meclis genel kurulundaki birinci oylamada kabul edilmesine rağmen ikinci tur oylamada yeterli çoğunluk oyu sağlanamayan Anayasanın 76. maddesine ilişkin değişiklik önerisi ile hem birinci hem de ikinci tur oylamalarda yeterli kabul oyu sağlanamayan Anayasanın 83 ve 90. maddelerinde ele alınan konulara ilişkin değişiklik önerileri kanunlaşmamışlardır.

Anayasa değişikliği paketinde yer aldığı halde ikinci tur görüşmeler sırasında reddedilen değişiklik önerisinin ilgili olduğu 76. madde milletvekili seçilme yeterliliği konusunu düzenlemektedir ve “ideolojik ve anarşik eylemlere katılma” suçundan mahkum olmayı milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldıran bir neden olarak ele almaktadır. Anayasa değişikliği tekli-

finde “ideolojik ve anarşik eylemlere katılma” ibaresinin yerine “terör eylemlerine katılma” ibaresinin konulması önerilmekteydi.

İkinci oylamada reddedilen bir başka değişiklik önerisi de yasama dokunulmazlığının düzenlendiği 83. maddeye ilişkindi. Bu maddede önerilen değişiklikle getirilmek istenen başlıca yenilikler şunlardı: Meclisin dokunulmazlıkla ilgili işleri en geç üç ay içinde sonuçlandırması, dokunulmazlıkla ilgili genel kuruldaki oylamanın gizli oyla yapılması ve milletvekilleri hakkındaki ceza davalarının Yargıtay’da görülmesi.

Anayasa değişikliği teklifinde bulunduğu halde ikinci oylamada reddedilen son öneri ise milletlerarası anlaşmaların iç hukuk düzenindeki yerinin belirlenmesine dair bir anayasa değişikliği yapılmasına yönelikti. Buna göre, değişiklik teklifi kabul edilmiş olsaydı “Kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası anlaşmalar esas alınır” hükmü Anayasaya dahil edilmiş olacaktı.

4709 sayılı kanunla Anayasada önemli ve kapsamlı değişikliklerin yapıldığı açıktır. Bununla beraber “**Cumhuriyetin Temel Organları**” başlıklı Anayasanın üçüncü kısmında “*Yasama*”, “*Yürütme*” ve “*Yargı*” başlıklı bölümlerde yer alan ve sözü edilen bu organların kuruluş, görev ve yetkileri ile çalışma usullerini düzenleyen kimi Anayasa hükümlerinin de değiştirilmesinin gerekliliği yönünde öteden beri süregelen tartışmaların var olduğu bilinmektedir. Hatta, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunun bu alanları kapsayan ikinci bir anayasa değişikliği paketi üzerinde çalışmaya başladığı da kamuoyuna duyurulmuştur. Dolayısıyla 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin Meclisteki siyasi partilerin şimdilik üzerinde uzlaşabildikleri ve en acil gördükleri konulara ilişkin değişiklikler olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa değişikliklerinin tümü üzerindeki bu genel açıklamalardan sonra şimdi, değiştirilen her bir Anayasa maddesi, fıkrası ya da hükmü üzerinde sırasıyla kısa kısa açıklamalar yapmaya çalışacağız. Burada şunu hemen belirtelim ki, (örneğin, ölüm cezalarıyla ilgili yapılan değişikliğin yanında kamu-laştırma konusunda yapılan değişiklikte ve kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmünün ihdasına dair değişiklikte olduğu gibi) yapılan kimi anayasa değişikliklerinin anlamı, önemi ve kapsamı ile hukuk düzenine getirdiği yeniliklerin bütün yönleriyle incelenmesi, ancak, bu konulara ilişkin özel çalışmaların yapılmasıyla mümkün olabilir. Kaldı ki, anayasal düzenlemenin gereğince kavranabilmesi için, yukarıda örnek kabilinden zikredilen konularda yapılacak çalışmalarda yalnızca anayasa hukuku çerçevesinde kalınmaması ve bu tür çalışmalara, ceza hukuku, idare hukuku, ticaret hukuku ve medeni hukuk gibi farklı disiplinlerin bakış açılarının da yansıtılması gerekli-

dir. Dolayısıyla, bu tür değişikliklerin anlamı, ilgili alanların uzmanlarınca yapılacak çalışmaların katkısıyla daha iyi aydınlatılabilecektir. Belirtilen nedenlerle, bu çalışmada, 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişiklikleri sonucunda Anayasanın ilgili hükümlerinde eski düzenlemeye nazaran ortaya çıkan farklılıklara işaret etmekle yetinilecek ve bu değişikliklerin ilgili buldukları hukuki müessese ve kavramların ayrıntılı olarak incelenmesine teşebbüs edilmeyecektir.

Yapılan anayasa değişikliklerinin daha rahat izlenebilmesini sağlamak ve getirilen değişikliklere kolayca nüfuz edilebilmesini temin etmek için Anayasanın değiştirilen madde, fıkra ya da hükümlerinin değişiklikten önceki ve sonraki halleri birer tablo içinde karşı karşıya dizilerek gösterilecektir⁴.

I- TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

A. Anayasanın Başlangıç Kısımındaki Değişiklik

1.) Başlangıç kısmındaki “Hiçbir düşünce ve mülahaza” ibaresinin yerine “Hiçbir faaliyet” ibaresinin konulması

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafının	
Eski hal:	Yeni hal:
Başlangıç p.5-) <u>Hiçbir düşünce ve mülahazanın</u> Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk Milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;	Başlangıç p.5-) <u>Hiçbir faaliyetin</u> Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk Milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;

Anayasanın bu kısmında yapılan değişiklik, “hiçbir düşünce ve mülahaza” ibaresinin yerine “hiçbir faaliyet” ibaresinin konulmasından ibarettir.

⁴ Anayasanın değiştirilen maddelerinin eski ve yeni halleri karşı karşıya dizilerek gösterilmiştir. Değişikliğe uğrayan maddelerin eski hallerini gösterdiğimiz bölümlerde, 4709 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan veya başkalaştırılan fıkra, cümle ya da kelimeler *italik* olarak yazılmak suretiyle vurgulanmıştır. Bu maddelerin yeni hallerini gösterdiğimiz bölümlerde **koyu ve altı çizili** olarak yazılan fıkra, cümle ya da kelimeler ise ilgili maddelerde yapılan değişikliklerle getirilen yeniliklerin neler olduğuna işaret etmektedir. Çalışmanın hacminin genişlememesi için, tablolarda, değiştirilen maddelerin sadece değişikliğe uğrayan kısımlarının eski ve yeni hallerine yer verilmiştir. Zorunlu görülen birkaç istisna dışında, bu maddelerin değiştirilmeyen kısımları tablolarda gösterilmemiştir.

Değişiklik teklifinin gerekçesinde “hiçbir düşünce ve mülahaza” ifadesinin doğrudan doğruya düşünceye bir sınır teşkil ettiği vurgulanmış ve bu nedenle Başlangıcın 5. paragrafında belirtilen değerler karşısında “hiçbir düşünce ve mülahaza”nın değil de “hiçbir eylemin” korunma göremeyeceği şeklinde bir değişiklik yapılmasına gerek duyulduğu belirtilmiştir. Değişiklik teklifindeki “hiçbir eylem” ifadesi, Anayasa Komisyonunda “hiçbir faaliyet” şeklini almış ve nihai değişiklik de bu yönde gerçekleşmiştir.

Bilindiği üzere Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri gösteren Başlangıç kısmı Anayasanın metnine dahildir ve Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken Başlangıç kısmını ölçü norm olarak kullanmaktadır. Her ne kadar edebi bir üslupla kaleme alınmış ve burada ifade edilen bir takım temel ilkeler Anayasanın müteakip maddelerinde ayrıca somutlaştırılmışsa da Anayasanın Başlangıç kısmında yapılacak değişiklikler yukarıda açıklanan nedenlerle önemlidir.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında yapılan bu değişikliğin ne tür sonuçları olabilir? Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceğini kabul ettiğimize göre, yapılan bu değişikliğin bir amaca matuf olması ve daha önceki düzenlemeye nazaran daha farklı bir hükmün getirilmiş olması lazımdır. Fakat, yapılan değişiklik gerçekten bu nitelikleri haiz midir? Buna biraz daha yakından bakmaya çalışalım.

Yapılan değişikliğin hedefinin düşünce hürriyetinin sınırlarının genişletilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Düşünce hürriyeti konusu Anayasanın 25. maddesinde “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığı altında ve 26. maddesinde de “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasanın 25. maddesinde “Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz” hükmü yer almıştır. Anayasanın 26/1. maddesinde ise “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar” hükmü yer almıştır.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında yapılan değişiklikle düşünce hürriyetinin sınırlarının genişletilmesi hedeflendiğine göre, bundan, düşünce açıklama hürriyetinin sınırlarının genişletilmesini anlamak gerekir. Çünkü, Anayasanın 25. maddesinde düzenlenmiş bulunan düşünce ve kanaat hürriyeti doğası gereği sınırlandırılmayacak olan bir hürriyettir. Anayasanın 25. maddesinde ayrıca, kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan ötürü kınanıp suçlanamayacağı da belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, 25. maddede düşünce ve kanaat hürriyeti mutlak bir koruma

altına alınmıştır. Bu nedenle, kanaatimizce, Başlangıcın 5. paragrafında yapılan bu değişiklikle, çeşitli şekillerde ortaya konulabilecek olan düşünce açıklamalarının korunması, diğer bir deyimle ifade hürriyetinin sınırlarının genişletilmesi hedeflenmiş olmalıdır.

Bununla beraber, getirilen düzenlemenin bu amaca hizmet edebileceğini söylemek zordur. Zira, bilindiği üzere her hürriyet gibi düşünce açıklama hürriyetinin de bazı nesnel sınırları⁵ vardır. Bu nesnel sınırlar, Anayasada özel olarak gösterilmiş olmasa bile geçerliliklerini sürdürürler. Bunun yanında Anayasada, hak ve hürriyetlerle ilgili genel esaslar kısmında veya her bir hak ve hürriyetin tanımı yapılırken de ilave bazı sınırlar getirilebilir ki, bu durumda hakların anayasal sınırlarından sözedilir. Bunların ötesinde bir de Anayasada hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması konusunda yasama organına yetki verilmiş olabilir. Başlangıç bölümünde yapılan bu değişiklik, hakların nesnel sınırları ya da kanunla sınırlandırılması konusuyla ilgili değildir; yapılan değişiklikle hak ve hürriyetlerin anayasal sınırları konusunda bir hüküm getirilmiş olmaktadır: Başlangıcın 5. paragrafında, “hiçbir faaliyetin” metinde sayılan değer ve ilkeler karşısında korunma göremeyeceği belirtilmiştir. Bu hükmün, düşünce açıklama hürriyetinin yanında diğer bütün temel hak ve hürriyetler için de geçerli olan bir anayasal sınır oluşturduğu açıktır. Böylelikle, bütün hak ve hürriyetler için geçerli olan anayasal sınırlar demetinin birinci kısmı ortaya konulmuştur. Bu demetin ikinci kısmını ise Anayasanın 14. maddesindeki düzenleme oluşturmaktadır.

Bu düzenlemeyle, hak ve hürriyetlerin ve bu arada da düşünce açıklama hürriyetinin norm alanının⁶ eski düzenlemeye nazaran genişletilmiş olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla yapılmış olan değişiklik esas itibariyle bir ifade değişikliğidir.

5 “Faşist, ırkçı, ayırıcı, savaş kışkırtıcı propaganda” ile “iftira, hakaret, sövme, suça ve şiddete teşvik ve tahrik vb.” ifade biçimleri düşünce özgürlüğünün norm alanı dışında kalır. Keza, “dince kutsal sayılan şeylerin istismarı ve kötüye kullanılması da bu niteliktedir”. Bkz., Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), s.168-171. Bu ve benzeri ifade açıklamaları uluslararası standartlar gereği “düşünce dışında kalan alan” a aittir. Bkz., İbrahim Özden KABOĞLU, “Düşünce Özgürlüğü”, içerisinde: **İnsan Hakları**, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000), s.118.

6 Temel hak ve hürriyetlerin norm alanı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Oktay UYGUN, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992), s.54 vd.; Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1982), s.47 vd.

B. Genel Hükümlerdeki Değişiklikler

1.) Genel sınırlama sebeplerinin ilgası, hakkın özü kriteri ve ölçülülük ilkesinin ihdası

Anayasanın 13. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
m.13, f.1-) Temel hak ve hürriyetler, <u>Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle</u> , Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.	m.13-) Temel hak ve hürriyetler, <u>özerline dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak</u> kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve <u>lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine</u> aykırı olamaz.
m.13, f.2-) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.	(--)
m.13, f.3-) Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.	(--)

Görüldüğü gibi, bu maddede yapılan en önemli değişiklik, maddenin 1. fıkrasında gösterilen ve Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilen “genel sınırlama sebepleri”ne son verilmesidir. Esasen, hak ve hürriyetler arasındaki nitelik farkları dikkate alınmadan hak ve hürriyetlerin hepsi için uygulanabilen bir “genel sınırlama sebepleri” kategorisine yer verilmesi doktrinde eleştirilmiştir⁷. Ayrıca, değişiklik teklifinin gerekçesinde de temas edildiği üzere, AİHS sisteminde her bir hak ve hürriyetle ilgili “özel sınırlama sebepleri”nin bulunması ve genel sınırlama sebepleri kategorisinin AİHS sistemine yabancı olması⁸ nedeniyle, AİHS sistemine uyumlu bir düzenleme yapılabilmesi bakımından bu yönde bir değişikliğe gidilmesi gereği bulunmaktaydı.

Bu arada belirtelim ki, eski 13/1. maddede yer alan “*millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması amacı*” artık, genel sınırlama

⁷ Bkz., TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age., s.137.

⁸ “İHAS sistemi, (...) hak ve özgürlüklerin ulusal anayasalarda genel hükümlerle, tek clden, kademesiz ve istisnasız bir şekilde sınırlanmasını öngörmüş değildir.” TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age., s.142.

sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Bununla beraber, Anayasanın 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34. maddelerinde yapılan değişikliklerle, bu maddelerde düzenlenmiş bulunan hak ve hürriyetlerin “millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması” sebepleriyle de sınırlandırılabilceği her bir madde-de ayrı ayrı yazılarak gösterilmiştir.

13. maddenin yeni haline göre, temel hak ve hürriyetler “ancak kanunla” sınırlandırılabilcek; kanuni sınırlandırmalar hak ve hürriyetlerin özüne dokunamayacaktır⁹. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması durumunda “ölçülülük ilkesi”ne riayet edilecektir¹⁰. Kanaatimizce, gerek öz güvencesine Anayasada yeniden yer verilmesi, gerekse sınırlandırmaların ancak kanunla yapılabileceğinin vurgulanması hak ve hürriyetlerin korunması bakımından olumlu değişikliklerdir. Aynı şekilde, “ölçülülük ilkesine” açık olarak temas edilmiş olması da olumludur.

Bu maddede yapılan bir başka değişiklik de, hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması bahsinde sınırlandırmanın sınırlarını gösteren kavramlar kümesinin içine “lâik Cumhuriyetin gerekleri” ibaresinin eklenmiş olmasıdır. Buna göre, “Temel hak ve hürriyetler, (...) ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, (...) demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine (...) aykırı olamaz”. Bu ekleme Anayasa Komisyonundaki görüşmeler sırasında yapılmıştır. Hak ve hürriyetlerin kullanımına kanunla getirilecek bir sınırlamanın Anayasaya uygun sayılabilmesini, getirilecek sınırlamanın “lâik cumhuriyetin gerekleri” kavramına uygun olması şartına bağlayan bu değişikliğin uygulamada hak ve hürriyetleri koruyucu ne tür sonuçları olabileceğini şimdiden kestirebilmek kanaatimizce mümkün değildir.¹¹

⁹ Hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı kuralı 1961 Anayasasında öngörölmüş ve “hakkın özü” kavramından ne anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, *bir hak ve hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayan veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan veya bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ve amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini kaldıran kanuni sınırlamalar hakkın özüne dokunmuş sayılır*. Bkz., Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden geçirilmiş 6. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), s.106.

¹⁰ Ölçülülük ilkesinin anlamı ve gerekleri şu şekilde ifade edilebilir: Sınırlama amacının gerçekleşebilmesi bakımından gerekli, elverişli ve zorunlu bir araca (tedbire) başvurulması ve hakların sınırlanması surctiyle gerçekleştirilmesi öngörölen amaçla başvuru olan araç arasında makul (kabul edilebilir) bir oranın bulunması. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZBUDUN, *age.*, s.105 vd.; İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, (İstanbul: Afa Yayınları, 1994), s.105 vd.; TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, *age.*, s.151.

¹¹ Doktrinde bir görüş, “lâik cumhuriyet” kavramının Anayasa Mahkemesi ve diğer yargı organlarının uygulamasında hak ve hürriyetlerin sınırlanması bağlamında koruyucu bir

13. maddede yapılan bu değişikliklerden sonra, artık, bu maddenin genel sınırlama sebeplerinin öngörüldüğü bir madde olmaktan çıkıp bir genel korumaya maddesi haline geldiği söylenebilir.

2.) Temel hak ve hürriyetlerin kişiler ve devlet tarafından yok edilememesi ve kötüye kullanılmaması

Anayasanın 14. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.14, f.1-) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, <u>Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.</u></p>	<p>m.14, f.1-) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.</p>
<p>m.14, f.3-) Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.</p>	<p>m.14, f.2-) Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.</p>
<p>m.14, f.2-) Bu <u>yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler</u> hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.</p>	<p>m.14, f.3-) Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.</p>

14. maddenin 1. fıkrasında yapılan değişikliğin bu fıkranın normatif anlamını esaslı bir şekilde başkalaştırdığı söylenemez. Gerçi, hak ve hürriyetlerin hangi tür amaçlarla kullanılmayacağını belirten Anayasanın bu hükmü eski düzenlemeye nazaran daha kısadır ve örneğin eski metindeki “Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek”, “dil, ırk, din ve mezhep ayrım-

işlev görmediğini, tam aksine bu kavramın, şu ana kadar, hak ve hürriyetlere getirilen kısıtlamaların meşrulaştırılması amacıyla kullanıldığını belirtmektedir. Bkz., Mustafa ERDOĞAN, “Anayasa Değişti mi?”, <http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me33.htm> (7.10.2001).

mı yaratmak” şeklindeki, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanımına dair kimi örneklerle yer vermemektedir. Bununla beraber, yeni düzenlemenin verilen örneklerdeki kötüye kullanım biçimlerini meşrulaştırdığı elbette iddia edilemez. Yapılan şey, hak ve hürriyetlerin hangi hallerde kötüye kullanılmış sayılacağına ilişkin anayasal düzenlemeyi daha özlü ve rafine bir şekilde ifade etmekten ibarettir. Gerçekten, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin, “insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler” biçiminde kullanılması hakların kötüye kullanımı sayılmakta ve bu tür hak kullanımları bizzat Anayasa tarafından yasaklanmaktadır ki, bu düzenlemenin eski düzenlemedeki daha uzun ve dolambaçlı anlatımın tüm unsurlarını öz olarak içerdiği söylenebilir. Kaldı ki, hakların kötüye kullanılmayacağı ve hukukun bu tür kullanımları tecviz edemeyeceği hukukun genel bir ilkesidir ve bu hususun Anayasada açıkça gösterilmesi bile şart değildir.

14. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikte, kişilerin yanında devletin de temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini amaçlayan bir faaliyette bulunamayacağı hükmü getirilmiştir ki, bu daha önceki metinde olmayan, yeni ve kanaatimizce olumlu bir düzenlemedir. 14. maddenin 2. fıkrasında yapılan bu değişiklikte, değişiklik teklifinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, AİHS'nin konuya ilişkin düzenlemesine paralel bir hükmün konulması hedeflenmiştir. Gerçekten de, AİHS'nin aynı konuyu düzenleyen 17. maddesinde “(b)u Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine (...) yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz” hükmü yer almıştır.

C. Klasik Kişi Hak ve Hürriyetleriyle İlgili Değişiklikler

1.) Gözaltı süreleri, yakalanan veya tutuklanan kişinin hakları

Anayasanın 19. maddesinin 5., 6. ve son fıkralarının	
Eski hal:	Yeni hal:
m.19, f.5-) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok <u>onbeş</u> gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.	m.19, f.5-) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok <u>dört</u> gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

m.19, f.6-) Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, <u>soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında</u> , yakınlarına derhal bildirilir.	m.19, f.6-) <u>Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.</u>
m.19, f.son-) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, <u>kanuna göre</u> , Devletçe ödenir.	m.19, f.son-) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, <u>tazminat hukukunun genel prensiplerine göre</u> , Devletçe ödenir.

19. maddenin 5. fıkrasında yapılan değişiklik, toplu olarak işlenen suçlar bakımından azamî onbeş gün olarak düzenlenmiş bulunan gözaltı süresinin dört güne indirilmesinden ibarettir. Bireysel suçlar için öngörülmüş olan kırksekiz saatlik gözaltı süresinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Toplu olarak işlenen suçlar için azamî gözaltı süresinin dört gün olarak belirlenmiş olması, bu konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesindeki esasların¹² Türk hukukuna yansıtılması gerekçesine dayandırılmıştır.

Bu maddenin 5. fıkrasında öngörülen kırksekiz saat ve dört günlük süreler olağan yönetim zamanları için geçerlidir. Olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde bu sürelerin uzatılabileceğine dair hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Böylece, maddenin 5. fıkrasının ilk cümlesinde öngörülen kırksekiz saat ve dört günlük sürelerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabileceği kuralı şu anda geçerli bir Anayasa hükmü olmaya devam ettiğinden, örnek olarak, Sıkıyönetim Kanununda (m.15) öngörülen ve sıkıyönetim komutanlarına kişileri onbeş ve icabı hale göre azamî otuz güne kadar gözaltında tutabilme yetkisi veren düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddia edilemeyecektir.

Bu maddenin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin her hal ve şartta yakınlarına bildirileceği kesin bir ifadeyle vurgulanmıştır. Eski düzenleme, yakalan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına durumun bildirilmesini soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının getireceği sakıncalarla kayıtlamaktaydı. Doktrinde haklı eleştirilere¹³ konu teşkil etmiş olan bu düzenlemenin Anayasadan çıkarılması kanaatimizce de isabetli olmuştur.

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Feyyaz GÖLCÜKLÜ, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", AÜSBFD, C:49, Haziran-Arahk 1994, No:3-4, Prof. Dr. Yılmaz GÜNAL'a Armağan, s.199-218.

¹³ Bkz., TANÖR, *Demokratikleşme Perspektifleri*, s.110.

2.) Özel hayatın gizliliği, bu güvencenin istisnaları, yazılı emir

Anayasanın 20. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.20, f.1-) Herkes, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunamaz. <u>Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.</u>	m.20, f.1-) Herkes, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunamaz. (-)
m.20, f.2-) <u>Kanunun açıkça gösterdiği hallerde</u> , usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.	m.20, f.2-) <u>Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak</u> , usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; <u>yine bu sebeplere bağlı olarak</u> gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin <u>yazılı</u> emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. <u>Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.</u>

Maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizli ve dokunulmaz olduğu ilkesine yer verilmiş ve eski düzenlemedeki istisna hükmü yürürlükten kaldırılarak bu güvencenin önemi vurgulanmıştır.

Bununla beraber maddenin ikinci fıkrasında belli sebeplere bağlı olarak verilecek hâkim kararı ile ya da kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı güvencesine bazı sınırlar getirilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, maddenin ikinci fıkrasında gösterilen sebeplere bağlı olarak usulüne göre verilecek hâkim kararı ya da yetkili merciin yazılı emri ile kişilerin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranabilecek ve bunlara el konulabilecektir.

Yapılan anayasa değişikliğinin getirdiği yenilikler şunlardır:

Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olması nedeniyle, 20. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliği güvencesi ile ilgili sınırlama sebeplerinin neler olabileceğinin tek tek sayılarak gösterilmesi yoluna gidilmiştir. Yürürlükten kaldırılmış olan 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinden millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması amaçlarının yanında suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebepleriyle de özel hayatın gizliliği güvencesine bir kısım sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir.

Değişiklikten önceki anayasa hükmü, arama ve el koyma tedbirlerinin uygulanmasında kanunla yetkili kılınan merciin sözlü olarak da emir verebilmesi imkanını açık tutuyordu. Buna karşılık, yapılan değişiklikle, söz konusu tedbirlerin, yetkili merciin belli sebeplere bağlı olarak ve yazılı şekilde emir vermesi halinde uygulanabileceği hükmü konulmuştur. Ayrıca, yetkili merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartı getirilmiş; görevli hâkimin de el koymadan itibaren kırksekiz saat içerisinde kararını açıklaması öngörülmüş ve bu süre içerisinde kararın açıklanmaması durumunda da el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükmü getirilmiştir.

Bu arada şu hususa da temas etmek gerekir: Anayasanın 19/3. maddesinde “suçüstü halinde ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” hâkim kararı olmaksızın yakalama yapılabilmesi ve bunun şartlarının kanunla gösterileceği hükmü yer almıştır. Nitekim, konuyu düzenleyen ilgili mevzuata göre, belirtilen durumlarda hâkim kararı olmaksızın savcı yakalama emri verebileceği gibi kolluk memurları da yakalama işlemi yapabilir; hatta suçüstü durumunda, ilave bazı şartların da varlığı halinde herkes yakalama yetkisini kullanabilir. Kolluk tarafından örneğin suçüstü halinde yakalanan kişinin ilk olarak üst aramasının yapılması doğal ve zorunlu olduğuna göre, kişilerin üstlerinin aranabilmesi için yazılı emir şartını öngören Anayasanın 20/2. maddesi hükmünün Anayasanın 19/3. maddesindeki hükümle birlikte dikkate alınması gereklidir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması ile ilgili Anayasanın 20. maddesinde yapılan bu değişikliklerden sonra, ilgili mevzuatın Anayasaya uygun hale getirilmesi mecburiyeti doğmuştur. Bu bağlamda, örneğin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (m.97), Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (m.9), Sıkıyönetim Kanunu (m.3) ve Olağanüstü Hal Kanunu (m.11) ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde yer alan kimi düzenlemelerin Anayasaya aykırılıklar taşıdıkları görülmektedir. Yapılacak yasal ve idari düzenlemelerle bu hükümlerin Anayasaya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

3.) Konut dokunulmazlığı, bu güvencenin istisnaları, yazılı emir

Anayasanın 21. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.21-) Kimsenin konutuna dokunulamaz. <u>Kanunun açıkça gösterdiği hallerde</u>, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.</p>	<p>m.21-) Kimsenin konutuna dokunulamaz. <u>Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak</u> usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; <u> yine bu sebeplere bağlı olarak</u> gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin <u>yazılı</u> emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. <u>Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.</u></p>

Anayasanın 21. maddesi yeniden yazılmıştır. Maddenin yeni halinin eskisinden farklı olan yönleri şunlardır: İlk olarak, konut dokunulmazlığı güvencesine hangi sebeplere bağlı olarak sınırlamalar getirilebileceği kanun koyucunun takdirine bırakılmayarak, bizzat Anayasada gösterilmiştir. 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin ilga edilmiş olması nedeniyle de konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin özel sınırlama sebepleri madde metninde tek tek sayılarak gösterilmiştir.

İkinci bir farklılık ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emri ile konuta girilebilmesi, arama yapılabilmesi ve buradaki eşyaya el konulabilmesi için emrin yazılı olarak verilmesi şartının öngörülmüş olmasıdır. Madde gerekçesinde bu hususa özel olarak temas edilmiş ve “özellikle konuta girme, arama yapma ve eşyaya el koymada yazılı emir şartı getirilmektedir” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, yetkili merciin bu kararının hâkim onayına sunulacak olması da bir başka yeniliktir.

21. maddede yapılan değişiklikler nedeniyle de, ilgili mevzuatın gözden geçirilmesi ve Anayasaya uygunluklarının sağlanması gerekmektedir.

4.) Haberleşme hürriyeti, bu hürriyetin sınırlandırılabilmesinin şartları, yazılı emir

Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasının	
Eski hal:	Yeni hal:
m.22, f.1-) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.	m.22, f.1-) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.
m.22, f.2-) <u>Kanunun açıkça gösterdiği hallerde</u> , usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.	m.22, f.2-) <u>Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak</u> usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; <u>yine bu sebeplere bağlı olarak</u> gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin <u>yazılı</u> emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. <u>Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.</u>

“Haberleşme hürriyeti” kenar başlığını taşıyan Anayasanın 22. maddesinin üst başlığı “Özel hayatın gizliliği ve korunması” şeklindedir. Bu başlık altında 20. maddede “özel hayatın gizliliği” güvencesine, 21. maddede “konut dokunulmazlığı”na ve 22. maddede de “haberleşme hürriyeti”ne yer verilmiştir. 22. maddede söz konusu olan “haberleşme”, mektup, telefon, telgraf vb. araçlarla gerçekleştirilen kişiler arası özel haberleşmedir.

Haberleşme hürriyetine ilişkin 22. maddede yapılan değişiklikler 20. ve 21. maddelerde yapılan değişikliklere paraleldir. Bu maddelerde yapılan değişikliklere yukarıda temas edilmişti. Burada, kısaca tekrar etmek gerekirse, haberleşme hürriyetinin gizliliğine hangi sebeplerle ve hangi usul takip edilerek kamu makamlarınca müdahale edilebileceği yeniden düzenlenmektedir. Ayrıca, hâkim kararı olmaksızın yapılabilecek müdahaleler için yazılı emir şartı getirilmekte ve yetkili merciin bu konudaki kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması hükme bağlanmaktadır.

5.) Yurt dışına çıkma hürriyeti

Anayasanın 23. maddesinin 5. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.23, f.5-) Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, <u>ülkenin ekonomik durumu</u> , vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilir.	m.23, f.5-) Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilir.

Bu maddede yapılan değişiklikle, yurt dışına çıkma hürriyetinin hangi hallerde sınırlandırabileceği yeniden düzenlenmiş ve eski düzenlemede sınırlama sebepleri arasında yer alan “ülkenin ekonomik durumu” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Konuya ilişkin yeni düzenleme kanaatimizce makul ve gerekli sınırlama sebeplerine yer vermekte, bunun ötesinde ülkenin ekonomik durumu gibi içeriği oldukça belirsiz ve hürriyetleri aşırı kısıtlayıcı bir sınırlama sebebini ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki, söz konusu sınırlayıcı düzenleme Millî Güvenlik Konseyince madde metnine dahil edilirken bu eklemenin gerekçesi olarak, ülkenin o anki ekonomik durumuna atıf yapılmıştır. 1982 Anayasası'nın hazırlandığı dönemdeki ekonomik şartların geçerli olmadığı bugünkü ortamda bu hükmün kaldırılması isabetli olmuştur.

6.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bu hürriyetin sınırlandırılması nedenleri, “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil” kavramının ilgası

Anayasanın 26. maddesinin 2., 3. ve son fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.26, f.2-) Bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.	m.26, f.2-) Bu hürriyetlerin kullanılması, <u>millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması</u> , suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

m.26, f.3-) <i>Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz. Bu yasağa aykırı yazılı veya basılı kağıtlar, plaklar, ses ve görüntü bantları ile diğer anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merci in emriyle toplatılır. Toplatma kararını veren merci bu kararını, yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Hâkim bu uygulamayı üç gün içinde karara bağlar.</i>	(--)
(--)	m.26, f.son-) <u>Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.</u>

Bu maddede yapılan değişiklikler iki noktada toplanmaktadır. Birincisi, “düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz” hükmü ile birlikte, belirtilen yasağa aykırı iletişim araç ve gereçlerinin toplatılacağına ilişkin hükmün Anayasa metninden çıkarılmış olmasıdır. Bu maddede yapılan tek olumlu değişiklik de bundan ibarettir.

26. maddede yapılan ikinci değişiklik ise, maddede var olan sınırlama sebeplerine, ilga edilen 13. maddedeki sınırlama sebeplerinden bir kısmının yanında yeni bir unsur olarak “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” kavramının da eklenmiş olmasıdır. Her ne kadar değişiklik teklifinin gerekçesinde “düşünce ve anlatım özgürlüğünün sınırları genişletilmekte; sınırlanma halleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrultusunda düzenlenmektedir” denilmekteyse de, sınırlama sebeplerinin önceki düzenlemeye nazaran daha da artırılmış olması ve AİHS sisteminde bulunmayan kimi sınırlama sebeplerine yer verilmiş olması nedeniyle bu iddia bizce gerçekleri yansıtmamaktadır. Sonuç olarak, 26/2. maddede yapılan değişikliklerin ifade hürriyetinin çerçevesinin genişletilmesi noktasında olumlu bir katkı getirdiğini söyleyebilmek mümkün değildir¹⁴.

Bu değişikliklerin yanında, maddeye son bir fıkra eklenerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

¹⁴ ERDOĞAN, “Anayasa Değişti mi?”, s. 2.; İfade hürriyeti konusundaki AİHS sistemi ile Türk Anayasal sistemi ve uygulamasının karşılaştırılması için bkz., Reyhan SUNAY, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2001).

7.) Basın hürriyeti, “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil” kavramının ilgası

Anayasanın 28. maddesinin yürürlükten kaldırılan 2. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.28, f.1-) Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.	m.28, f.1-) Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.
m.28, f.2-) Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz.	(--)

“Basın hürriyeti” başlığını taşıyan Anayasanın 28. maddesi, bu hürriyetin güvenceleri ile düzenlenmesi ve sınırlanmasına ilişkin toplam dokuz fıkradan oluşmakta idi. Yapılan anayasa değişikliğiyle, özellikle son yıllarda yaygın şikayet ve eleştirilere uğramış olan 2. fıkra hükmü metinden çıkarılmıştır. 28. maddenin geriye kalan hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu yazının konusu, münhasıran, yapılan anayasa değişikliklerinin Anayasa hükümlerinde meydana getirdiği farklılıkların belirtilmesine ayrılmıştır. Bu bakımdan, doktrinde kimi tartışma ve önerilere konu teşkil etmiş bulunan fakat, 4709 sayılı kanunla herhangi bir değişikliğe uğramayan 28. maddenin diğer fıkralarında yer alan hükümler üzerinde durulmayacaktır.

Bununla beraber, basın hürriyetinin sınırlanması sebeplerine ilişkin düzenlemeye temas edilmesi gereği vardır: Basın hürriyetinin hangi sebeplerle sınırlanabileceği 28. maddede doğrudan gösterilmemiş, bu konu 26 ve 27. maddelere atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. 28. maddenin 4. fıkrası, “Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 inci maddeleri hükümleri uygulanır” hükmünü içermektedir. Bilindiği üzere, Anayasanın 26. maddesinde “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”, 27. maddesinde ise “bilim ve sanat hürriyeti” düzenlenmiştir. 4709 sayılı kanunla, 27. maddede hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Buna karşılık 26. maddede bazı değişiklikler yapılmış ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetiyle ilgili sınırlama sebepleri (m.26/f.2’de) yeniden düzenlenmiştir.

Basın hürriyetinin düzenlendiği 28. maddede 26 ve 27. maddelere atıf yapılmış olması nedeniyle, basın hürriyeti 26. maddenin 2. fıkrası gereğince “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla

sınırlanabil(eceği)” gibi, 27. maddenin 2. fıkrası gereğince de basın hürriyeti “Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılama(yacaktır)”.

Görüldüğü üzere, 27. maddenin 2. fıkrasında basın hürriyetini de kapsamına alan bir anayasal sınır çerçevesi vardır. Bunun yanında, basın hürriyetinin hangi sebeplerle sınırlanabileceğine ilişkin düzenleme (m.26/2) de soyut kavramlar içeren uzun bir listeyle kanun koyucuya çok geniş bir hareket alanı açmaktadır.

8.) Kamu tüzelkişilerinin elindeki haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, genel sınırlama sebeplerinin ilgası nedeniyle maddenin yeniden yazılması

Anayasanın 31. maddesinin 2. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.31, f.1-) Kişiler ve siyasî partiler, kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir.	m.31, f.1-) Kişiler ve siyasî partiler, kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir.
m.31, f.2-) Kanun, <u>13 üncü maddede yer alan genel sınırlamalar dışında bir sebebe dayanarak</u> , halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.	m.31, f.2-) Kanun, <u>millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlâk ve sağlığın korunması sebepleri dışında</u> , halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.

Bu maddede yapılan değişiklik, esas itibariyle, genel sınırlama sebeplerine ilişkin 13. maddedeki düzenlemenin kaldırılmış olmasına paralel olarak, 13. maddeye gönderme yapan 31/2. maddenin redaksiyona tâbi tutulmasından ibarettir. Şöyle ki, 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olması nedeniyle, Anayasanın 31. maddesinde yer verilen kamu tüzel kişilerinin elindeki haberleşme araçlarından (radyo-televizyon ve resmi haber ajanslarından) yararlanma hakkına ilişkin sınırlama sebeplerinin neler olacağına madde metninde tek tek belirtilmesi gerekli görülmüş ve bu sebepler millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması şeklinde dört ögeden ibaret olarak tespit edilmiştir.

9.) Dernek kurma ve derneklere üye olma hürriyeti, bu hürriyetin sınırlanabileceği haller

Anayasanın 33. maddesinin 1., 2., 3. ve 4. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.33, f.1-) Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.	m.33, f.1-) Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.
m.33, f.2-) Dernek kurabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili merci verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, derneğin faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurur.	(-)
m.33, f.3, c.1) Hiç kimse bir derneğe üye olma-ya ve demekte üye kalmaya zorlanamaz.	m.33, f.2-) Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve demekte üye kalmaya zorlanamaz.
(-)	m.33, f.3-) Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.
m.33, f.3, c.2) Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.	m.33, f.4-) Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Bu maddede yapılan değişiklikler şunlardır: İlk olarak maddenin birinci fıkrasında esasa etkili olmayacak bir anlatım değişikliği yapılmıştır.

İkinci olarak, 33. maddenin eski 2. fıkrasında yer alan düzenleme metinden çıkarılmıştır. Anayasadan çıkarılan bu fıkrada, Anayasada gösterilmesine gerek olmayan, bu hakkın kullanımına dair ayrıntıya ilişkin kurallar bulunmaktaydı. Bu bakımdan da, anayasa değişikliğiyle bu düzenlemenin metinden çıkarılması isabetli olmuştur.

33. maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, maddeye eklenen bir fıkra ile (f.3), dernek kurma hürriyetinin hangi sebeplere dayalı olarak sınırlanabileceğinin gösterilmiş olmasıdır. Yapılan bu eklemenin 13. maddenin değiştirilmiş olmasından kaynaklandığı açıktır.

Anayasada yapılan bu değişikliklerin yeterli olmadığını; en antidemokratik yasalardan biri olarak nitelenen¹⁵ Dernekler Kanununda da iyileştirilmesi gereken çok sayıda düzenleme bulunduğunu belirtmek gerekir.

¹⁵ TANÖR, *Demokratikleşme Perspektifleri*, s.140.

10.)Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı; bu hakkın sınırlanabileceği haller; dernek, vakıf vb. örgütlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmelerine dair kısıtlamanın kaldırılması

Anayasanın 34. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
m.34, f.1-) Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.	m.34, f.1-) Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.
m.34, f.2-) Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tespit edebilir.	(-)
(-)	m.34, f.2-) Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.
m.34, f.3-) Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.	m.34, f.3-) Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.
m.34, f.4-) Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya millî güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yoketme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanunun, aynı sebeplere dayalı olarak bir il'e bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez.	(-)
m.34, f.5-) Demekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.	(-)

Bu maddede yapılan değişiklikleri şu şekilde sıralamak mümkündür: İlk olarak, "Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci,

gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tespit edebilir” hükmünü ihtiva eden eski 34/2. fıkra hükmü metinden çıkarılmıştır. Ayrıca, kanunun gösterdiği yetkili mercie, belirli nedenlere dayalı olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklama veya iki ayı geçmemek üzere erteleme yetkisi veren eski 34/4. fıkra hükmü de metinden çıkarılmıştır.

Anayasanın 34. maddesinin metninden çıkarılan eski 34/2 ve 34/4. fıkralarda, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımına dair Anayasada gösterilmesine gerek olmayan ayrıntılara ve bu hakkın kullanımının aşırı derecede kısıtlanmasına yol açabilecek hükümlere yer verilmekteydi. Bu nedenlerle, 34. maddedeki eski 2. ve 4. fıkraların metinden çıkarılması isabetli olmuştur.

34. maddenin 3. fıkrasında “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir” hükmü yer almaktadır. Nitekim yürürlükten kaldırılan 34/2 ve 4. fıkralarda yer alan hükümler, şu anda yürürlükte bulunan 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 6, 17 ve 19. maddelerinde daha da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, Anayasada yapılan değişiklik çerçevesinde 2911 sayılı kanunun yeniden ele alınarak Anayasaya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Bunların yanında, “Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler” hükmünü ihtiva eden 34. maddenin eski 5. fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olması daha da önemlidir. Çünkü, söz konusu düzenleme, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme “hak ve olanağına sahip bulunması gereken” ve bu hakkı kullanma potansiyeline en fazla sahip bulunan baskı gruplarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanmalarını sınırlandırmaktaydı. Bu nedenle, doktrinde, 34/5. madde hükmünün Anayasadan çıkarılması önerilmekteydi ve dayanışma yasaklarının uzantısı niteliğinde görülen bu düzenlemenin 1995 Anayasa değişiklikleri sırasında kaldırılmamış olması eleştirilmekteydi¹⁶.

Bu maddede yapılan bir diğer değişiklik ise, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının sınırlama sebeplerinin neler olabileceğinin madde metnine dahil edilen 2. fıkrada gösterilmesi ve bu hakkın “ancak” kanunla sınırlanabileceğinin vurgulanmasıdır. Burada öngörülen sınırlama sebepleri AİHS’nde (m.11/2) kabul edilen sınırlama sebeplerine paraleldir.

¹⁶ Bkz., Ömer ANAYURT, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1998), s.151-156, 196; İbrahim Özden KABOĞLU, “Demek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü”, içerisinde: *İnsan Hakları*, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000), s.146-151.; TANÖR, *Demokratikleşme Perspektifleri*, s.140-146.

11.) Adil yargılanma hakkı

Anayasanın 36. maddesinin 1. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.36, f.1-) Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.	m.36, f.1-) Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hak arama hürriyeti kenar başlığını taşıyan 36. maddede yapılan değişiklik, maddenin 1. fıkrasına herkesin “adil yargılanma” hakkına sahip olduğu ibaresinin eklenmesinden ibarettir. Değişiklik teklifinin gerekçesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde güvence altına alındığı bildirilen adil yargılanma hakkının Anayasa metnine dahil edildiği açıklanmaktadır. AİHS’nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır ve muhtemelen yapılan değişikliğin esin kaynağı da bu düzenlemeler olmuştur. Bununla beraber, yapılan değişiklikle adil yargılanma hakkı diye bir hakkın varlığına açık olarak vurgu yapılmanın ötesinde hukuk düzenine bir yenilik ya da katkı getirilmemiştir. Çünkü, “AİHS’nin 6. maddesinde yer alan hükümler, TC Anayasası’nın 36, 138, 140 ve 141. maddeleri hükümlerinde, esas itibarıyla yer almaktadır. Sözleşmenin anılan maddesinin kimi hükümleri ise, ceza hukukunun ve ceza muhakemeleri usulü hukukunun temel ilkeleri olarak ifadelendirilmişlerdir.”¹⁷

12.)Suç ve cezalara ilişkin esaslar, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesinin yaptırımı, ölüm cezası

Anayasanın 38. maddesine eklenen 6., 8. ve 9. fıkralar	
Eski hali:	Yeni hali:
(-)	m.38, f.6-) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.
m.38, f.6-) Ceza sorumluluğu şahsidir.	m.38, f.7-) Ceza sorumluluğu şahsidir.
(-)	m.38, f.8-) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.
(-)	m.38, f.9-) Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.

¹⁷ Yahya K. ZABUNOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı”, “Yargı Reformu 2000” Sempozyumu, (İzmir: İzmir Barosu Yayını, 2000), s.315. Bu konuda ayrıca bkz., KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.174-177.

Suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği Anayasanın 38. maddesi, değişiklikten önce dokuz fıkradan oluşmaktaydı. 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle mevcut bu dokuz fıkra da herhangi bir değişiklik yapılmaksızın bunlara üç yeni fıkra daha eklenmiş ve böylece 38. maddedeki fıkra sayısı onikiye yükselmiştir. 38. maddeye eklenen bu üç fıkra üç ayrı konuyla ilgilidir: Bunlardan birincisi, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ilkesinin bir Anayasa kuralı haline getirilmesidir. Buna benzer düzenlemeler daha önce CMUK’nun 135/a ve 254/2. maddelerinde yer almış bulunuyordu.

38. maddeye eklenen diğer bir fıkra ise, “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmünü ihtiva etmektedir. Bilindiği üzere, bu ilke AİHS’ne ek 4 Nolu Protokolde de yer almıştır. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, burada söz konusu olan “sözleşmeden doğan” bir yükümlülüğün yerine getirilememesi halidir. Burada kastedilenin özel hukuk sözleşmeleri olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Buna karşılık kanundan veya yargı kararlarından doğan bir kısım yükümlülüklerin (örneğin askerlik görevi veya nafaka borcu gibi) yerine getirilmesini sağlamak üzere kişinin özgürlüğünden alıkonulmasının 38/8. maddeyle bir ilgisi yoktur.

Bu noktada, Türk hukuk sisteminde kişinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulmasına izin veren düzenlemelerin olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Bu çerçevede özellikle 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesinde düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçu üzerinde durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere, anılan düzenlemede, ibraz edilen çekin yeterli karşılığının bulunmaması halinde çeki keşide eden kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin, Anayasanın 38/8. maddesine aykırı hale gelip gelmediği tartışılabilir niteliktedir. Bu noktada çekin bir ödeme aracı olduğu, çek verme işleminin bir sözleşme olarak değerlendirilemeyeceği görüşü ileri sürülebilir. Ayrıca, kötü niyetle ve hileye başvurarak verilen çekin ödenmemesi durumunda, bu fiilin dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılabileceği ve bu durumlarda anılan kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği görüşü de ileri sürülebilir. Biz burada bu konuyla ilgili bir görüş belirtmeksizin, sorunun çözümünün ceza ve ticaret hukuku uzmanlarının incelemeleriyle ve Anayasa Mahkemesinin bu konuyla ilgili olarak vereceği kararlar ortaya konulabileceğine işaret etmekle yetineceğiz.

Keza, İcra ve İflas Kanununun 340. maddesinde yer alan ve “taahhüdü ihlal suçu” olarak bilinen suç tipini yaratan düzenlemenin¹⁸ Anayasanın 38/8. maddesine aykırı hale gelip gelmediğinin de aynı şekilde tartışmalı bir konu olduğunu belirtmekle yetineceğiz¹⁹.

38. maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, hangi suçlar için ölüm cezası öngörülebileceğinin bizzat Anayasada gösterilmesine dairdir. 38. maddeye eklenen yeni 9. fıkra, “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu değişikliğin gerekçesinde AİHS’ne ek 6 nolu Protokolün hükümleri doğrultusunda bir düzenleme yapıldığına temas edilmektedir. Bununla beraber, sözü edilen protokolde sadece savaş ve çok yakın savaş tehlikesi olduğu zamanlarda işlenen fiiller için ceza yasalarında ölüm cezası öngörülebileceği belirtilmişken Anayasanın 38/9. maddesinde bunlara ilave olarak terör suçları için de ölüm cezası verilebileceği hükmüne bağlanmıştır.

Türk ceza mevzuatında başta Türk Ceza Kanunu ve Askeri Ceza Kanunu olmak üzere, 6831 sayılı Orman Kanunu ile 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunda toplam olarak 40’a yakın suç için ölüm cezası öngörülmüştür²⁰. Anayasada yapılan bu değişiklikten sonra, belirtilen mevzuattaki ölüm cezalarına ilişkin hükümlerin Anayasanın yeni düzenlemesi karşısındaki durumlarının incelenmesi ve söz konusu yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırı hale gelip gelmediklerinin tartışılması gerekmektedir. Gerçekten, yapılan anayasa değişikliği ile sadece terör suçları ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde ölüm cezası verilebileceği belirtilmiştir. Halbuki, ceza mevzuatında ölüm cezası öngörülen kimi suçlar terör suçu olmadıkları gibi, bunla-

18 İİK m.340: “111 inci madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlu, alacaklının şikayeti üzerine tetkik mercii tarafından bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır.”

19 Gerek karşılıksız çek keşide etme suçunun gerekse de İİK m.340’da yer alan düzenlemenin Anayasanın 38/8. maddesiyle ilgisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **AİHS ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yapıtlar Sempozyumu**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2001); Ayrıca bkz., Mahmut KOCA, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Son Anayasa Değişikliklerinin Ceza Hukukuna Etkileri”, **Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan**’da yayınlanacak olan makale.

20 Ölüm cezasına yer veren kanunlar ve maddeleri şunlardır: Türk Ceza Kanunu: 125, 126, 127, 129, 131, 133, 136, 137, 146, 147, 149, 156, 450. maddeler; Askeri Ceza Kanunu: 54, 55, 56, 59, 60, 62, 63, 64, 69, 70, 75, 79, 80, 89, 91, 94, 97, 101, 102, 126, 127, 136, 159, 160, ek 4 ve ek 5. maddeler; Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun: 30. madde; Orman Kanunu: 110 madde. Bu liste için bkz. Hüsnü ÖNDÜL, “Türkiye’de İnsan Hakları ve Demokratik Standartlar Sorunu”, içerisinde: **Hukukun Üstünlüğü-Demokrasi-İnsan Hakları**, s.104.

rın savaş veya çok yakın savaş halleri ile de ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçlar için artık ölüm cezasına hükmedilmesi söz konusu olamaz. Buna karşılık, mevzuatta ölüm cezası ile karşılanan suçların büyük bir kısmı Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde terör suçu olarak nitelenmiş olan suçlardır. Bunun yanında, ölüm cezasıyla cezalandırılacak olan suçların diğer bir grubunu da savaş veya çok yakın savaş tehdidi durumlarında işlenecek suçlar oluşturmaktadır. Anayasa da zaten bu durumlarda ölüm cezası verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla bu tür suçlar için öngörülmüş olan ölüm cezalarının Anayasaya aykırı olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Bilindiği üzere, bugün dünya üzerinde ölüm cezalarının hukuk sistemlerinden çıkarılması yönünde güçlü bir eğilim vardır. Bu çalışmanın konusu, ölüm cezalarının ayrıntılı incelenmesine ayrılmış değildir. Bu nedenle, ölüm cezasının niçin ilga edilmesi gerektiği konusundaki tartışmalara temas etmeksizin, yapılan anayasa değişikliği ile ölüm cezalarının ne oranda ilga edilmiş sayılabileceğine kısaca değinmekle yetineceğiz. Az önce de belirttiğimiz gibi, Yapılan anayasa değişikliği neticesinde, şu anda ceza kanunlarındaki ölüm cezalarına ilişkin hükümlerin hepsi yürürlükten kalkmış ya da bu hükümler Anayasaya aykırı hale gelmiş değildir; tam aksine, yapılan değişiklik, mevzuattaki sadece belirli birkaç suç tipini etkilemektedir ve az sayıdaki bu suçlara ilişkin düzenlemelerin Anayasaya aykırı hale geldikleri görülmektedir²¹.

Yukarıda sözü edilen kimi suçlar için ölüm cezası verilmesini öngören yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı hale geldikleri tespitine bağlı olarak Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereği yerine getirilmeli ve Anayasaya aykırı bu hükümler ceza kanunlarından ayıklanmalıdır. Anayasaya aykırı kanunların, ya Anayasa Mahkemesince iptal edilerek ya da yasama organınca ilga edilerek hukuk düzeninden çıkarılabilecekleri, özel olarak açıklama yapmayı gerektirmeyecek derecede herkesçe bilinen bir husustur.

²¹ Bizim görebildiğimiz kadarıyla, Türk Ceza Kanununun 450. maddesi ile Askeri Ceza Kanununun 91/4., 97. ve 126/1-2. maddelerinde yer alan ölüm cezasına dair hükümler ve Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 30. maddesinde yer alan düzenleme anayasa değişikliğinden etkilenmektedir ve yapılan anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle bu hükümlerin zımnen ilga edilmiş oldukları söylenebilir. Bununla beraber, zımnî ilga görüşü tartışma yaratabilecek nitelikte olduğundan, bu kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilerek ya da TBMM tarafından değiştirilerek açıkça yürürlükten kaldırılması daha uygun bir yoldur. Bunların yanında, doktrinde bir yazar, terör amacıyla orman yakılması neticesinde yangın sebebiyle ölüm meydana gelmesi halinde bu suçun faillerine ölüm cezası verileceğini hükme bağlayan Orman Kanununun (4114 sayılı ve 4.7.1995 tarihli kanunla değişik) 110. maddesinin de anayasa değişikliğinden etkilenmekte olduğu kanaatini (bu görüşün tartışmaya açık olduğunu da ekleyerek) ifade etmektedir. Bu konudaki tartışma için bkz., KOCA, agm.

13.)Devletin, yaptığı işlemlerde, ilgili kişiye başvurabileceği kanun yollarını ve sürelerini belirtmek zorunda oluşu

Anayasanın 40. maddesine eklenen 2. fıkra	
Eski hali:	Yeni hali:
m.40, f.1-) Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.	m.40, f.1-) Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.
(-)	m.40, f.2-) <u>Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.</u>

Temel hak ve hürriyetlerin korunması kenar başlığını taşıyan 40. maddede yapılan değişiklik bu maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkranın eklenmesinden ibarettir. Buna göre, Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceğini ve bu başvurunun süresini belirtmek zorundadır. 40/2. maddede her ne kadar “Devlet” terimi kullanılmış ise de kanaatimizce bundan esas itibariyle devletin yürütme (idare) ve yargı organları kastedilmiştir. Zira, yasama organının kural koyucu işlemlerine -ve genel olarak parlamento kararlarına- karşı ilgililerin doğrudan herhangi bir mercie ya da kanun yoluna başvurmaları hukukumuzda öngörülmuş değildir.

Yapılan bu düzenleme hak arama hürriyetinin kullanımını kolaylaştırıcı nitelikte olması nedeniyle kanaatimizce olumludur. Bununla beraber, bu konunun ayrıca bir yasa ile ya da başka bir kural işlemle de düzenlenmesi gerekecektir. Zira, yürütme(idare) ve yargının sayısız denebilecek çeşitlilikteki işlemlerine karşı hangi mercilere ve hangi süreler içerisinde başvuru yapılabileceğini tespit etmek sanıldığı kadar kolay bir iş değildir. Özellikle kadrosunda uzman hukukçuların bulunmadığı idari birimlerin son derece karmaşık ve uzmanlık isteyen bu işin üstesinden gelebilmeleri kolay değildir. Bu nedenle, çıkarılacak bir yasa ile bu konuda idari birimlere yol gösterilmesi yararlı olacaktır. Aksi halde, uygulamada, idari makamların bu konuda ilgilileri yanlış yönlendirmeleri veya genel nitelikli ve yetersiz bir aydınlatmada bulunmaları söz konusu olabilecektir.

D. Sosyal ve Ekonomik Haklarla İlgili Değişiklikler

1.) Eşler arasında eşitlik

Anayasanın 41. maddesinin 1. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.41, f.1-) Aile, Türk toplumunun temelidir.	m.41, f.1-) Aile, Türk toplumunun temelidir <u>ve eşler arasında eşitliğe dayanır.</u>

Bu maddede yapılan değişiklik, “Aile, Türk toplumunun temelidir” şeklindeki eski düzenlemeye “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresinin eklenmesinden ibarettir. Madde gerekçesinde, bu eklemenin “kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme” yapmak hedefine yöneldiği belirtilmektedir.

Söz konusu değişiklikten önce, doktrinde, Anayasanın 10. maddesine “Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler” şeklinde bir hüküm konulmasının isabetli olacağına temas edilmişti. Zira, Anayasanın 10. maddesinde sadece genel eşitlik ilkesine yer verilmiş bulunuyordu ve Anayasada farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesini düzenleyen özel bir kural yoktu. Bu nedenle, genel eşitlik ilkesinin nisbi eşitliği amaçladığı, farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin ise mutlak eşitliği gerektirdiği belirtilerek söz konusu hükmün Anayasa metnine dahil edilmesi önerilmişti²².

Buna karşılık anayasa koyucu, konuya daha dar bir açıdan yaklaşarak 41. maddeye bir ekleme yapmış ve ailenin eşler arasındaki eşitliğe dayandığını belirtmekle yetinmiştir. Kanaatimizce, farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin Anayasanın 10. maddesinde ele alınması ve doktrinde önerildiği şekilde “erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler” şeklinde daha kapsamlı ve vurgulu bir ifadeyle düzenlenmesi gerekirdi²³.

²² Zafer GÖREN, “Temel Hak ve Özgürlükler-Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için Reform Önerileri”, içerisinde: *Türkiye’de Anayasa Reformu-Prensip ve Sonuçlar*, (Ankara: Konrad Adenauer Vakfı, 2001), s.101. Nisbi ve mutlak eşitlik kavramları hakkında bilgi için ayrıca bkz., Zafer GÖREN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, (İzmir: Barış Yayınları, 1997), s.388.

²³ Bu önerinin sahibi GÖREN, kadın erkek eşitliği bağlamında Anayasanın 10. maddesine ayrıca “Yasa koyucu, özel veya kamu hukukunun bütün alanlarında kadını mağdur eden doğrudan doğruya ve dolaylı ayrımların ortadan kaldırılması, kadın ve erkeğin eşit duruma getirilmesi için gerekli düzenlemeleri yapar” hükmünün de konulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz., GÖREN, agm., s.102.

2.) Kamulaştırmada gerçek karşılık esası, ödenmeyen kamulaştırma bedelleri için öngörülen faiz oranı

Anayasanın 46. maddesinin 1., 2. ve 4. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.46, f.1-) Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî tarif hakları kurmaya yetkilidir.</p>	<p>m.46, f.1-) Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî</p>
<p>m.46, f.2-) Kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usulleri kanunla belirlenir. Kanun kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi beyanını, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, taşınmaz malların birim fiyatlarını ve yapı maliyet hesaplarını ve diğer objektif ölçütleri dikkate alır. Bu bedel ile vergi beyanındaki kıymet arasındaki farkın nasıl vergilendirileceği kanunla gösterilir.</p>	<p>(--) Tarif hakları kurmaya yetkilidir.</p>
<p>m.46, f.3-) Kamulaştırma bedeli, nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir <u>ve peşin ödenmeyen kısım Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddine bağlanır.</u></p>	<p>m.46, f.2-) Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.</p>
<p>(--)</p>	<p>m.46, f.4-) İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.</p>

Bu maddede yapılan değişikliklerden birincisi, özel mülkiyetteki taşınmaz malların “gerçek” karşılıklarının ödenmesi şartıyla kamulaştırılabileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Bu ilke, daha önce 1961 Anayasasının 38. maddesinde yer almıştı ve 1971 değişikliklerine kadar yürürlükte kalmıştı.

Anayasanın 46. maddesi gerçek karşılık esasını getirmekle beraber, taşınmazın gerçek karşılığının nasıl tespit edileceğine dair bir hüküm içermemektedir. Yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılan eski 46/2. maddede gerçek karşılık esasına yer verilmeksizin, “kamulaştırma bedelinin” hesaplanma tarz ve usullerinin kanunla belirlenmesi hükme bağlanmaktaydı ve bu belirlemeyi yapacak kanun koyucunun dikkate alması gereken bazı kriterler sunulmaktaydı.

Anayasanın 46/1. maddesinde “gerçek karşılık”tan sözedilmesine rağmen gerçek karşılığın ne surette hesaplanacağına hiç temas edilmemiş olması, kamulaştırılacak taşınmazın gerçek karşılığının hesaplanmasında kullanılacak kimi kriterlerin kanunla belirlenmesine engel değildir. Kaldı ki, Anayasanın “Devletleştirme ve özelleştirme” başlığını taşıyan 47/2. maddesinde, “Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir” hükmü yer almıştır. Bu nedenle, kamulaştırma bedelinin nasıl tespit edileceğine dair esasları içeren Kamulaştırma Kanununun 11. maddesi, kamulaştırılan taşınmazın bedelinin hesaplanmasında kullanılacak olan bir kısım ölçüleri tespit etmiş bulunmaktadır ki bu ölçülerin taşınmazın “gerçek karşılığının” hesaplanması için de uygulanmaya devam edilmesi, kanaatimizce Anayasaya aykırı olmayacaktır.

Ayrıca diğer önemli bir değişiklik de, kamulaştırma bedelinin taksitlendirilmesi halinde ve herhangi bir sebeple ödenmeyen kamulaştırma bedellerinde “kamu alacakları” için öngörülen en yüksek faiz haddinin uygulanacağı kuralının Anayasa metnine (m.46/4) dahil edilmesidir. Değişiklikten önceki düzenleme (m.46/3) bu konuda “devlet borçları” için öngörülen en yüksek faiz haddinin uygulanacağını hükme bağlamaktaydı. Devlet borçları için öngörülen faiz haddinin kamu alacakları için öngörülen faiz haddinden daha düşük olduğu ve yüksek enflasyon oranlarının cari bulunduğu bir ekonomik ortamda, eski düzenlemenin hakkaniyet ölçüleriyle bağdaştırılması zordu. Bu bakımdan, yapılan değişiklik olumludur.

3.) Çalışma hakkı, işsizlerin korunması

Anayasanın 49. maddesinin	
Eski hal:	Yeni hal:
m.49, f.2-) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır.	m.49, f.2-) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.
m.49, f.3-) Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır.	(-)

49. maddede yapılan değişiklikle, maddenin 2. fıkrası değiştirilmiş, 3. fıkrası ise yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 3. fıkranın içeriği aslında yeni metinde 2. fıkrada yer almış bulunmaktadır. Dolayısıyla bu maddede yapılan değişiklik esas itibarıyla 2. fıkrada yapılan eklemeye ibarettir. Buna göre, Devlet, çalışanların yanında “işsizler”i de korumak için gerekli tedbirleri almakla görevli kılınmaktadır.

4.) Sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkının öznesi: “çalışanlar”; bu hakla ilgili sınırlandırma nedenleri; sendika hakkının kullanımına dair kimi kayıtlamaların ilgası vd.

Anayasanın 51. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.51, f.1-) <u>İşçiler</u> ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptirler.</p> <p>m.51, f.3-) <u>Sendikalara üye olmak ve üyelikten ayrılmak serbesttir.</u></p> <p>m.51, f.4-) <u>Hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.</u></p>	<p>m.51, f.1-) <u>Çalışanlar</u> ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, <u>bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına</u> sahiptir. <u>Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.</u></p>
<p>m.51, f.2-) <u>Sendikalar veya üst kuruluşlarını kurabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, sendika veya üst kuruluşun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurur.</u></p>	<p>(--)</p>
<p>(--)</p>	<p>m.51, f.2-) <u>Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.</u></p>
<p>(--)</p>	<p>m.51, f.3-) <u>Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.</u></p>
<p>m.51, f.5-) <u>İşçiler ve işverenler</u> aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamazlar.</p>	<p>m.51, f.4-) Aynı zamanda <u>ve aynı işkolunda</u> birden fazla sendikaya üye olunamaz.</p>
<p>(--)</p>	<p>m.51, f.5-) <u>İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.</u></p>

m.51, f.8-) Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, <u>Anayasada belirlenen</u> Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz.	m.51, f.6-) Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin <u>temel</u> niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.
m.51, f.6-) Herhangi bir işyerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz.	(-)
m.51, f.7-) İşçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı aranır.	(-)

Anayasanın 51. maddesi, eski düzenlemedeki bir kısım hükümler çıkarılarak ve yeni bazı hükümler eklenerek yeniden kaleme alınmıştır. Bu maddede yapılan değişiklikler arasında ilk göze çarpan husus, sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkının, eski düzenlemede olduğu gibi sadece “işçiler ve işverenler”e değil, “çalışanlar ve işverenler”e tanınmış olmasıdır. Çalışanlar teriminin içerisine işçilerin yanında memurlar ve diğer statülerde çalışan kişiler de girmektedir. Bununla beraber, memurlar için sendika hakkının daha önce, 53. maddede 1995 yılında yapılan değişiklikle tanınmış olduğu dikkate alınır ise yapılan değişikliğin bu konuda bir yenilik getirmediği söylenebilir.

Maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, yukarıda metinlerine yer verilen eski düzenlemedeki 2., 6. ve 7. fıkraların bütünüyle Anayasadan çıkarılmış olmasıdır. Anayasa metninden çıkarılan 2. fıkranın ele aldığı konunun Anayasada değil ilgili kanunlarda düzenlenmesi daha uygun olduğundan yapılan değişiklik bizce olumludur. Aynı şekilde, işçi sendikası yöneticiliği için on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartını getiren 7. fıkranın metinden çıkarılması da yapay bir sınırlama hükmünün Anayasa metninden ayıklanmasına yol açtığı için olumludur. Değişiklikten önceki 6. fıkrada yer alan “Herhangi bir işyerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz” hükmünün yeni metne dahil edilmemiş olması, 51/1. maddedeki “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz” hükmünün varlığı nedeniyle herhangi bir eksiklik yaratacak gibi görünmemektedir²⁴. Kaldı ki, eski metinde 6. fıkrada yer alan düzenleme Sendikalar Kanununun 31. maddesinde daha da geniş bir şekilde yer almış bulunmaktadır.

²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Nuri ÇELİK, *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), s.318 vd.

51. maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin ilgası nedeniyle, sendika hakkının hangi nedenlerle sınırlandırabileceğinin maddenin 2. fıkrasında tek tek sayılarak gösterilmesidir. 51/2. maddede gösterilen sınırlama sebepleri kanaatimizce makuldür.

51. maddede yapılan değişikliklerden bir diğeri ise, sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller ile, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının kanunla düzenleneceğinin belirtilmiş olmasıdır.

51/4. maddede yapılan değişiklikle, birden fazla sendikaya üye olunamayacağı kuralı muhafaza edilmiştir. Bununla beraber, birden fazla sendikaya üyelik yasağı, bu üyeliklerin “aynı zamanda” ve “aynı iş kolunda” gerçekleşmesi şartıyla öngörülmüştür. Bu düzenleme aynı içerikte olmak üzere Sendikalar Kanununda da (m.22/1) yer almaktadır.

5.) Asgarî ücretin tespitinde dikkate alınacak unsurlar

Anayasanın 55. maddesinin son fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.55, f.son-) Asgarî ücretin tespitinde ülkenin ekonomik <u>ve sosyal</u> durumu göz önünde bulundurulur.	m.55, f.son-) Asgarî ücretin tespitinde <u>çalışanların geçim şartları ile</u> ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.

55. maddenin son fıkrasında yapılan değişiklik, asgarî ücretin tespitinde dikkate alınacak kriterlerin neler olduğunun yeniden belirlenmesine yöneliktir. Yapılan değişiklikle, asgarî ücretin tespitinde her şeyden önce “çalışanların geçim şartları”nın dikkate alınacağı hükmü eklenmiştir. Bunun yanında, eski düzenlemedeki, ülkenin içinde bulunduğu “ekonomik durum”un asgarî ücretin tespitinde gözönünde bulundurulacağına dair hüküm de muhafaza edilmiştir. Buna karşılık, “ülkenin sosyal durumu”nun asgarî ücretin tespitinde dikkate alınacak bir kriter olmasını öngören eski düzenleme Anayasa metninden çıkarılmıştır.

Asgarî ücretin tespiti konusunda yapılan değişiklikte, konuya çalışanların geçim şartları perspektifinden bakılmasına dair bir hükme öncelikle yer verilmiş olması son derecede tabiidir. Buna karşılık, Türk toplumunun sosyal yapısının, bu çerçevede özellikle Türk toplumundaki aile ilişkileri ile ailedeki çocuk sayısının asgarî ücretin tespitinde dikkate alınacak bir kriter olarak öngörülmemesi haklı olarak eleştirilebilecek bir düzenlemedir²⁵.

²⁵ Tankut CENTEL, “Türk Çalışma Yaşamı Açısından Son Anayasa Değişikliği”, *TİSK İşveren*, Ekim 2001, s.14.

6.) “Sosyal ve ekonomik hakların sınırı” ifadesinin yerine “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” ifadesinin geçmesi

Anayasanın 65. maddesinin ve kenar başlığının	
Eski hali:	Yeni hali:
XIII. <u>Sosyal ve ekonomik hakların sınırı</u>	XIII. <u>Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları</u>
Madde 65.- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, <u>ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek</u> , malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.	Madde 65.- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, <u>bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek</u> malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Bu maddede yapılan değişiklikle, önce, gayet isabetli olarak, maddenin kenar başlığı maddenin içeriğini doğru olarak ifade edecek şekilde değiştirilmiştir. Gerçekten de bu maddenin konusu, vatandaşların sosyal ve ekonomik haklarının sınırının gösterilmesi değil, devletin bu alanlardaki görevlerini hangi çerçeve içinde yerine getireceğinin belirlenmesidir.

Başlıkta yapılan bu değişikliğin yanında maddenin içeriğinde de bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre, devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini yine malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir. Fakat, bu görevlerin yerine getirilmesinde devlet artık ekonomik istikrarın korunmasını gözetmek kaydıyla bağlanmamaktadır. Bunun yerine, devlet, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerin yerine getirilmesinde bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümü altına sokulmaktadır.

E. Siyasal Haklarla İlgili Değişiklikler

1.) Türk baba veya Türk annenin çocuğunun vatandaşlığı

Anayasanın 66. maddesinin 2. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.66, f.2-) Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. <u>Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir.</u>	m.66, f.2-) Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. (--)

Bu maddede yapılan değişiklikle, “Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” hükmünü içeren eski 2. fıkranın ikinci cümlesi Anayasa metninden çıkarılmıştır. Değişiklik teklifinin gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin kadın ve erkek arasında eşitsizlik yarattığı görüşüne yer verilmiştir.

Yürürlükten kaldırılan düzenleme, yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığının kanunla düzenlenmesini öngörmekteydi. Nitekim, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 1. maddesinde bu konu ele alınmış ve “Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar” hükmüne yer verilmiştir. Bu açıdan bakılırsa, yapılan anayasa değişikliğinin uygulamada bir yeniliğe yol açması söz konusu değildir. Bununla beraber, yürürlükten kaldırılan düzenleme, yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı konusunda kanun koyucuyu yetkilendirmekteydi ve bu açıdan da kadın ve erkek cinsleri arasında bir ayırım yapılabilmesine açık kapı bırakılmaktaydı.

2.) Taksirli suçlardan mahkum olanların oy kullanabilmesi, seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerin uygulanma zamanı

Anayasanın 67. maddesinin 5. fıkrasının ve eklenen son fıkranın	
Eski hali:	Yeni hali:
m.67, f.5-) Silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askeri öğrenciler, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde <u>bulunan tutukuların seçme haklarını kullanmalarında</u> , oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.	m.67, f.5-) Silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askeri öğrenciler, <u>taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç</u> ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde <u>oy kullanılması ve</u> oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.
(-)	m.67, f.son-) <u>Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.</u>

Bu maddede iki konuda değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, ceza infaz kurumlarında bulunan ve taksirli suçlardan hüküm giymiş olan kişilere seçme (seçimlerde oy kullanma) hakkının tanınmasıdır. Değişiklikten önceki düzenleme, suçun niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın ceza infaz kurumlarındaki bütün hükümlülerin oy kullanamayacakları hükmünü içermekteydi. Kanaatimizce bu konuda yapılmış olan değişiklik olumludur ve adalet duygusunu inciten bir yasak böylelikle ortadan kaldırmıştır.

67. maddede yapılan ikinci değişiklik ise, maddeye, seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerin ne zaman uygulanmaya başlanacağına dair yeni bir fıkra eklenmesidir. Buna göre, seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygu-

lanmayacaktır. Bu düzenlemeyle, seçimlere yaklaşıırken özellikle iktidar partilerinin kısa vadeli çıkarlarını gözetererek seçim sonuçlarını etkileme ve yönlendirme amacına matuf olarak seçim kanunlarında değişiklikler yapmaları engellenmek istenmiştir.

3.) Siyasi parti kapatılması, siyasi partilerin “yasaklanmış fiillerin işlendiği bir odak haline gelmeleri”, kapatma dışı yaptırımlar

Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrası ile eklenen yeni ve değiştirilen son fıkraların	
Eski hali:	Yeni hali:
m.69, f.6-) Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir.	m.69, f.6-) Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. <u>Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarıncaya kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin o dağı haline gelmiş sayılır.</u>
(-)	m.69, f.7-) <u>Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.</u>
m.69, f.son-) Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenme ve kapatılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir.	m.69, f.son-) Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları <u>ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları</u> ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir.

Anayasanın 69. maddesinde esas itibariyle iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, siyasi partilerin hangi hallerde yasak fiillerin işlendiği bir odak haline gelmiş sayılacaklarının bizzat Anayasada gösterilmesidir. İkincisi ise siyasi partilerin “devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması” şeklinde kapatma dışında yeni bir yaptırımın öngörülmesidir.

69. maddenin 6. fıkrasına eklenen bir cümle ile odak haline gelme durumunun kriterleri tanımlanmıştır. Buna göre, birinci halde, eğer bir siyasi partinin üyeleri Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında sayılan yasak fiilleri yoğun bir şekilde işlerse ve bu durum o partinin (m..69/f.6'da belirtilen) yetkili organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenirse bu durumda o parti yasak fiillerin işlendiği bir odak haline gelmiş sayılır.

İkinci halde ise, m.68/4 bağlamındaki yasak fiiller, doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlenirse, yine, o parti odak haline gelmiş sayılır²⁶.

Böylelikle, odaklaşma olgusunun tanımı bizzat Anayasada gösterilmiştir. Anayasadaki bu düzenlemeden önce, odak (ya da mihrak) olmanın koşulları 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda yer almıştı. Siyasi Partiler Kanununun 103/2. maddesinde 1986 ve 1999 yıllarında yapılan düzenlemelerle siyasi partilerin hangi hallerde odak haline gelmiş sayılacakları hükme bağlanmıştı. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, Siyasi Partiler Kanunundaki bu düzenlemelerin ikisini de Anayasaya aykırı bularak iptal etmişti²⁷. Bu nedenle de Siyasi Partiler Kanununda odak kavramıyla ilgili bir boşluk ortaya çıkmış bulunuyordu. Yapılan anayasa değişikliğiyle, anayasa koyucu, odak haline gelme olgusunun şartlarının neler olacağını bizzat düzenleme yoluna gitmiş, bu konunun kanunla düzenlenmesini tercih etmemiştir. Bu yolun seçilmesinde Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararlarının etkisi vardır ve yapılan düzenleme şüphesiz, siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılması hedefine yöneliktir. Bu açıdan bakınca, getirilen düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarına bir cevap teşkil ettiği söylenebilir.

Yapılan bu değişiklikte, ne tür durumların bir siyasi partiyi odak haline getireceği bizzat Anayasada gösterilmiş olmakla beraber, 69/6. maddede belirtilen odaklaşma olgusunun şartlarının somut bir siyasi parti kapatma davasında gerçekleşip gerçekleşmediğine ve netice olarak da, öne sürülen iddia ve kanıtların davalı siyasi partinin yasak fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin kabulüne yetip yetmeyeceğine yine de Anayasa Mahkemesi karar verecektir. Zira, 69/6. madde, odaklaşma olgusunun söz konusu olabilmesi için yasak fiillerin parti üyeleri veya yetkili organlarınca “yoğun bir şekilde” ve “kararlılık içinde” işlenmesini aramaktadır ki, davalı bir siyasi partinin üyelerinin

²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Nihat BULUT, “Siyasal Parti Yasakları ve Son Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Odaklaşma Olgusunun Kriterleri”, Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan'da yayınlanacak olan makale.

²⁷ Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları için bkz., E:1998/2, K:1998/1, K.Tarihi: 9.1.1998, AMKD, Sy.34/1, s.236-251; E:2000/86, K:2000/50, K.Tarihi: 12.12.2000, AMKD, Sy.36/2, s.896-913.

veya yetkili organlarının eylemlerinin bu kalıba girip girmediğini tespit edecek olan organ Anayasa Mahkemesidir. Bu açıdan, siyasi partilerin kapatılması konusunda, Anayasa Mahkemesinin oldukça geniş bir değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

69. maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, parti kapatmanın tek yaptırım olmaktan çıkarılmasıdır. Böylece, Anayasa Mahkemesi, dava konusu fiillerin ağırlık derecesine göre, ilgili siyasi partinin kapatılmasına karar verebileceği gibi, kapatmaya karar vermeksizin sadece, davalı siyasi partinin kısmen veya tamamen Devlet yardımından yoksun kılınmasına da karar verebilecektir. Siyasi parti kapatma kararının çok ağır bir karar olması ve ülkemizde pek çok siyasi partinin bu akıbete uğramış olması gerçeği karşısında, doktrinde, kapatmaya varmayan bir kısım ara yaptırımların öngörülmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştu²⁸.

Yapılan anayasa değişikliği ile sadece hazine yardımından yoksun bırakma ara yaptırımı seçilmiş; buna karşılık mesela, belli bir süre seçimlere katılma yasağı getirilmesi gibi bir başka ara yaptırım öngörülmemiştir.

4.) Dilekçe hakkı, yabancıların bu hakkın öznesi olabilmeleri

Anayasanın 74. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.74, f.1-) Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.	m.74, f.1-) Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar , kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.
m.74, f.2-) Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.	m.74, f.2-) Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

Dilekçe hakkının düzenlendiği 74. maddede iki konuda değişiklik yapılmıştır. Birincisi, karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar için de dilekçe hakkının tanınmasıdır. İkincisi ise, dilekçe hakkını kullanan ve kendileriyle ilgili bir başvuruda bulunan kişilere, başvuruları hakkında gecikmeksizin yazılı olarak cevap verileceğinin öngörülmesidir. Kanaatimizce, yapılmış olan her iki değişiklik de olumludur.

²⁸ Bkz., Fazıl SAĞLAM, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), s.180-181; Oktay UYGUN, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı* 17, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2000), s.267.

II- YASAMA İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

1.) TBMM üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilikleri

Anayasanın 86. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının	
Eski Hali:	Yeni Hali: (21.11.2001 - 4720)
<p>m.86, f.1-) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yollukları kanunla düzenlenir. Ödeneğin aylık tutarı en yüksek Devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz.</p>	<p>m.86, f.1-) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir. Ödeneğin aylık tutarı, en yüksek Devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz. <u>Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyelliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder.</u></p>
<p>m.86, f.2-) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine <u>sosyal güvenlik kuruluşları</u> tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.</p>	<p>m.86, f.2-) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine <u>T.C. Emekli Sandığı</u> tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.</p>

Anayasanın 86. maddesinde önce, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunun 27. maddesiyle bir değişiklik yapılmış idi. Yapılan bu değişiklikle milletvekillerinin ödenek, yolluk ve emekli aylıklarının miktarı yeniden belirlenmekteydi ve sözü edilen bu ödemelerde en yüksek T.C. Emekli Sandığı iştirakçisinin görevde iken almakta olduğu aylık miktarının baz alınması hükme bağlanmaktaydı. Yapılan bu değişikliğin Cumhurbaşkanınca halkoylamasına sunulmasına karar verilmesi üzerine de TBMM, bu maddede 21.11.2001 tarihli ve 4720 sayılı kanunla ikinci bir değişiklik daha yapmıştır. Yapılan bu ikinci değişikliğin Cumhurbaşkanınca Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulması üzerine, halkoylamasına sunulmasına karar verilen 4709 sayılı kanunun 27. maddesinin hükümleri hakkında halkoylamasına gidilmesine gerek kalmamış ve böylelikle sözü edilen 27. maddedeki düzenleme yürürlüğe girmeden ortadan kalkmıştır.

21.11.2001 tarih ve 4720 sayılı kanunla yapılan ikinci değişiklikle, bir bakıma 4709 sayılı kanunun kabulünden önceki eski düzenlemeye geri dönmüş olmaktadır. Eski düzenlemeden farklı olarak, sadece, TBMM üyeleri ile bunların emeklilerinin sosyal güvenlik hakları bakımından T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilecekleri hükmü getirilmiştir.

86. maddeye ilişkin olarak yapılan söz konusu değişiklikle milletvekillerinin emekliliklerine ilişkin hükümler konulmuştur. Buna rağmen maddenin “ödenek ve yolluklar” şeklindeki kenar başlığı olduğu gibi muhafaza edilmiştir. Burada, madde içeriğinin doğru olarak ifadelendirilmesi bakımından 4709 sayılı kanunun 27. maddesindeki düzenlemede olduğu gibi “ödenek, yolluk ve emeklilik” şeklinde bir başlığın kullanılması gerekirdi.

2.) TBMM'nin af yetkisinin kapsamı, af kanunlarının kabulü için aranacak yetersayı

Anayasanın 87. maddesinin	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.87-) Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde karamame çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, <u>Anayasanın 14 üncü maddesindeki fillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere</u>, genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.</p>	<p>m.87-) Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, <u>Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile</u> genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.</p>

TBMM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 87. maddede yapılan değişikliğin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, genel ve özel af ilanına TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile karar verilebileceği hükmünün getirilmesidir²⁹.

²⁹ GÖZLER, yirmiiki demokratik ülkenin anayasaları üzerinde yaptığı bir karşılaştırmalı incelemede, sadece İtalya'da (her iki meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu) ve Yunanistan'da (parlamentonun beşte üç çoğunluğu) af kanunlarının kabulü için nitelikli çoğunluk şartının arandığını tespit etmiştir. Bkz., Kemal GÖZLER, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, **Anayasa Yargısı 18**, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2001), s.318.

Genel ve özel af ilanına ilişkin kanunların kabulü için, Meclisin olağan karar yetersayısından farklı ve üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu gibi nitelikli bir çoğunluğun oyunun gerekli görülmesi, son yıllarda kabul edilen af kanunlarının kamuoyunda ciddi itiraz ve eleştirilerle karşılaşmış olması sebebine bağlanabilir³⁰.

Bu maddede yapılan ikinci bir değişiklik ise Meclisin af yetkisinin kapsamının genişletilmesine yöneliktir. Anayasanın 87. maddesinin değişiklikten önceki haline göre, TBMM'nin genel ve özel af kanunu çıkarma yetkisi, Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler bakımından sınırlandırılmış idi³¹. Yapılan değişiklikle bu sınırlandırma kaldırılmıştır.

Kanaatimizce, Anayasanın 87. maddesinin eski halinde af yetkisinin kapsamının suçların niteliği bakımından sınırlandırılması isabetli değildi. Çünkü, "cezanın ne zaman sosyal yararını yitirdiğini en iyi takdir edebilecek durumda olan devlet organı (...) yasama organıdır."³² Ayrıca, af kanunlarının kabul edilebilmesi için beşte üç çoğunluk şartı getirilmiştir ki, bu aynı zamanda Anayasada değişiklik yapılabilmesi için de aranan asgarî yetersayıdır. Bu nedenle, Anayasa hükümlerinin tutarlığının sağlanması bakımından da af yetkisinin kullanımına içeriksel açıdan sınır getiren söz konusu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması isabetli olmuştur.

Anayasanın 14. maddesi ile ilgili suçlar bakımından söz konusu olan kayıtlamanın kaldırılmış olmasına rağmen "*orman suçları için genel ve özel af çıkarılama(yacağına)*" ilişkin Anayasanın 169/3. maddesindeki düzenleme olduğu gibi muhafaza edilmiştir. Anayasanın 169/3. maddesinin kapsamına giren suçların Anayasanın 14. maddesi ile ilgili suçlardan daha vahim suçlar olduğu herhalde iddia edilemez. Bu açıdan bakıldığında, orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı hükmünü içeren 169/3. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış olması, olsa olsa "siyasi tercih" kavramı ile açıklanabilecek bir durumdur.

30 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Anayasa Yargısı-18**, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2001)'de yer alan tüm bildiri ve tartışmalar.

31 GÖZLER, yukarıda sözü edilen araştırmasında, incelediği demokratik ülkelerin anayasaları içinde sadece Yunanistan Anayasasında parlamentonun genel af yetkisinin içerik bakımından sınırlandırılmış olduğunu (Yunanistan'da bu yetkinin sadece siyasi suçlar için öngörülmüş olduğunu, buna karşılık adi suçlar için af kanunu çıkarılamayacağını) belirtmekte ve incelediği diğer ülkelerin anayasalarında ise genel af yetkisine içeriksel herhangi bir sınır getirilmediğini yazmaktadır. Bkz., GÖZLER, agm., s.315, 327.

32 ÖZBUDUN, age., s.296. Bu konuda ayrıca bkz., TANÖR, **Demokratikleşme Perspektifleri**, s.72.

3.) Cumhurbaşkanının kanunların yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmayarak Meclise geri göndermesi

Anayasanın 89. maddesinin 2. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.89, f.1-) Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar.	m.89, f.1-) Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar.
m.89, f.2-) Yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Bütçe kanunları bu hükme tabi değildir.	m.89, f.2-) Yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Bütçe kanunları bu hükme tabi değildir.

89. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklik, Cumhurbaşkanının bir kanunun yayımlanmasına kanunun tamamı veya belli maddeleri bakımından karşı olması durumunda, bu kanunun Cumhurbaşkanınca Meclise geri gönderilmesine ilişkindir. Bu değişiklikten önce de Cumhurbaşkanı, tamamına veya belli maddelerine karşı olduğu için herhangi bir kanunu Meclise iade edebilme yetkisine sahipti. Bu bakımdan, 94. maddenin 2. fıkrasına eklenen Cumhurbaşkanı, “yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları...” TBMM’ne geri gönderir ifadesi bir yenilik getirmiş sayılamaz.

Bu konuyla ilgili asıl önemli değişiklik, 94. maddenin 2. fıkrasına “Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir” cümlesinin eklenmesidir. Böylelikle, kanunun kısmen uygun bulunmayarak iade edilmesi halinde Cumhurbaşkanının iade ettiği bir kanunun tüm maddelerinin yeniden görüşülmesi söz konusu olmayacak ve sadece Cumhurbaşkanının yayımlanmasını uygun bulmadığı ilgili maddelerin yeniden görüşülmesi gerekecektir. Yapılan bu değişiklik, yasama sürecini hızlandırmaya yarayacağı için kanaatimizce olumludur.

Bu arada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba, Cumhurbaşkanı bir kanunun belli maddelerinin yayımlanmasına karşı olduğu için bunları Meclise iade ederken, kanunun geriye kalan maddelerini yürürlüğe koyabilir mi? Cumhurbaşkanının, kanunun yayımlanmasını kısmen uygun bulmaması ihtimalini dikkate alan 94/2. maddeden böyle bir sonuç çıkarılabilir mi? Gerçi,

bu fıkranın ikinci cümlesinde kısmen iade durumunda TBMM'nin sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebileceği ifadesi yer almaktadır ki, bu ifadeden Cumhurbaşkanınca yayımlanması kısmen uygun görülmeyen kanunların bütün maddeleriyle birlikte Meclise iade edileceği ve Meclisin bunlardan sadece yayımlanması uygun görülmeyenleri bir defa daha görüşeceği anlamı çıkmaktadır. Kanaatimizce, anayasa koyucu, yayımlanması kısmen uygun bulunmayan kanunların Cumhurbaşkanınca iade edilmesi haline ilişkin olarak getirdiği hükümlerle, Cumhurbaşkanına, kanunun bir kısım maddelerini iade ederken, kanunun geri kalan ve yayımlanmasını uygun gördüğü maddelerini yürürlüğe koyabilme yetkisini vermemektedir. Çünkü, böyle bir ihtimalin, kanunun bütünlüğünün bozulması gibi bazı sakıncaları ihtiva edeceği açıktır. Bununla beraber, duraksamalara yer verilmemesi bakımından bu hususun daha açık bir şekilde yazılması düşünülebilirdi.

4.) TBMM Başkanının seçimi takvimi

Anayasanın 94. maddesinin 4. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
<p>m.94, f.4-) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren <u>on gün</u> içinde, Başkanlık Divanına bildirilir. Başkan seçimi gizli oyla yapılır. İlk iki oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan üye, Başkan seçilmiş olur. Başkan seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, <u>on gün</u> içinde tamamlanır.</p>	<p>m.94, f.4-) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren <u>beş gün</u> içinde, Başkanlık Divanına bildirilir. Başkan seçimi gizli oyla yapılır. İlk iki oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan üye, Başkan seçilmiş olur. Başkan seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, <u>beş gün</u> içinde tamamlanır.</p>

94. maddenin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle TBMM Başkanının seçiminin daha kısa bir süre içerisinde sonuçlandırılması hedeflenmiştir. Eski düzenlemede Meclis Başkanı seçiminin, Meclisin toplandığı günden itibaren yirmi gün içerisinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Yeni düzenlemeyle bu süre on güne indirilmiştir. Bu değişikliğin oldukça teknik nitelikte ve tali derecede önemi haiz bir değişiklik olduğu açıktır.

5.) Meclis soruşturması açılması istemlerinin gizli oyla karara bağlanması, Meclis soruşturmasında uyulması gerekli süreler, yüce divana sevk edip etmeme kararlarının gizli oyla alınması

Anayasanın 100. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.100, f.1-) Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve karara bağlar.	m.100, f.1-) Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar.
m.100, f.2-) Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir.	m.100, f.2-) Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. <u>Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur.</u>
m.100, f.3-) <u>Meclis raporu öncelikle görüşür</u> ve gerek gördüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alınır.	m.100, f.3-) <u>Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde görüşülür</u> ve gerek görüldüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verilir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır.

Meclis soruşturması konusunun düzenlendiği Anayasanın 100. maddesinde yapılan değişiklikler iki noktada yoğunlaşmaktadır: Bunlardan birincisi, Meclis soruşturması sürecinin iki farklı aşamasındaki Meclis Genel Kurulu kararlarının gizli oyla alınacağına düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre, Meclis genel kurulu, hem meclis soruşturması açılmasına dair istemlerin kabulü veya reddi konusunda hem de soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, hakkında meclis soruşturması yürütülen bakanın yüce divana sevk edilip edilmemesi konusunda gizli oyla karar vermek zorundadır.

Değişiklikten önceki Anayasa ve içtüzük hükümleri çerçevesinde, uygulamada, meclis soruşturması önergelerinin kabulü veya reddi konusunda ve hakkında soruşturma icra edilen bakanın yüce divana sevk edilip edilmemesi konusunda kural olarak işaret oyuyla karar alınmaktaydı. Yine değişiklikten önce, belirtilen konularda gizli oyla karar alınması, TBMM İçtüzüğü'nün 147/2. maddesi gereğince en az yirmi milletvekilinin bu yöndeki bir talebinin meclis genel kurulunca kabul edilmesi halinde mümkün olabilirdi³³.

Bu iki hususta gizli oy şartı, değişiklik teklifinin gerekçesine göre, meclis soruşturmasının siyasallaştırılmasının önlenmesi için getirilmiştir. Kanaatimizce, gizli oy yöntemi, milletvekillerine partilerinin gayri resmi grup kararlarının³⁴ etkisi altında kalmaksızın oy kullanma imkanı tanınması bakımından olumludur. Bununla beraber, gizli oyun Meclis soruşturması kurumunun siyasallaştırılmasının önlenmesi bakımından tek başına yeterli olabileceği görüşü bizce gerçekçi değildir.

Anayasanın 100. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen diğer bir yenilik ise, meclis soruşturması sürecinin daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasına yönelik olarak bazı süre kayıtlarının öngörülmesi olmalıdır. Buna göre, Meclis soruşturma komisyonları, kuruluşlarından başlayarak azami dört aylık bir sürenin sonunda hazırlayacakları raporu Meclis Başkanlığına teslim etmek zorundadırlar. Prensip olarak, konulmuş olan bu süre kaydını isabetli buluyoruz; bununla beraber belirtilen sürenin sonunda soruşturma komisyonunun raporunu teslim etmemesi halinde ne olacağının öngörülmemiş olması, diğer bir ifadeyle bu hükmün yaptırımının konulmamış olması bir eksiklik olarak görünmektedir.

Meclis soruşturmasının belli süreler içinde sonuçlandırılması hedefine yönelik olarak getirilen düzenlemeler kapsamında, 100. maddenin 3. fıkrasına "Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde görüşülür" hükmünün eklenmesi, kanaatimizce isabetli bir başka değişiklik olmuştur.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Hikmet TÜLEN, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, (Konya: Mimoza Yayınları, 1999), s.146 vd.

³⁴ Anayasanın 100. maddesinin son fıkrasına göre "Meclisteki siyasi parti gruplarında, Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz". Bununla beraber, bu hüküm bir siyasi partinin mensuplarının bu konuda resmi olmayan bir karar almalarını ve bu kararı uygulamalarını engellemeye elverişli değildir.

III-YÜRÜTME İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

1.) Millî Güvenlik Kurulunun oluşumu ve kararlarının niteliği

Anayasanın 118. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.118, f.1-) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.	m.118, f.1-) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcılarını, Adalet , Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.
m.118, f.3-) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili <u>kararların alınması</u> ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca <u>öncelikle dikkate alınır.</u>	m.118, f.3-) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili <u>alınan tavsiye kararları</u> ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca <u>değerlendirilir.</u>

Anayasanın 118. maddesinde iki hususta değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, Millî Güvenlik Kurulunun hangi üyelerden oluşacağı hakkında yeni bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. 118. maddenin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle, Başbakan yardımcılarını ile Adalet Bakanının da Millî Güvenlik Kurulu üyeleri arasında yer alacakları hükmü getirilmiştir.

Fiili durumda başbakan yardımcılarını -oy hakkına sahip olmaksızın- Kurul toplantılarına katılmaktaydılar; yapılan değişiklikle hem bu fiili duruma anayasal dayanak temin edilmiş olmakta hem de Başbakan yardımcılarını Kurulda oy hakkına sahip kılınmaktadırlar. Adalet Bakanının kurul üyesi olması ise tamamen yeni bir durumdur.

Değişiklik teklifinin gerekçesinde, koalisyon hükümetlerinin yapısının, başbakan yardımcılarının Kurul üyesi olmalarını gerektirdiği vurgulanmış; Kurulun kararlarının hukuki açıdan daha sağlıklı olması için de Adalet Bakanının Kurul üyesi yapılmasının uygun görüldüğüne temas edilmiştir.

Başbakan yardımcılarının Kurulda üye olarak yer almalarına ilişkin gerekçe anlaşılabilir niteliktedir. Buna karşılık, Adalet Bakanının niçin Kurul üyesi yapıldığına ilişkin gerekçe kanaatimizce oldukça zayıftır. Çünkü, bu gerekçe, Adalet Bakanının hukukçu kökenli bir kişi olacağı varsayımına dayanmaktadır. Oysa, Adalet Bakanının mesleki anlamda hangi niteliklere sahip bulunması gerektiği konusunda Anayasada herhangi bir hüküm yoktur. Bu nedenle -uygulamada nadir görülebilecek bir durum olmakla beraber- hukukçu kökenli olmayan bir kişinin de Adalet Bakanı olarak görevlendirilmesi mümkündür. Ayrıca, Millî Güvenlik Kurulunun kararlarının “*hukuki açıdan daha sağlıklı olması*” Adalet Bakanının bu Kurulda yer almasına bağlanmıştır. Oysa, bize göre, sözü edilen konuda Kurul’un bütün üyeleri aynı derecede görev ve sorumluluk taşımaktadırlar.

Maddede yapılan ikinci değişiklik ise, Millî Güvenlik Kurulu kararlarının hukuki niteliği ile ilgili hükmün eskisine nazaran biraz daha farklı bir tarzda ifade edilmesinden ibarettir. Yapılan değişikliğe göre, Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca “*değerlendirilecektir*”. Değişiklikten önce Anayasada, Kurulun belirtilen konulardaki kararlarının Bakanlar kurulunca “*öncelikle dikkate alınacağı*” hükmü yer almaktaydı.

Millî Güvenlik Kurulunun sistem içindeki fiili etkinliği, bu Kurulun niteliği ve kararlarının bağlayıcılığı üzerinde bazı tartışmaları gündeme getirmektedir³⁵. Bununla beraber, biz, Millî Güvenlik Kurulunun istişari bir organ olduğu tespitine bağlı olarak, bu Kurulun kararlarının hükümet için tavsiye niteliği taşıdığı görüşüne³⁶ katılmaktayız. Bu bakımdan, Kurul’un kararlarının Bakanlar kurulunca “öncelikle dikkate alınması” ya da “değerlendirilmesi” ifadeleri, kanaatimizce konunun özünü etkileyecek nitelikte değildir.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, *age.*, s.325-332.; TANÖR, *Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi*, s.100-109; Tayfun AKGÜNER, *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, (İstanbul: İÜSBF Yayını, 1983), s.220-225, 271-272; Serap YAZICI, *Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s.184-188; Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı*, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1987), s.347-350; Burhan KUZU, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990), s.109-111.

³⁶ Bkz., Mustafa ERDOĞAN, *Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s.142 vd.; Aynı görüşte, ÖZBUDUN, *age.*, s.345; Server TANİLLİ, *Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş*, 6. Basım, (İstanbul: Say Yayınları, 1990), s.472-475.

IV- YARGI İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

1.) Siyasi partilerin Anayasa Mahkemesince kapatılmasında aranacak yeter sayı

Anayasanın 149. maddesinin 1. fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
m.149, f.1-) Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için <u>üçte iki</u> oy çokluğu şarttır.	m.149, f.1-) Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptale <u>ve siyasi parti davalarında kapatılmaya</u> karar verilebilmesi için <u>beşte üç</u> oy çokluğu şarttır.

Anayasanın 149. maddesi, Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü konusunu düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında iki değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin kararların da nitelikli çoğunluk şartına bağlanmış olmasıdır. Gerçekten, değişiklikten önceki düzenleme, sadece, anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şartını getirmekteydi ve bu nedenle de diğer dava ve işlerde ve bu arada siyasi parti kapatma kararlarında da salt çoğunluğun oyu yeterli olmaktadır. Buna karşılık, yapılan değişikliklerden sonra gerek siyasi partilerin kapatılmasına gerekse de anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için beşte üç oy çokluğu gerekecektir. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse eski düzenleme, siyasi partilerin kapatılmasına karar verilmesinde Anayasa Mahkemesinin (altı) üyesinin oyunu yeterli görmekteydi; mevcut düzenleme ise bu konuda (yedi) üyenin oyunu gerekli görmektedir.

149. maddenin 1. fıkrasındaki diğer değişiklik ise, nitelikli çoğunluğun tanımlanma şekline ilişkindir. Gerçekten de, siyasi partilerin kapatılmasına ve anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için nitelikli çoğunluk şartı aranacaktır. Bu nitelikli çoğunluğun ifade biçimi eski ve mevcut düzenlemede birbirinden farklıdır. Eski düzenlemede nitelikli çoğunluk sayısına üyelerin “üçte iki”sinin oylarıyla ulaşılmakta iken, şu anki düzenleme nitelikli çoğunluğun elde edilmesini üyelerin “beşte üç”ünün oylarına bağlamaktadır. Fakat bu sadece görünüşte bir değişikliktir. Zira, Anayasa Mahkemesi başkan ve on üye ile toplanıp karar verecektir. Yani, Anayasa Mahkemesi onbir üyeli bir kuruldur. Onbir üyeli bu Mahkemenin üçte iki çoğunlukla karar verebileceğinin öngörülmesi halinde (yedi) üyenin oyuna ihtiyaç olacağı gibi ($11:3=3.66 \times 2=7.33=7$), beşte üç çoğunlukla karar verebileceğinin öngörülmesi halinde de yine (yedi) üyenin oyuna ihtiyaç olacaktır ($11:5=2.2 \times 3=6.6=7$). Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin üçte iki çoğunluğu ifadesiyle beşte üç çoğunluğu ifadesi arasında netice itibarıyla bir fark yoktur.

2.) 12 Eylül Dönemi yasama tasarruflarının Anayasaya aykırılıklarının iddia edilebilmesinin önündeki engelin kaldırılması

Anayasanın Geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılan son fıkrasının	
Eski hali:	Yeni hali:
Geçici m.15, f.son-) <i>Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname-ler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.</i>	(-)

“12 Eylül Dönemi”, Millî Güvenlik Konseyi’nin yönetimi elinde bulunduğu 12 Eylül 1980 - 6 Aralık 1983 tarihleri arasındaki süreyi kapsamına almaktadır. Bu süre zarfında, içlerinde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2898 sayılı Dernekler Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu gibi temel kanunların da bulunduğu pek çok kanun yürürlüğe girmiştir³⁷. Geçici 15. maddenin son fıkrası, bu kanunların Anayasaya aykırılıklarının iddia edilmesini önlemekteydi. Bu yasaklayıcı kural nedeniyle, 12 Eylül Dönemi yasama tasarrufları, yasama organınca değiştirilmedikleri sürece Anayasaya aykırı olsalar bile yürürlükte kalmaya devam etmekteydiler. Bu durum anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini açıkça zedelemekteydi. Bu bakımdan geçici 15. maddenin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmasının gerekli olduğu, doktrinde yıllardan beri ittifakla dile getirilmekteydi³⁸. Bu nedenle, söz konusu fıkranın geç de olsa yürürlükten kaldırılmış olması olumludur.

37 12 Eylül Döneminde kabul edilen kanunlar, 19 Eylül 1980 tarihli ve 2301 sayılı kanunla başlamakta, 6 Aralık 1983 tarihli ve 2969 sayılı kanunla bitmektedir. Bu dönemde toplam 669 kanun kabul edilmiştir. Bu kanunlardan başka, söz konusu dönemde kabul edilmiş bir kısım kanun hükmünde kararname de vardır.

38 Örnek olarak bkz., TANÖR, **Demokratikleşme Perspektifleri**, s.174-175, 184; ÖZBUDUN, age., s.378, 418; GÖREN, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.136; Erdoğan TEZİÇ, “1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İsbetli Olacak İyileştirmeler”, içerisinde: **Hukukun Üstünlüğü-Demokrasi-İnsan Hakları**, s.191; İbrahim Ö. KABOĞLU, “İki Özgürlük Alanı: Biri “Dar” Öteki “Geniş”, içerisinde: **Hukukun Üstünlüğü-Demokrasi-İnsan Hakları**, s.176-177; TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age., s.42-43, 103-104; Yılmaz ALİFENDİOĞLU, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), s.153-158.

SONUÇ

4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin Anayasanın ilgili hükümlerinde eski düzenlemeye nazaran ne tür farklılıkları ortaya çıkardığına çalışmamızın bundan önceki bölümlerinde temas etmiş ve bu değişikliklerle ilgili kişisel kanaatlerimizi açıklamış bulunuyoruz. Burada, önceki bölümlerde yazılanları tekrar etmeksizin yapılan anayasa değişikliklerinin özet bir bilançosunu çıkarmaya çalışacağız. Bu noktada, yapılan anayasa değişikliklerini;

I- (a) Anayasanın çeşitli hükümlerinde yapılan yenilik doğurucu nitelikteki değişiklikler, (b) Demokratikleşme ve temel hak ve hürriyetlerin güçlendirilmesi bağlamında olumlu sayılabilecek değişiklikler;

II- (a) Anayasal düzenlemenin esasını etkilemeyen değişiklikler, (b) Tali derecede önemi olan konulara ilişkin değişiklikler, ve (c) Eski düzenlemeden de geriye düşen değişiklikler şeklinde iki grupta toplamak kanaatimizce mümkündür.

Birinci gruba dahil edilebilecek anayasa değişiklikleri şunlardır: Temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama sebeplerine yer veren eski 13. madde düzenlemesinin yürürlükten kaldırılması ve bu maddeye ilişkin yeni düzenlemede ölçülülük ilkesi ile öz güvencesine yer verilmiş olması (m.13); Toplu olarak işlenen suçlarda azami gözaltı süresinin dört gün olarak belirlenmesi (m.19/5) ve kişinin yakalandığının veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceğine ilişkin düzenleme (m.19/6); Özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşme hürriyetine (m.22) ilişkin anayasal hükümlerin kişiler lehine daha güvenceli bir hale getirilmesi; Yurt dışına çıkma hürriyeti ile ilgili bir sınırlama sebebinin Anayasadan çıkarılması (m.23/5); Dil yasaklarına ilişkin hükümlerin (m.26/3 ve 28/2) yürürlükten kaldırılması; Tüzel kişilerin kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyeceklerine dair hükmün (m.34/5) Anayasa metninden çıkarılması; Adil yargılanma hakkının açıkça anayasal bir hak olarak tanımlanması (m.36/1); Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği ilkesinin anayasallaştırılması (m.38/6); Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz hükmünün ihdas edilmesi (m.38/8); Ölüm cezalarının sadece terör suçları ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar için öngörülebileceğinin belirtilmesi (m.38/9); Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceğini ve başvuru sürelerinin ne kadar olduğunu belirtmek zorunda olduğuna dair bir hükmün Anayasaya eklenmesi (m.40/2); Anayasanın 41/1. maddesinde eşler arasında eşitlik ilkesinin vurgulanması;

Kamulaştırmalarda, taşınmazın gerçek karşılığının ödeneceğine ilişkin hükümle (m.46/1) birlikte ödenmeyen kamulaştırma bedelleri için hangi oranda faiz ödeneceğine dair düzenleme (m.46/4); Sendika hakkının kullanımına ilişkin eski düzenlemedeki (m.51/5 ve 7) kimi kayıtlamaların Anayasadan çıkarılmış olması; Taksirli suçlardan mahkum olanların seçme hakkını kullanmalarına ilişkin sınırlamanın kaldırılması (m.67/5) ve seçimlere bir yıl kala seçim kanunlarında manipülatif amaçlı değişiklikler yapılmasını önlemeye yönelik olarak getirilen düzenleme (m.67/son); Odak kavramının unsurlarının Anayasada tanımlanması (m.69/6) ve siyasi partilerle ilgili kapatma dışı bir yaptırımın öngörülmüş olması (m.69/7); TBMM'nin af yetkisinin bazı suçlar bakımından sınırlandırılmasına yönelik hükmün yürürlükten kaldırılması ve af kanunlarının kabulü için nitelikli çoğunluk şartının getirilmiş olması (m.87); Cumhurbaşkanı'nun yayımlanmasını kısmen uygun bulmadığı kanunların Mecliste tekrar görüşülmesinin yöntemine ilişkin düzenleme (m.89/2); Meclis soruşturmasının belli süreler içinde sonuçlandırılmasına yönelik olarak getirilen düzenleme (m.100/2 ve 3) ile Meclis soruşturması açılmasına ve ilgililerin yüce divana sevk edilmesine dair kararların (m.100/1 ve 3) gizli oyla alınacağına dair düzenleme; Siyasi partilerin Anayasa Mahkemesince kapatılmasında üçte iki çoğunluk şartının getirilmiş olması (m.149/1) ve nihayet 12 Eylül Dönemi yasama tasarruflarının anayasa yargısının denetimi dışında bırakılmasına ilişkin geçici 15/3. madde hükmünün yürürlükten kaldırılması.

İkinci gruba dahil edilebilecek anayasa değişiklikleri ise şunlardır: Başlangıç kısmının 5. paragrafında yapılan değişiklik; Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması ile ilgili 14/1. maddede yapılan değişiklik; Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile ilgili sınırlama sebeplerinin gösterildiği 26/2. maddede yapılan değişiklik; Kamu tüzel kişilerinin elindeki radyo, televizyon ve haber ajanslarından yararlanma hakkına ilişkin Anayasanın 31/2. maddesinde yapılan değişiklik; Dernek kurma hürriyetinin düzenlendiği 33. maddede yapılan değişiklik; çalışma hakkına ilişkin Anayasal düzenlemede (m.49) yapılan değişiklik; vatandaşlıkla ilgili 66/2. maddede yapılan değişiklik; TBMM üyelerinin özlük hakları ile ilgili Anayasal düzenlemede (m.86) yapılan değişiklik; TBMM Başkanının seçimine ilişkin düzenlemede (m.94/4) yapılan değişiklik ve nihayet Millî Güvenlik Kurulunun oluşumu ve kararlarının niteliğiyle ilgili Anayasal düzenlemede (m.118/1 ve 3) yapılan değişiklik.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İMAR KANUNU'NUN 42. MADDESİNİN 5. FIKRASINI İPTAL EDEN KARARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ**

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, imar para cezalarına karşı sulh ceza mahkemelerine, yani adli yargı düzenine karşı yargı yoluna gidilmesini öngören İmar Kanununun 42. maddesinin 5. fıkrasını, 15.5.1997 tarihinde iptal etmiştir. Ancak, karşı oy gerekçelerinin yazılması ve dolayısıyla Resmî Gazete'de yayımlanması işlemleri, 1.2.2001 tarihinde gerçekleştirilebilmiştir¹.

Bilindiği gibi, imar yaptırımları, idarî işlem ve eylemlerden olmasına rağmen², yargısal denetimleri idarî yargı ile birlikte adli yargı organlarına da verilmiş ve idarî yargı ile adli yargı arasında bir ayırım yapılmamıştır. Hatta imar yaptırımlarından olan imar para cezalarına karşı (Kıyı Kanunu m.15-b hükmü hariç) adliye mahkemeleri yasal olarak yetkili kılınmıştır. İmar yaptırımları, idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerden olduğu halde, niçin hem idarî yargı yerleri ve hem de adli yargı yerleri görevli ve yetkili kılınmaktadır, bunun anayasal temelleri nedir ve kanun koyucunun bu konuda yargı düzenini belirleme yetkisi var mıdır, varsa nedenleri nelerdir? İdarî yargının işlev ve kapsamının sınırı nereye kadardır? Bu sorular, İdare Hukuku ve Anayasa Hukukunda tartışılmış ve halen de tartışılmaya devam edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı ile biz de bu tartışmalara katılarak bazı hususlara değinmenin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

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

¹ AYM, 15.5.1997 gün, E.1996/72, K.1997/51, RG, 1.2.2001-24305.

² YILMAZ Mustafa, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, İstanbul 2001, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.33 vd.

I- İDARİ YARGININ GÖREV ALANI TARTIŞMASI

İdarî yargının görev alanı tartışması, idarî rejimi benimseyen ülkelerde sürekli olarak yapılagelen bir tartışmadır. İdarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerden ya da yürüttüğü faaliyetlerden hangilerinin idarî yargıda çözümleneceği hususu, idarî rejimi benimseyen ülkelerde hep bir sorun olarak ortaya çıkmıştır³. İdarî rejim uygulanan ülkelerde ve ülkemizde adli yargı mercileri, genel yargı görevini üstlendikleri için⁴ idarî yargı düzeninin görev alanının buna göre belirlenmesi gereği ortaya çıkmış ve halen de çıkmaktadır⁵. Hatta idarî yargının görev alanının adli yargıya karşı korunması için çeşitli önlemler düşünülmüş ve bu korumayı yapmak üzere Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur⁶. Yargı birliği sistemini benimsemiş olan ülkelerde ise idarî işlem ve eylemlerin yargısal denetimi, genel mahkemelerde yapıldığı için böyle bir sorun yaşanmamakta, genel mahkemeler, hukuka aykırı buldukları idarî işlemleri hükümsüz kılma (=iptal etme) yetkisi ile donatıldığı için yapılan denetim etkili olmaktadır⁷.

A- Anayasalarımız ve İdarî Yargının Görev Alanı

1924 Anayasasında idari yargının görevleri, bazı kavram ve ilkelerle belirtilmiştir. 51. maddede “*idarî dâva ve ihtilafları rüyet ve hal’... ile muayyen vezaiî ifa etmek*”⁸ yani “*idarî dava ve idarî uyuşmazlıkları çözmek*” üzere Danıştay görevlendirilmiştir. 53. maddede ise, “*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri kanunla gösterilir*” denilmektedir. Anayasanın koyduğu bu kurallara dayanılarak çıkarılan 669 sayılı Şuray-ı Devlet (Danıştay) Kanunu⁹ ile, Danıştay hem ilk derece mahkemesi olarak idarî davalara bakmakta, hem de başka idarî yargı yerlerinin kararlarını temyiz yolu ile incelemektedir.

³ ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Ankara 1990, Danıştay Yayınları, s.155.

⁴ DURAN Lütfi, “Adliye, Genel Yargı Yeri”, AİD, C.17, S.1, Mart 1984, s.12; ERKUT, age. s.155; GÜNDAY Metin, “İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı 14, Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1997, s.347.

⁵ ERKUT, age. s.155; DURAN Lütfi, “Askerî İdarenin Yargısal Görev ve Yetkilerinin Sınırları”, Onar’a Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul 1976, s.31.

⁶ GÜNDAY, agm, s.347.

⁷ GÜNDAY, agm, s.347.

⁸ Maddenin tüm metni için bkz.GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Açıklamalı Türk Anayasaları, Ankara 1995, s.68.

⁹ Kabul Tarihi: 23 Kasım 1925.

1961 Anayasası ile birlikte ülkemizde idarî rejim, daha da belirgin olarak benimsenmiş, yeni Anayasanın getirdiği ilkeler ışığında Danıştay, bir Kanun¹⁰ ile yeniden yapılandırılmıştır. İdarî yargının görev alanı ile ilgili olarak 1961 Anayasasının 114. maddesinde “*idarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*”, 140. maddesinde “*Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlenmekle... görevlidir*” hükmü getirilmiştir. Ancak, görüldüğü üzere, idarî yargı ve adlî yargının görev alanları somut bir biçimde birbirlerinden ayrı tutulmamış, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin mutlaka idarî yargı düzeni içinde yapılması zorunlu kılınmamıştır¹¹.

1982 Anayasasında ise adlî, idarî ve askeri yargı bakımından bir ayırım yapılmış, ancak “*idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerin denetimi idarî yargıda yapılır*” şeklinde bir düzenleme getirilmemiştir. 1982 Anayasasının 125. maddesinde sadece “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” şeklinde bir düzenleme bulunmakta, bu yargı yolunun idarî yargı mı adlî yargı mı olacağı konusunda bir ayırım yapılmamaktadır. Böyle bir ayırım, Anayasanın 140. maddesinde “*hakimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar*” denilerek yapılmaktadır. 1961 Anayasasının 140/2. maddesinde yer alan “*Danıştay, idarî davaları ...çözümlenmekle ... görevlidir*” hükmü, 1982 Anayasasının 155. maddesine aktarılırken “idarî” sözcüğü ve nitelemesi kaldırılmıştır. Son iki Anayasanın Danıştay’a ilişkin bu düzenleme farkından ve diğer maddelerde öngörülen hükümlerden hareketle, kanun koyucunun görevli yargı yerini belirleme ve dolayısıyla bir idarî uyuşmazlığı adlî yargının görev alanına sokabilme yetkisine sahip bulunduğunu söylemek mümkündür¹².

İdarî yargının görev alanınının 1982 Anayasasındaki daha başka dayanaklarını tespit etmek üzere bazı görüşler de ileri sürülmüştür. GÜNDAY’a göre, 157. maddenin 1. fıkrasında¹³ Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu güvence nedeniyledir ki, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemle-

¹⁰ Bu Kanun, 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu’dur.

¹¹ ERKUT, age, s.155.

¹² ÖZAY İI Han, “Türkiye’de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara 1982, s.29; ÖZAY İI Han, İdarî Yaptırımlar, İstanbul 1985, s.137; GÜNDAY, agm, s.354; ERKUT, age, s.155.

¹³ 1982 Anayasasının 157/1 maddesi: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece yüksek idare mahkemesidir.

rin denetimlerinin kanunla, değil adli yargı yerlerinin, sivil idari yargı yerlerinin dahi görev alanına sokulması olanaksızdır. Özel bir idari yargı yerinin görev alanını güvence altına almış olan bir Anayasanın genel (=sivil) idari yargının görev alanını güvence altına almadığından söz edilemez¹⁴. Başka bir anlatımla, asker kişileri ilgilendirmeyen ya da askerî hizmete ilişkin olmayan idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimi genel (=sivil) idari yargıda yapılacaktır¹⁵.

B-Anayasa Mahkemesinin Tutumu ve Doktrindeki Görüşler

Anayasa Mahkemesi, idari yargının görev alanı ile ilgili kararlarında istikrarlı bir biçimde davranmaktadır. Yüksek Mahkemenin ısrarlı ve istikrarlı bir biçimde, idari işlem ve eylemlere karşı yargı yoluna başvurulması halinde, bu başvurunun idari yargı düzenine yapılması gerektiğine dair kararları bulunmaktadır. 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği kararlarla, dolaylı biçimde de olsa, idari yargının görev alanını anayasal güvenceye almaya çalışmıştır¹⁶.

1961 Anayasasının 114. ve 140. maddelerini birlikte değerlendirerek Anayasa Mahkemesi şöyle bir sonuca varmıştır: “(İ)darenin kendisine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka bağlı olduğu ve bu İdare Hukukunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların Danıştay’da görülüp çözülmesi gerektiğini kabul eden bir sistem kurduğu açıkça görülmektedir”¹⁷. Yüksek Mahkeme bir yıl sonra yukarıda belirtilen bu hususları göz önünde bulundurarak şu şekilde bir karar vermiştir: “Anayasanın açık tuttuğu yargı kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu bir açıklama gerektirmeyecek derecede belirgindir. Bu ilkenin bu denli açıklığı ve kesinliği karşısında Danıştay’ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir

¹⁴ GÜNDAY, agm, s.353.

¹⁵ BİLGEN Pertev, “İdari Uyuşmazlıklar, Hukukî Nitelikleri ve Çözüm Yolları”, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara 1993, s.148.

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C.II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s.116.

¹⁷ AYM, 25.3.1975, E.1974/42, K.1975/62, AMKD, S.13, s.390 vd, ONAR, BALTA ve ÖZKOL farklı görüştedir. Bu yazarlara göre, 114. ve 140. maddelerde kastedilen “idari yargının görevinin bu uyuşmazlıklarla sınırlı olduğunu” göstermektedir. Yoksa idari dava ve uyuşmazlıkların tümünün idari kazada görülmesini emretmemektedir. ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, s.1868; BALTA Tahsin Bekir’e atfen ÖZKOL Adil, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanı, Ankara 1970, s.17.

ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürmek olanaksızdır. Yasama organının kanun koyma suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idarî davanın çözümünü başka bir idarî yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret kalır"¹⁸.

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen tutumunu 1982 Anayasası döneminde de sürdürmektedir. Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasasının 125. maddesi ile ilgili yorumunda "İdarenin (her türlü) başka bir anlatımla kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı, anayasal bir gerek olarak İdare Hukuku alanına giren bir idarî eylem ve işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir"¹⁹. Doktrinde ise farklı görüşler söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin bu görüşünü tamamen destekleyen görüşler olduğu gibi "yasama organının takdir hakkı" konusunda karşı çıkan görüşler de ileri sürülmüştür. GÜRAN, TAN/AKILLIOĞLU, yasama organının, idarî işlem ve eylemlere karşı yargı yolunu belirleyen bir kanun çıkarırken Anayasaya uygun olarak kesinlikle adli yargı yolunu seçemeyeceğini ve Anayasa Mahke-

¹⁸ AYM, 25.5.1976 gün, E.1976/1, K.1976/28, AMKD, S.14, s.185, (RG, 16.8.1976-15679). Aynı yönde bkz. UM, 7.7.1980 gün, E.1980/2, K.1980/3, DD, S.42-43, s.367-368. Anayasa Mahkemesi bu kararında bir idarî uyumsuzluğun kanunla adli yargının görev alanına sokulmasının Anayasanın Danıştay'a ilişkin hükümlerine aykırı bir biçimde düzenlenmesinden öte, yapılacak olan yargısal denetimi de etkisiz ve şekli bir denetim haline getireceğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, "...(İdare hukuku esaslarına göre idarî eylem veya işlemin sayılan konulara karşı adli yargı yerlerinde bir yasa ile dava açılabilmesinin ve yargı denetimi sağlanabileceğinin kabul edilmesi, Anayasa ilkelerine ters düşen şekli bir denetimden öteye geçmeyen bir görüş olur. Çünkü idarî yargı sisteminin Anayasa ve İdare Hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinden doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir özellik taşıması; özel hukuk dalı ile İdare Hukuku arasında bünye, esas ve prensip farkının var olması; idarî işlemlerin, İdare Hukuku alanında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır. Adli yargı ile idarî yargının birbirinden ayrılmasının temelinde özel hukukla İdare Hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları, uyumsuzluk alanlarının ve bu uyumsuzluklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Gerçekten, özel hukuka egemen olan temel ilke, kişiler arasında hak ve menfaat eşitliğinin ve irade hürriyetinin bulunmasıdır. ...Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyumsuzluğun hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idarî yargı denetiminin ana ereğinin, idarenin İdare Hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır".

¹⁹ AYM, 22.12.1988 gün, E.1988/5, K.1988/55, AMKD, S.24, s.465 vd; Benzer yöndeki kararlar için bkz. 9.12.1994 gün, E.1994/43, K.1994/42-2, RG, 24.1.1995-22181, s.3 vd; AYM, 28.6.1995 gün, E.1994/71, K.1995/23, RG, 20.3.1996-22586, s.37 vd.

mesinin bu konuda haklı olduğunu söylemektedirler²⁰.

YAYLA ise, Anayasa Mahkemesinin “yasama organının takdir hakkı” konusundaki görüşüne katılmamakta ve kanun koyucunun görevli yargı yerini belirlemede mutlak bir yetkiye sahip olduğunu ve bunun kanıtı olarak da 1982 Anayasasının 155. maddesinde, Danıştay’ın görevini düzenlerken “idarî” nitelemesi yapmadan “davaları görmek”ten söz etmesini göstermektedir²¹. ÖZAY da, Danıştay ve idarî yargı yerlerinin idare alanında genel yetkili mahkemeler olmasının, görev konularından kiminin ya da bir bölümünün kanunla adlî yargıya verilmesine bir engel bulunmadığını²² ve Anayasa Mahkemesinin bu kararlarıyla idarî rejimin anlam ve kapsamını en geniş bir biçimde yansıttığını²³ söylemektedir. GÖZÜBÜYÜK, idarî işlemlerden doğan davaların yasa ile adlî yargının görevine verilmesi durumunda, dava konusu işlemin niteliğine bakılmadan davanın adlî yargıda çözülmesi gerektiğini belirtmektedir²⁴. MERİÇ de, idarî bir organın verdiği kararların prensip itibarıyla idarî yargı yerinde inceleme konusu yapılabileceği ilkesiyle bağdaşmamakla birlikte, kanun koyucunun takdir ve tercih yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir²⁵. GÜNDAY ise, farklı bir yaklaşım tarzı sunmaktadır. GÜNDAY’a göre, idarî işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetleneyeceği davaların yasa ile adlî yargının görev alanına sokulması Anayasa ile bağdaşmamakta, ancak idarî işlem ve eylemlerle uzaktan veya yakından ilgili olmakla birlikte, bu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimlerinin yapılmadığı davaların adlî yargının görev alanına sokulmasına bir engel bulunmamaktadır²⁶.

20 GÜRAN Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İÜHFM, Ord. Sulhi DÖNMEZER’e Armağan, 1986-1987, C.I-4, İstanbul 1987, s.38-39; GÜRAN Sait, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul 1977, s.443; TAN Turgut/AKILLIOĞLU Tekin, “1961 Anayasası ve Türkiye’de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu”, AİD, C.11, S.2, 1978, s.36 vd; AKILLIOĞLU Tekin, “Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu”, Prof Seha L.Meray’a Armağan, Ankara 1981,C.1, s.13 vd.

21 YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku I, İstanbul 1990, s.31.

22 ÖZAY, “İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı”, s.29; ÖZAY, İdarî Yaptırımlar, s.137.

23 ÖZAY İl Han, “Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı 14, Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1997, s.340.

24 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargı, 13. Bası, Ankara 2000, s.69.

25 MERİÇ Osman, “Yeni İmar Kanunu Yürürlüğe Girerken”, İller ve Belediyeler Dergisi, S.482, Aralık 1985, s.516.

26 GÜNDAY, agm, s.354.

C-Diğer Yüksek Mahkemelerin Görüşleri

Danıştay, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin de idarî yargının görev alanı ile ilgili görüşleri hemen hemen aynı doğrultudadır. Danıştay, “*idarenin üst konumda olmasına dayanan ve İdare Hukuku kuralları çerçevesinde yapılan işlemlerden*” doğan uyuşmazlıkların çözümünün idarî yargının görev ve yetkisi içinde bulunduğu belirttikten sonra, “*bu uyuşmazlıkların çözümünün adli yargı yerinde görülebilmesi, bu konuda açık bir yasa maddesinin bulunmasına bağlıdır*” demektedir²⁷ ve görevli yargı yerini belirlemede yasama organının yetkili olduğunu kabul etmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, “*...idari ceza kararlarının idarî işlemler olarak ...yargısal denetimlerinde kural olarak idarî yargı yerlerinin görevli olduğunu, ...ancak yasaların açıkça düzenlemesi durumunda adli yargının da görevli olabileceğini*”²⁸ kararlarında belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, idarî yargının görev alanının belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisi ve serbestisi olduğunu kabul etmektedir²⁹.

Yargıtay da bir kararında “*idarî işlem veya eylemin söz konusu olmadığı veya kanun koyucunun açık olarak görev verdiği durumlarda*” adli yargıda da idare aleyhine dava açılması olanağı bulunduğunu kabul etmektedir³⁰.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, doktrin ve mahkeme içtihatları göz önünde bulundurularak idarî yargının görev alanı ile ilgili şöyle bir değerlendirme yapılabilir: İdarî eylem ve işlemlerden doğan davaların çözümleneceği görevli yargı yerinin belirlenmesinin kanun koyucunun yetkisi dahilinde olduğu kabul edilmektedir. Nitekim öğretilerde, idarî işlemlerden doğan davaların yasa ile adli yargının görevine verilmesi durumunda, dava konusu işlemin niteliğine bakılmadan, davanın adli yargıda çözülmesi gerektiği, Danıştay ve idarî yargı yerlerinin, idare alanında genel yetkili mahkemeler olmasının,

²⁷ Dan.8.D, 7.11.1991 gün, E.1991/1400, K.1991/1753, DD, S.84-85, s.613 vd.

²⁸ UM, 6.7.1998 gün, E.1998/13, K.1998/16, RG, 29.7.1998-23417 (mükerrer); aynı yöndeki kararları için bkz. UM, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG, 6.6.1998-23364; UM, 12.7.1988, E.1988/11, K.1988/19, RG, 26.10.1988-19971; UM, 18.12.1987 gün, E.1987/85, K.1987/88, RG, 18.12.1987-19668.

²⁹ GÜNDAY'a göre, temel işlevi, idarî yargı ile adli yargı arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmek ve idarî yargının görev alanını adli yargı alanına karşı korumak olan Uyuşmazlık Mahkemesi, bu duyarlılığı yeteri kadar göstermemektedir. Bu duyarsızlığın nedenini Uyuşmazlık Mahkemesinin idarî yargı alanının anayasal bir dayanağı olduğuna inanmamalarından kaynaklandığını ifade etmektedir. GÜNDAY, agm, s.355-356.

³⁰ Yar.4.HD, 17.11.1986 gün, E.1986/4898, K.1986/7786, YKD, C.13, S.2, s.201; Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Yar.1.HD, 1.5.1997 gün, E.1997/5263, K.1997/5813, RG, 5.7.1997-23040.

görev konularının kiminin ya da bir bölümünün kanunla adli yargıya verilmesine engel olmadığı kabul edilmektedir.

Buraya kadar, idari işlem ve eylemlere karşı yargısal denetimin niçin idari yargıda yapılması gerektiğini ve idari yargının görev alanını incelemeye çalıştık. Acaba kanun koyucu, idari işlem ve eylemlerden olan imar yaptırımlarına karşı niçin adli yargıyı görevli ve yetkili kılmaktadır? Bu soruya yanıt bulmak gerekmektedir.

II- İMAR YAPTIRIMLARININ ADLİ YARGIDA DENETLENMESİNİN NEDENLERİ

İmar yaptırımlarından olan imar para cezalarına karşı yargısal denetimin adli yargıda gerçekleştirilmesinin ve adli yargının yetkili kılınmasının bir takım nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenleri başlıklar halinde sıralayalım.

A-Adli Yargının Yaygınlığı

Bu nedenlerden birincisi, Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında sıkça kullandığı "adli yargının ülkemizin her tarafında bulunup idari yargının pek yaygın olmaması"dır³¹. Gerçekten de ülkemizde adli yargı, idari yargıya nazaran çok daha yaygın ve bütün ilçelere varıncaya kadar geniş bir şekilde örgütlenmiştir. Bölge idare mahkemelerinin 27 ilde örgütlendiği düşünülürse, elbetteki adli yargıya oranla çok düşük bir rakamdır. Özellikle 1982 yılından önce idare mahkemelerinin kurulmadığı dönemlerde, sadece başkentte bulunan bir yargı örgütünün bütün yurt çapındaki idari işlem ve eylemlerin denetimine cevap vermesi mümkün görünmemektedir. Her ne kadar il ve ilçe idare kurullarının bir takım yargı işlevleri bulunuyorsa da Danıştay, idari yargı örgütünü temsil etmekteydi. Bundan dolayı adliye mahkemelerinin yetkili kılınması için yapılan yasal düzenlemeler yerindelik düşüncelerinden kaynaklanmıştır³².

B-Adli Yargının Çalışma Usûlü

Adli yargı yerlerinin tercih edilmesinin bir nedeni de, idari işlemin hukuka aykırılığı ve uğranılan zararın sade bir usul ve verilen kesin karar ile hızlı bir şekilde telafi etme kolaylığıdır³³. Özellikle sulh ceza mahkemeleri-

³¹ UM, 6.7.1998 gün, E.1998/13, K.1998/16, RG, 29.7.1998-23417 (mükerrer); aynı yöndeki kararları için bkz. UM, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG, 6.6.1998-23364.

³² ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.140.

³³ UM, 6.7.1998 gün, E.1998/13, K.1998/16, RG, 29.7.1998-23417 (mükerrer); aynı yöndeki kararları için bkz. UM, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG, 6.6.1998-23364; UM, 12.7.1988, E.1988/11, K.1988/19, RG, 26.10.1988-19971.

ne yapılan itirazlar sonucu, bu mahkemelerin bu işlemlerle ilgili verdiği kararların kesin olması, temyiz yolunun bulunmaması böyle bir düşünceyi doğurmaktadır.

C-Adli Yargının Hakların Güvencesi Olduğu Görüşü

Adliye mahkemeleri, bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak görüldüğünden dolayı idarî yaptırıma karşı adliye mahkemeleri tarafından denetlenmesi olağan karşılanmıştır³⁴. Hatta, bu eylemlerin suç benzeri eylemler olması nedeniyle, adli yargı tarafından denetlenmesinin yerinde olacağı da ileri sürülmüştür³⁵.

D-Anayasanın Adli Yargıyı Yetkisiz Kılmaması

Anayasalarımız, yukarıda belirttiğimiz gibi idarî işlem ve eylemlere karşı yargısal denetimin mutlaka idarî yargı yerlerinde yapılmasını öngörmediği için, yasalarla idarî yaptırımlara karşı adli yargı yerleri de yetkili kılınmıştır. Hatta yaptırımlar konusunun özelliği, idarî yargı kadar adli yargı yerlerinin de yetkili kılınmış olmasıdır³⁶. Özellikle idarî yaptırımlardan imar para cezalarına karşı adliye mahkemeleri yasal olarak yetkili kılınmıştır. Bu konuda daha önceden detaylı açıklamalarımız olduğu için adli yargıda denetlenmesine karşı getirilen eleştirileri inceleyelim.

III-İMAR YAPTIRIMLARININ ADLİ YARGIDA DENETLENMESİNE GETİRİLECEK ELEŞTİRİLER

A-İdarî Yargı Yerlerinin de Yaygınlaşıyor Olması

1982 yılından önce idare mahkemelerinin kurulmaması ve sadece başkentte örgütlenen bir yargı düzeninin ihtiyaçlara cevap verememesi ve hak arama özgürlüğünü engellemesi durumu, adliye mahkemeleri önünde hak aranması gereğini haklı kılabilirdi. Ancak 1982 yılından sonra ülkemizde 27 ilde bölge idare mahkemesi kurulmuş, çevresindeki iller de bu bölge idare mahkemelerine bağlanmıştır. Bölge idare mahkemesi bulunmayan bir yerde açılacak idarî dava, bölge idare mahkemelerine gönderilmek üzere asliye

³⁴ SOYASLAN Doğan, İdarî Para Cezalarının Adliye Mahkemelerince Ortadan Kaldırılması, Ceza Hukuku El Kitabı, 1. Baskı, İstanbul 1989, s.420; ÖZAY, İtalya'da da idarî işlemlerin iptali dışındaki bütün diğer davaların adliye mahkemelerinde görülmesinin adliye mahkemelerinin "hakların koruyucusu" olarak görülmesinden kaynaklandığını söylemektedir. ÖZAY, İdarî Yaptırımlar, s.140.

³⁵ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", İÜHFİM, C.LV, S.1-2, İstanbul 1996, s.170.

³⁶ ÖZAY, İdarî Yaptırımlar, s.138.

hukuk mahkemelerine verilecek bir dilekçe ile açılabilen ve idarî uyuşmazlıklar takip edilerek çözümlenebilmektedir. Dolayısıyla, idarî yargı örgütü, adli yargı örgütü kadar yaygın olmasa da bireylerin hak aramalarını engelleyecek nitelikte de değildir.

B-Adli Yargının Çalışma Usûlünün Gerektiği Gibi Olmaması

İmar yaptırımlarına karşı itirazı için adliye mahkemelerini görevlendiren düzenlemelere gerekçe olarak gösterilen ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarına da esas teşkil eden “uygulama kolaylığı”, “pratik düşünceler”, “sade bir usûl” ve “hız sağlanması” ifadelerinden kastın ne olduğunu açıklama gereği vardır. “Sade bir usûl” ve “pratik düşünceler”den kastın, davanın 5 veya 7 gün gibi kısa sürede çözümü ve temyiz yolunun kapalı olması ise, bu zaten hak arama özgürlüğüne ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir durumdur. Özellikle 15-20 milyar gibi yüksek rakamlara ulaşan imar para cezalarına karşı verilen kararların kesin olması ve temyiz yolunun kapalı bulunması hukuk devleti ilkesi ile asla bağdaşamaz. “Uygulama kolaylığı”ndan kasıt, adli yargının pratik oluşu ise, bu da gerçeklerle örtüşmemektedir. Çünkü adliye mahkemeleri de yoğun bir iş yükü altındadır.

C-Adli Yargının Tek Başına “Hakların Güvencesi” Olduğu Yanılgısı

Bir kere adliye mahkemelerini hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak görmek yanlış ve tehlikeli bir yaklaşımdır. Bu görüşün hem teori ve hem de uygulama açısından doğru olmadığını düşünmekteyiz. Çağımız ihtisaslaşma çağı olduğuna ve bir çok batı ülkesinde adli yargı-idarî yargı ayrımı yapılarak idarenin yaptığı işlem ve eylemleri denetlemek üzere ayrı bir yargı örgütü kurulduğuna göre, imar yaptırımlarının da idarî yargı yerleri önünde denetlenmesi doğru bir yaklaşımdır. Çünkü işlemin teknik özellik ve niteliklerinin daha iyi bilinmesi, yargılamayı da olumlu etkileyecek ve daha doğru karar verilmesini sağlayacaktır. Hatta salt teknik bir yargılama usûlü olmaktan öte hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine katkıda bulunacaktır³⁷. Her ne kadar adliye mahkemeleri, idarî işlem ve eylemleri denetlerken idari yargılama usûlü ilkelerini uygulasalar da³⁸ “İdare Hukukunun özel hukuktan

³⁷ GÜNDAĞ, agm, s.347.

³⁸ Hatta GÖZÜBÜYÜK/TAN'a göre “yarım yüzyıldır kamu hukuku ile özel hukuk arasında bir ‘geçişme’ gözlemlenmekte, adli yargının ekseriya kamu hukuku yöntem ve kavramlarını kendiliğinden uygulayabildiği kabul edilmekte, hatta adli yargının İdare Hukuku kuralları uygulayarak idarî uyuşmazlıkları çözmesi karşısında, paradoksal gibi görünse de ‘adli idarî yargı’ deyimini kullanılmaktadır. Başka bir deyişle, adli yargı, idarî işlemlerin hukuka uygunluklarını İdare Hukuku kurallarına göre araştırabilmekte, idare yargıcı

teknik ve hukukî yönlerden farklı olması, İdare Hukuku ile özel hukuk dalı arasında bünye, esas, usûl ve ilke farklılıklarının bulunması"³⁹, Ceza hukukunda öngörülen yaptırımlarla idarî yaptırımların farklı olmaları nedeniyle adliye mahkemelerinin gerekli ve etkili bir yargısal korunmayı sağlayacağı kuşkuludur. Hatta DURAN'a göre, idarî yaptırım niteliği taşıyan bu cezalar konusunda adli yargı denetimi, bireyler için hiçbir güvence sağlamamaktadır⁴⁰. Hiçbir güvence sağlamadığı görüşüne katılmak mümkün değilse de etkili bir yargısal denetimin gerçekleşmediği söylenebilir. Konusunda uzmanlaşmış hakimlerce yapılacak yargılamanın daha etkili olacağı da bir gerçektir.

Ayrıca Batı Avrupa'da gelişen kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi ile ceza mahkemeleri sadece cürüm kabul edilen fiillere bakması gerektiği düşünülürse⁴¹, idarî yaptırımların adli yargı yerine idarî yargıda denetlenmesi, adaletin gerçekleştirilmesi bakımından zorunludur.

D-Yargılamanın Bütünlüğünün Bozulması

Anayasa Mahkemesinin çalışmamıza konu olan son kararında da belirtildiği gibi, yargılamanın bütünlüğünün bozulması, imar yaptırımlarının adli yargıda denetlenmesine karşı getirilebilecek bir eleştiridir. Özellikle imar yaptırımlarında iki veya daha fazla yaptırım birlikte uygulanabilmektedir. "Oysa yıkım kararının da para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün (yani yıkım kararının) idarî yargıda, bir bölümünün (imar para cezasının) adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idarî bir işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği konusunda haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idarî bir işlemin bölünerek bir bölümünün idarî yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur"⁴². Ayrıca kesinleşen para cezası üzerine düzenlenen ödeme emrine karşı da gene idare mahkemesine

da bir uyumsuzluğu çözerken özel hukuk kurallarını uygulayabilmektedir". GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.II, s.211-212.

³⁹ AYM, 25.5.1976 gün, E.1976/1, K.1976/28, AMKD, S.14, 1977, s.185; aynı yöndeki görüşler için bkz. YAYLA Yıldızhan, Danıştay Yargılama Usûlü Özellikleri, 100. Yılı Kutlama Sempozyumu, s.129.

⁴⁰ DURAN Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s.271-272. GÜNDAY da benzer görüştedir. GÜNDAY, agm, s.362.

⁴¹ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Para Yaptırımı, İstanbul 1995, s.11 vd.

⁴² AYM, 15.5.1997 gün, E.1996/72, K.1997/51, RG, 1.2.2001-24305, s.16.

başvurulacağı düşünülürse, hak arama özgürlüğüne de bir sınırlama getireceği, işleme maruz kalmış kişilerin sürekli olarak değişik yargı yerlerine müracaat etmeleri sonucunu doğuracağı ve dolayısıyla daha fazla para, zaman ve emek kaybına yol açacağı kuşkusuzdur.

SONUÇ

1961 ve 1982 Anayasalarının yukarıda bahsi geçen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idarî rejim esasının belirgin bir biçimde benimsenmiş olmasına ve bununla ilgili yasal düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, idarî yargı ve adlî yargı düzenlerinin görev alanları, somut bir biçimde birbirlerinden ayrı tutulmamış ve idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin mutlaka idarî yargı düzeni içinde yapılması zorunlu kılınmamıştır. Dolayısıyla kanun koyucuya her iki yargı düzeninin görev alanlarını biçimlendirme konusunda belirli bir hareket serbestisi getirilmiştir. Ancak kanun koyucu takdir yetkisini, gerek doktrin ve gerekse Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına bağlı kalarak ve bunlara uygun hareket ederek kullanmalıdır. Çünkü doktrin ve yüksek yargı organlarının kararlarında da belirtildiği gibi, idarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemlere karşı yargısal denetimin idarî yargıda görülmesi esası, kuşku götürmeyen bir gerçektir. Bunun aksini ileri sürmek, idarî yargının kurulmasını gerektiren ve zorunlu kılan nedenleri reddetmek anlamına gelir. Bu bakımdan kanun koyucunun görev belirleme yetkisini, idarî yargının görev alanına girdiği açıkça belli olan bir işte, adliye mahkemelerinden yana kullanması, Anayasanın İdare Hukuku ilkelerine aykırı bir durum oluşturur⁴³.

Ayrıca ülkemiz için, genelde idarî işlem ve eylemlere karşı, özelde imar yaptırımlarına karşı adli yargıda yargısal denetimi gerektiren neden ve koşullar ortadan kalkmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı gayet yerinde bir karardır. Anayasa Mahkemesi öteden beri bu tutumunu sürdürmektedir. İmar yaptırımlarına karşı adli yargıda yargısal denetimi düzenleyen bir tek, 1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâm-ı Cezaiye Hakkında Kanun'da bir hüküm bulunmaktadır. Bu kanundaki hükümlerin iptal edilmesiyle veya yeni çıkarılacak bir kanunla bu hususun düzeltilmesi mümkündür. Ayrıca yeni çıkarılacak kanunlarda da idarî işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun idarî yargı düzeni olarak düzenlenmesi gereklidir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli olan bir husus da, idarî yarıdan beklenen denetimin ve korunmanın yeterli ve gerektiği ölçüde yapıлып

⁴³ TAN/AKILLIOĞLU, agm, s.53.

yapılmadığı hususudur. İdarî işlem ve eylemlere karşı yargısal denetimi, adli yargının görev alanından çıkararak idarî yargının görev alanına sokmak yeterli değildir. Asıl önemli olan idarî yargının bu denetim ve korumayı gerçekleştirecek şekilde düzenlenmesidir. Çünkü, idarî işlem ve eylemlere karşı yargısal denetimin idarî yargıda yapılmasını öngören yasal düzenlemelerde bu korunmayı sağlayabilecek hükümler olduğu gibi bunu engelleyecek hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, kıyılarda işlenen İmar Hukukuna aykırı fiillerden dolayı idarece uygulanan imar para cezalarına karşı, Kıyı Kanununa göre, 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi, kıyılarla ilgili düzenlemede kanun koyucu, İmar Kanunundan farklı olarak idarî yargıyı görevli ve yetkili kılmıştır. Ancak öngörülen süre, hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını yok edecek kadar kısa bir süredir. Genel dava açma süresi 60 gün olarak öngörülen idarî yargı sisteminde, 7 günlük sürenin yeterli korunmayı sağlamayacağı şüphe götürmez bir gerçektir. Bu hükümlerin de yeniden ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI VE CEZALANDIRMANIN AMACINA DAİR DÜŞÜNCE HAREKETLERİ

(CEZA HUKUKUNDA OKULLAR MÜCADELESİ)

*Arş.Gör.Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

GİRİŞ

Ceza hukukuyla bütünleşmiş, ceza hukuku denildiğinde akla gelen iki kavram vardır: Suç ve ceza. Suç, kanunun işlenmesini yasakladığı fiilleri; ceza ise, bu yasağın ihlalinin yaptırımını ifade etmektedir. Suç teşkil eden fiillerin belirlenmesinde iktidarın öncelikleri etkili olsa da, suçların çoğunluğu kamu düzenini ihlal eden hareketlerden oluşmaktadır. Bu nedenle, söz konusu hareketleri, sadece, bir kişinin kanuna karşı itaatsizliği olarak algılamamak, bunların bütün kamu oyunu ilgilendirdiğini dikkate almak gerekmektedir.

Suç ve ceza bu şekilde anlaşılınca, ceza hukukunun başlıca görevinin sosyal düzenin korunması olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Ancak sadece bu, ceza hukukunun temel özelliklerini belirtmemektedir. Bu nedenle, ceza hukukuna özgü fonksiyonların ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. İnsanlığın başlangıcından beri en önemli iktidar aracı olan cezalandırmanın nedeni, anlamı, amacı ve hangi görevleri ifa ettiği ortaya konulmalıdır. Ancak, bunun yapılabilmesi, ceza sorumluluğu ve cezanın amaçları hakkındaki değişik düşüncelerin, cezalandırmanın tarihsel sürecinin bilinmesine bağlıdır¹.

* Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü.

¹ **Jescheck, Hans Heinrich**, Lehrbuch des Strafrecht, "Allgemeiner Teil", 3. Auflage, Freiburg, 1963, s. 39-40; **Yüce, Turhan Tufan**, Ceza Hukuku Dersleri, C.: I, Manisa, 1982, s. 5; **İçel, Kayıhan -Donay, Suheyil**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku - Genel Kısım- I- Genel Bilgiler- Ceza Hukukunun Kaynakları, İstanbul, 1987, s. 7; Cezalandırma tarihi süreç içinde şu aşamalardan geçmiştir: a) Şahsi öç devri; b) İlahi öç ve kanunun öcü -kefaret ve ibret esasının geçerli olduğu devre; c) İnsani duyguların hakim olduğu devre; d) İslah edici ve ilmi esasların geçerli olduğu devre. Bkz: **Vidal-Magnol**, Ceza Hukuku, (Çev.: Devrin, Şinasi), Ankara, 1946, s. 10. Biz bu devreleri, 18. yüzyıl sonlarına -şahsi öç ve kefaret ibret esaslarının

İşte bu çalışmanın konusu, ceza sorumluluğunun nedeni ve cezalandırmanın amacı hakkındaki düşüncelerdir. Ancak çalışmanın esasını, XVIII. Yüzyıldan sonlarında başlayan ve ceza sorumluluğunun esasını, cezalandırmanın amacını belli bir fikri temele oturtma çabasının ürünü olan okullar mücadelesi oluşturmaktadır. Zira günümüz ceza hukukları bu fikri hareketlerde temelini bulmakta ve bunların kendi arasındaki mücadeleleri sonucunda ulaşılan değerler ve prensiplere dayanmaktadır. Bu nedenle aşağıda, "okullar mücadelesinin" tarafları olan "Klasik Okul", "Pozitivist Okul", "Üçüncü Okul" ve "Yeni Sosyal Savunma Hareketi" üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Ancak konuya, okullar mücadelesine kadar olan zaman diliminde sorumluluğun esası ve cezalandırmanın gayesi hakkındaki düşüncelerin açıklanmasıyla başlanacaktır.

I- CEZA HUKUKUNUN XVIII. YÜZYILA KADARKİ GELİŞİM SÜRECİNDE CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI VE CEZALANDIRMANIN AMACI

A- İlkel Ceza Hukukunda

İnsanlık, aile, kabile ve aşiret gibi küçük bir topluluk halinde yaşadığı, henüz bir devlet düzeninin bulunmadığı dönemde dahi ceza hukukuna sahipti². Bu dönemde ceza sorumluluğunun esası, suç mağdurunun tabiiyetine göre değişmekteydi. Buna göre, aynı aileye veya klana mensup kişiler arasında işlenen suçlarda, sorumluluğun kaynağı dini bir yasağın (tabunun) ihlal edilmesiydi. Ceza, dayanağını bu tabuda bulmakta, meşruiyetini ondan almaktaydı³.

Cezalandırmayla, başlangıçta kişisel intikam duygularının tatmini gözetilmiş ise de, sonraları dini düşüncelerin etkisiyle kefaret esasına itibar olunmuştur⁴. Toplumdaki egemen kişi tarafından uygulanan cezayla, adaletin yerine getirilmesi; diğer bir deyişle, işlenen suçun kefaretinin ödettirilmesi amaçlanmış ve suçluları cezasız bırakması halinde toplumun başına büyük bir felaketin geleceğine inanılmıştır⁵.

Eğer suç başka klandan veya kabileden birine karşı işlenmişse, failin ceza-

geçerli olduğu "Eski Ceza Hukuku Dönemi" olarak da adlandırılan birinci dönem- ve 18. yüzyıl sonlarından günümüze kadar devam eden (okullar mücadelesinin gerçekleştiği) dönem olmak üzere ikiye de ayırabiliriz. Bkz: Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları) I, İstanbul, 1983, s. 21.

2 Dönmezer, Sulhi -Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.: I, 11, Bası, İstanbul, 1994, no: 57, s. 39.

3 Dönmezer-Erman, C.: I, no: 58, s. 40. Yarsuvat, Duygun, Ceza Ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini, İÜHF.M., C.: XXXII, 1966/1, s. 81.

4 Yarsuvat, s. 82.

5 Dönmezer-Erman, C.: I, no: 58, s. 40.

landırılmasındaki zorluklar nedeniyle öç alma hakkı ve uyuşma kurumları işletilmiştir⁶. Bu sistem, bir kişinin işlediği suçtan, onun mensubu bulunduğu topluluğun veya klanın bütünüyle sorumlu tutulması anlamına gelen kolektif sorumluluk esasına dayanmaktaydı. Sorumluluk, failin kusuruna dayanmadığından istenilerek sebebiyet verilen zararlarla istenmeyerek sebebiyet verilen zararlar aynı sonuçları doğurmaktaydı⁷. Aynı aile veya kabile arasında işlenmeyen suçlarda da cezanın amacı, sonuçta işlenen kötülüğün karşılığını vermek, kefarecini çektirmektir.

B- Eski Yunanda

Cezalandırmanın esası hakkında günümüze ulaşabilen ilk teori Antik Yunan'da sofist mektebin kurucusu Protagoras'a aittir. Protagoras, cezayı, haksızlık ve adaletsizliğe karşı bir tepki olarak tanımlamış⁸; cezanın amacının işlenen haksızlığın kefarecini çektirmek değil⁹, geleceğe yönelik olarak bizzat failin bir daha suç işlemesini önlemek ve bir kabahatin nasıl cezalandırıldığını gören diğerlerinin de böyle bir fiili işlemlerini engellemek olduğunu belirtmiştir¹⁰.

Protagoras'a göre, bir devletin yaşayabilmesi bütün vatandaşların uyması gereken ve faziletli adamların taşıyabilecekleri adalet, tedbir ve saffet gibi nitelikleri gerektiriyorsa, bu vasıflara sahip olmayanları yetiştirmek, bunları öğretmek, söz konusu kişinin yaşı ve cinsiyetine bakılmaksızın ceza ile düzelineye kadar cezalandırmak gerekir. Buna rağmen o kişi, cezaya ve öğretmeye kulak asmazsa, ıslahı imkansız bir kimse sıfatıyla ülkeden sürülmesi yahut idamı zorunludur¹¹. Bu kapsamda Protagoras, ıslahı mümkün olmayan kişiler için süresi belirsiz cezayı önermiştir¹².

Antik Yunan düşünürlerinden Eflatun'a göre, suç ruhun bir hastalığından kaynaklanmaktadır. Eğer bu hastalık tedavi edilebilir ise, kanun koyucunun amacı bu olmalıdır¹³. Yine suçlu, bilgisizlik, öfke, kötü eğitim veya bozucu çevrenin etkisiyle gerçek iradesinin aksine suça yönlendirilir. Bu nedenle, suçlu-

⁶ Uyuşma ve öç alma sistemleri hakkında geniş bilgi için bkz: **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 21 vd.

⁷ **Dönmezer-Erman**, C.: I, no: 59- 60, s. 41-42.

⁸ **Hönig, Richard**, Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair, (Çev.: Abadan, Yavuz), İÜHFM. C.: II, 1936, s. 416.

⁹ Protagoras'a göre, yapılan şey nasıl olsa yapılmamış hale getirilemeyeceğinden işlenen haksızlık nedeniyle intikam alınmamalıdır. Bkz: **Hönig**, s. 419.

¹⁰ **Hönig**, s. 417.

¹¹ **Hönig**, s. 417.

¹² **Hönig**, s. 418.

¹³ **Hönig**, s. 420.

nun cezadan çok iyileştirilmeye ihtiyacı vardır¹⁴. Kanun koyucu suçun mahiyeti hakkında faili aydınlatmalı, haz yahut acıyı, saygı yahut alçaltmayı, para ödülü yahut para cezası uygulayarak veya kullanarak ya da bunların dışında herhangi bir şekilde onu suçtan tiksindirmeli ve bu yolla onun daha da kötüleşmesinin önüne geçmelidir. Ayrıca o, adalet sevgisini telkin etmelidir. Burada tiksindir-meyle, suçluyu yeni bir suç işlemekten çekindirme; adalet sevgisini telkinle ise onun ıslahı kastedilmektedir¹⁵.

Ceza işlenen suçun karşılığı değildir (çünkü olmuşa çare yok); ceza ileriye dönüktür. Amacı, suçu işleyenin de, onun cezalandırıldığını görenin de adalet-sizlikten kesinlikle nefret etmesini sağlamaktır. Bu nedenle, kanunların iyi bir okçu gibi, her bir olayda suçun büyüklüğü ile orantılı ve zararı tam karşılayacak cezayı hedeflemesi gerekir¹⁶.

Aristo ise, ceza gayeleri konusunu ahlâk cephesinden ele almıştır. Cezanın meşruiyetini psikolojik-analitik yoldan açıklamış ve kişileri kötülükten alıkoyan-ın lanetlenme, ayıplanma düşüncesinin değil, ceza tehdidi olduğunu belirtmiş-tir. Aristo'ya göre, kanunlar gerekli ve zaruridir; zira, toplum sözden fazla zora, ahlâki güzellikten fazla cezaya itaat etmektedir. Kanun koyucu asi ve düşkünleri cezayla terbiye etmeli, sonuçta ıslah olmayanları devletten ömür boyu sürmelidir¹⁷. Aristo, cezayı bir ıslah tedbiri olarak görmekle birlikte, onun çekindirme etkisine daha fazla önem vermektedir¹⁸.

Görüldüğü gibi, ceza sorumluluğun temelini serbest iradeye bağlayan endeterminist Klasik Okul ile, irade serbestisini kabul etmeyip insan fiillerinin antropolojik, fizik ve sosyal etkisiyle işlendiğini savunan determinist Pozitivist Okulun¹⁹ ve suçluların tedavisi tavsiye eden Yeni Sosyal Savunma Doktrininin görüşleri köken itibariyle Eski Yunan'a dayanmaktadır.

C- İslam Hukukunda

İslam hukukunda ceza sorumluluğunun temelinde, insanın, serbestçe sonuç-larını bilerek yasak olan fiili işlemesi bulunmaktadır. Buna göre, temyiz kudreti-

14 **Platon**, Yasalar II Nomoi (VII-XII. Kitaplar), (Çev.: Şentuna, Candan-Babür, Saffet), 1. Basım, İstanbul, 1992, s. 27.

15 **Hönig**, s. 420.

16 **Platon**, Yasalar II, s. 220-221.

17 **Hönig**, s. 423.

18 Bu hususta Aristo şunları söylemiştir: "Vazii kanunlar kötü bir şey yapanları cezalandırır ve tedip ederler, buna mukabil ahlâken güzel bir şey yapanları da taltif ederler. Bunları teşvik ve tenşit, öbürlerini ise korkutmak ve çekindirmek maksadıyla bu şekilde hareket ederler" (**Hönig**, s. 424).

19 **Hönig**, s. 416.

ne sahip kişi yasak bir fiili hür iradesiyle işlemişse ceza sorumluluğu vardır²⁰. Buna göre, İslam hukukunda da ceza sorumluluğunun temeli irade serbestisine (liber arbitri) dayanmakta ve Klasik Okul ile İslam hukuku örtüşmektedir.

İslam ceza politikasında, cezayı belirleyen Allah ve Peygamber olduğundan cezalardaki asıl amacı saptamak mümkün görünmemektedir. Ancak, İslam hukukçuları bazı Kur'an ayetlerinden ve hadislerden, cezaların uygulanış şekillerinden bir takım prensipler çıkarmışlardır²¹. Bu çerçevede İslam hukukunda cezalandırmanın amacı genel olarak, insanlığı ıslah, kötülük ve cahillikten korumak, ilahi emirlere aykırı davranışlardan alıkoymak, kanunlara uymaya özendirmek ve toplum düzenini korumaktır²².

Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik ceza prensipleri ise şunlardır: Öncelikle ceza, toplumsal bir gereklilik olarak görülmekte ve bu gerekliliğe göre cezanın miktarı belirlenmektedir. Cezalandırmada kamu yararı gözetilmekte, toplumu koruyucu ve suçluların zararını önleyici nitelik taşıyan cezalar yeğlenmektedir²³. Ceza suçun işlenmesinden önce insanların suç işlemesine engel olmalı; suç işlendikten sonra suçluyu uslandırmalı, başkalarına da ibret olmalıdır²⁴. İslam hukukunda cezanın meşruluğu, toplumun korunmasını ve suçlunun ıslahını gerçekleştirmesine bağlıdır. Bunları gerçekleştirmeyen bir cezada ısrar uygun değildir. Cezanın miktarı toplumsal yarar ve gereklilik ile sınırlıdır²⁵. Ancak burada suç ve ceza arasında bir orantı, uygunluk bulunmalıdır²⁶. Toplumun korunması ve düzenin devamı suçlunun yok edilmesini veya hapsini gerektiriyorsa, bu cezalar verilmelidir²⁷.

Cezalarda suçluyu ıslah amacı da vardır. Ancak suçlunun ıslahı ona zulmetmek veya ondan intikam almak demek değildir²⁸. Ceza, suçlunun ahlâkını güzelleştirmek, onu uslandırarak bir daha suç işlemeyecek şekilde ıslah etmek için uygulanır. Gaye ıslah olduğundan, cezayı uygulayanlar babanın çocuğunu

20 **Udeh, Abdulkadir**, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çev.: Şafak, Ali), C.: II, 1. Baskı, Ankara, 1990, s. 22.

21 **Akşit, M. Cevat**, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Baskı yeri ve yılı yok, s. 35.

22 **Karaman, Hayreddin**, Mukayeseli İslam Hukuku, C.: I, İstanbul, 1991, s. 152.

23 **Udeh**, C.: II, s. 16.

24 **Karaman**, C.: I, s. 152; **Udeh**, s. 16-17; **Akşit**, s. 36. Bu kaideyi İbnül-Hümmam şu şekilde ifade etmiştir: "Ceza fiilden önce işlemeye engel, fiilden sonra da tekrarna manidir". Bkz: **Karaman**, C.: I, s. 152.

25 **Karaman**, C.: I, s. 152.

26 **Udeh**, C.: II, s. 17.

27 **Karaman**, C.: I, s. 152.

28 **Karaman**, C.: I, s. 153.

terbiyesi, doktorun hastayı ilaçla tedavisi gibi düşünmelidirler²⁹. Hakim suçlunun şahsına uygun ceza çeşidini seçebilmeli, onu ıslah ve zararını önleyici nitelikte bir ceza belirleyebilmelidir³⁰. Bu hususta Maverdi “ceza suçlunun durumuna ve ıslah kabiliyetine göre değişik olmalıdır” demiştir³¹. İslam hukukunda ceza aynı zamanda işlenen kötülüğün karşılığıdır; mutlak adaletin gereği olan kefarettir. Ceza suçun kefareti, karşılığını ödetmek yoluyla mutlak adaleti sağlar³².

İşte bu temel prensipler üzerinde kurulan İslam ceza hukuku, suçlunun durumunu ve ıslahı ile toplumun yararı ve korunması amaçlarına göre suçları da ikiye ayırmıştır. Had, kısas ve diyet suçlarından³³ oluşan ilk grubu, doğrudan doğruya toplum düzenine karşı işlenmiş suçlar olarak kabul etmiş ve bunların cezalandırılmasında suçludan ziyade toplumsal faydayı gözetmiştir. İkinci grubu oluşturan tazir suçlarında ise³⁴, suçlulukla savaşı ve sosyal savunmayı göz ardı etmeden daha ziyade suçlunun durumunu gözetmiş ve onun ıslahını hedeflemiştir³⁵.

II- XVIII. YÜZYILDAN SONRAKİ DEVRE-OKULLAR MÜCADELESİ

Ceza hukuku, bugünkü anlamda bilimsel niteliğe ancak aydınlanma döneminde ulaşabilmiştir. Cezalandırmanın hukuki ve felsefi yönlerinin tartışıldığı bu dönemde, birey de kendi insani değerinin bilincine varmış ve böylece cezalandırma hakkının esası ve cezanın meşruluğu üzerinde durulmaya başlanmıştır³⁶. Bu nedenle, 18. yüzyılın sonlarından günümüze kadar geçen zaman dilimi, ceza hukukundaki fikir hareketlerinin ve doktrinler çatışmasının yoğun olduğu dönemdir. Adaletçi, yarıcı ve karma (eklektik) görüşleri paylaşanların oluşturduğu gruba, yaklaşık 1880'li yıllarda kurulan "Pozitivist Okul" tarafından "Kla-

29 Akşit, s. 39. Karaman, C.: I, s. 153. Cezanın ıslah gayesi Maverdi tarafından, “Ceza, suçluyu ıslah etmek ve suçu önlemek için vazedilmiştir. Suça göre değişir” şeklinde ifade edilmiştir. Karaman, C.: I, s. 153.

30 Udeh, C.: II, s. 16.

31 Karaman, C.: I, s. 153.

32 Akşit, s. 39. Bu prensip Kur’anda “Kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür. Fakat kim affeder, barışı sağlarsa mükafatı Allah’a aittir. Şüphe yokki, o zalimleri asla sevmez” şeklinde ifadesini bulmuştur. Kur’an, al- Şura (XLII), 40; zikreden, Akşit, s. 39.

33 Had, kısas ve diyet suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Akşit, s. 47-49.

34 Tazir suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Akşit, s. 49-50.

35 Karaman, C.: I, s. 153.

36 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukukunda Okullar, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 367-368.

sik Okul" adı verilmiştir. Klasik ve Pozitivist Okulun birbiriyle çatışma halindeki dogmanizmine yönelik polemikler ve hoşgörüsüzlükler yumuşadıkça, insanın ne tamamen özgür ne de tamamen "determine" olduğu şeklindeki modern düşünce gelişmiş; sonuçta klasik ve pozitivist akımların pratik yararı bulunan kurumları arasında arabuluculuk yapan "Üçüncü Okul" ortaya çıkmıştır³⁷. Bunu, cezanın gayesinin "sosyal savunma" ve "bireyin yeniden topluma kazandırılması" olması gerektiğini savuna Yeni Sosyal Savunma doktrini izlemiştir.

A- KLASİK OKUL

1- Genel Olarak

XVIII. yüzyılın sonlarına doğru başlayan felsefi veya insani devir olarak adlandırılan devre, bir çok alanda olduğu gibi ceza hukukunda da büyük değişikliklere neden olmuştur. Bu döneme damgasını vuran **Diderot**, **Montesquieu**, **Jean Jacques Rousseau**, **Bentham** ve **Beccaria** gibi filozof ve cezacılar yayınladıkları eserlerle eski devrin ceza görüşlerini ağır bir şekilde eleştirerek ceza hukukunda devrim gerçekleştirmişlerdir³⁸. Ceza sorumluluğunun esasına, cezaların gayesine ve cezalandırmanın yöntemlerine yönelik bu eleştiriler, ceza hukukunda yeni ve çeşitli görüşlerin, teorilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. İşte pozitivistlerin bir bütün olarak değerlendirip "Klasik Okul" adını verdiği "Mutlak Adalet", Toplumsal Yarar" ve "Karma (Eklektik)" teoriler bu dönemdeki düşünce hareketlerinin sonucudur.

2- Mutlak Adalet Teorisi

Mutlak adalet teorisinde ceza vermek hakkının esası adalet düşüncesine dayanmaktadır. Adalet ise, suç teşkil eden hareketin bir cezayla karşılanmasını gerektirir. Bu nedenle, suç işleyen bir kişinin kusurunun kefareti cezalandırma yoluyla acı çekerek ödemesi gerekmektedir³⁹.

Mutlak adalet teorisinin başlıca savunucusu Immanuel Kant'tır (1724-1804). Kant'ı biraz farklı da olsa George Friedrich Hegel, Zachariae, Henke ve Josephe de Maistre gibi düşünürler izlemiştir.

Kant'a göre, cezalandırma kanunun mutlak emridir. Ceza, fail tarafından işlenen suç ve kötülüğün kefareti olmanın dışındaki her türlü yararçı görüşten bağımsızdır. Cezanın toplumsal savunma gibi bir amacı yoktur⁴⁰; bilakis, ceza

³⁷ Toroslu, s. 373.

³⁸ Taner, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, 1953, s. 23.

³⁹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 57.

⁴⁰ Schultz, Hans, Einführung in den Allgemeinen Teli des Strafrechts, Ein Grundriss, B. I, 3. Auflage, Bern, 1977, s. 40; Bauman, Jurgen, Strafrecht, "Allgemeiner Teil", 5. Auflage,

kendisi bir amaçtır. Devlet, hiç bir yararı olmasa dahi, sırf ameli (pratik) akıl onu buyurduğu için cezayı uygular. Bozulan ahlâki dengeyi yeniden kurmak için, tam adalet savunulmalı, suçluya hak ettiği ceza verilerek adalet gerçekleştirilmelidir⁴¹.

Kant'ın görüşlerini savunan Hegel ise, cezalandırmanın nedenini kendi diyalektik prensiplerine göre açıklamaktadır. Suç, hukukun yadsınması, bireyin iradesinin genel iradeyi (umumun iradesini) temsil eden hukuk düzenine muhalefet etmesidir. Diğer bir ifadeyle, suç, hukuku bilinçli bir şekilde ihlal eden fiildir⁴². Suçlunun hukuku ihlal şeklinde ortaya çıkan bu "özel iradesi" cezalandırmayla olumsuz kılınır. Böylelikle özel ve genel iradenin uyuşması sağlanır⁴³, hukuk düzeni yeniden kurulur⁴⁴.

Mutlak adalet teorisine çeşitli eleştiriler yöneltilmiş ve öncelikle Kant'ın hareket noktasının yanlış olduğu söylenmiştir. Zira devletin görevi, ahlâk düzeninin egemen kılınması değildir. Eğer devletin görevi ahlâk düzeninin kurulması olarak kabul edilirse, bu durumda küçük veya büyük her türlü kusuru cezalandırması gerekir ki; böyle bir sonuç, kişi özgürlüğünü her yönüyle kullanılamaz hale getireceğinden kabul edilmez⁴⁵.

3- Toplumsal Fayda Teorisi (Yararcı Teori)

Kurucuları İtalyan Beccaria (1738-1794)⁴⁶, İngiliz filozoflarından Bentham⁴⁷ (1748-1832) ve Alman hukukçu Feuerbach (1775-1833)⁴⁸ olan bu

Bliefeld, 1968, s. 9; Jescheck, s. 44; Kant, İmmanuel, Pratik Usun Eleştirisi, (Çev.: Eyupoğlu, İsmet Zeki), 2. Baskı, İstanbul, 1994, s. 62-74.

41 Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s.31; İçel-Donay, s. 7; Taner, s. 31; Yüce, s. 5. Kant felsefi düşüncesini daha iyi açıklamak için ünlü ada örneğini vermektedir: "Bir ada üstünde meydana gelmiş bir toplumun bulunduğunu düşünelim. Bu topluma son vermek ve adayı terketmek gerekse bile, yine de idama mahkum edilmiş olan bir kişinin idamı gerekmektedir. Her ne kadar toplum ortadan kalkacağından cezayı uygulamak yararsızsa da, yüksek ahlâk kuralı, böyle bir durumda cezanın mutlaka infazını buyurmaktadır" (Jescheck, s. 44; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 31).

42 Gallas, Wilhelm, "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", (Çev.: Özgenç, İzzet), SÜHFD., C.: 4, 1994/1-2, s.307; Schultz, s. 40.

43 Jescheck, s. 45.

44 Schultz, s. 40.

45 Dönmezer-Erman, C.: I, s. 59; Teorinin eleştirisi için bkz: Jescheck, s. 45; Taner, s. 31; İçel-Donay, s. 8; Schultz, s. 43; Yüce, s. 6.

46 Beccaria görüşlerini yazmış olduğu "Suçlar ve Cezalar" adlı kitapta belirtmiştir.

47 Bentham'ın eserleri "Hukuk ve Ceza Mevzuatı" ve "Cezalar ve Mükafatlar Nazariyesi"dir.

48 Feuerbach'ın eseri "Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts" dir.

teoriyle, cezanın suç işlemeyi önleyerek toplumsal faydayı gerçekleştireceği savunulmaktadır.

Beccaria'ya göre, "cezanın ihdas nedeni, suç işleme cesaretini taşıyan insanları korkutup, suçtan uzaklaştırmaktır"⁴⁹. "Siyasi bir toplum, işlenip tamamlanmış ve artık onarılmasına imkan kalmamış bir suçu, ancak cezasız kalmasına engel olmak için cezalandırabilir"⁵⁰. Zira, "suç işlemeyi frenleyecek en iyi çare, cezanın ağırlığı olmayıp lakin kaçınılmasının mümkün olmadığı inancının yerleşmesidir"⁵¹. Gerçekten, "mutedil (orta) bir cezanın kesinlikle uygulanacağı korkusu, uygulanmasından kaçınmak ümidi veren ağır bir cezadan daima etkili olmuştur. Felaketler ne kadar hafif olursa olsun, kesin olunca insanları korkutur"⁵². Diğer taraftan, ceza, suçla orantılılığı⁵³, hızlılığı oranında faydalı ve etkili olacaktır; "zira, suç ile ceza arasında ne kadar az zaman geçerse "suç" ve "ceza" denilen iki unsurdan oluşan birlik kavramı insanoğlunun zihninde yer eder. Böylece "cürüm" bir sebep, "ceza" da onu hemen takip eden zorunlu bir "sonuç" olarak kabul edilmiş ve bunun sonucu dünyada cezasız suç olmayacağı prensibinin zihinlerdeki esas hakimiyeti kurulmuş olur"⁵⁴.

Ceza vermek hakkının kaynağı devlete ait diğer haklarla aynıdır diyen Bentham'a göre⁵⁵, cezanın meşruluğu, onun faydalılığı, gerekliliği ve uygulanabilirliğiyle ölçülür⁵⁶. Ceza toplumun kendini savunmak için başvurduğu bir

49 **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, (Çev.: Göklü, Muhiddin), 3. Bası, İstanbul, 1963, s. 158.

50 **Beccaria**, s. 159.

51 **Beccaria**, s. 215. Beccaria, suçların önlenmesi için önerdiği diğer çareler şunlardır: Kanunları sadeleştirip herkesin anlayacağı hale getirerek sevdirmek. Yargıçların görevlerini kötüye kullanarak kanunları yozlaştırmalarının önüne geçmek. Kanunların ve içtihatların bütün ülkede çelişkisiz bir şekilde uygulanmasını sağlamak. Erdemliliği ödüllendirmek. Çocuklara mükemmel terbiye vermek. Eğitime önem vermek. İlimin ışığında geliştirilen özgürlük. Aile düzenini özgürlükçü ve vicdani esaslara göre yeniden düzenlemek. Yoksulluk ve sefaletin önüne geçmek, genel sağlığa özen göstermek. Alkolizmle mücadele etmek. Bkz: **Beccaria**, s. 313 vd.

52 **Beccaria**, s. 215.

53 **Beccaria**, s. 223 vd.

54 **Beccaria**, s. 212; Beccaria'nın diğer görüşleri hakkında özet bilgi için bkz: **Taner**, s. 28; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 28-29; **Dönmezer-Erman**, C.: 1, s. 51-52-53; **De Vabres, H. Donnedieu**, "Çağdaş Ceza Hukukunun Kaynakları ve Karakterleri", (Çev. Balkuvvar, Ziya), AC.:, S. 1, s. 48-49-50.

55 **Taner**, s. 29; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 29.

56 **Bentham, Jeremi**, Cürmi Cezalar Nazariyesi, in: **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, (Çev.: Göklü, Muhiddin), 3. Bası, İstanbul, 1963, s. 363.

önlemdir⁵⁷. İşte, cezanın meşruluğu için toplum tarafından izlenen bir amacın bulunması zorunlu ve yeterlidir. Eğer ceza, toplum tarafından hukuki değer ve yararlar aleyhine kullanılıyorsa meşru değildir. Zira, kişiler gibi toplumun da hukuku korurken meşruiyet sınırları dışında hareket etme hakkı yoktur⁵⁸. Cezalandırmanın nedeni, başkasının suç işlemesini önlemek (genel önleme), suçluyu ıslah etmek veya zararsız hale getirmek (özel önleme) ve varsa mağdurun zararını karşılamaktır⁵⁹.

Bentham'a göre, suçlu kişi (homo delinquens) serbest, hür, akla sahip, soğukkanlı ve objektif olarak hesap yapabilen bir insandır. Suç teşkil eden fiili işlemek isteyen kişi, aynı zamanda ampirik olarak bir iktisatçı gibi hareket eder ve suçtan elde edeceği kâr ve uğrayacağı zararın hesabını yapar. Bu nedenle, cezanın miktarının belirlenmesinde bunlar dikkat alınmalı, cezanın vereceği acı ve ıstırap suçun sağlayacağı yarardan fazla olmalıdır⁶⁰.

Feuerbach, cezalandırmanın amacını aydınlanma döneminin yararcılığına bağlamamaktadır⁶¹. Devletin amacı, hukuk düzeninin kurulması ve korunmasıdır. Devletin, bu amaca aykırılık oluşturan her türlü hukuk ihlallerini önleme hakkı ve yükümlülüğü vardır. Söz konusu hak ve yükümlülük, ancak zorlayıcı yasalarla yerine getirilebilir. Ayrıca, ihlallerin önüne geçmede fiziki zorlama yeterli gelmeyeceğinden psikolojik zorlama da gerekmektedir⁶². Ceza toplumun bireyleri üzerinde etki yaparak, suç işlemekten alıkoyma görevini yerine getirir ve böylece genel önlemeyi sağlar. Ceza tehdidi ise, suç işleme eğilimindekiler üzerinde psikolojik bir zorlama (Generalprävention durch psychologischen Zwang) yaparak harekete geçmekten alıkoyma⁶³.

57 **Taner**, s. 29; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 29.

58 **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 56.

59 **Bentham**, s. 360.

60 **Bentham**, s. 362-363; **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 57.

61 **Jescheck**, s. 46; **Taner**, s. 29; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 30-31; **İçel-Donay**, s. 8; **Schultz**, s. 43; **Schmidt, Eberhard**, Strafrechtsreform und Kulturkris, Tübingen, 1931, s. 9-12.

62 **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 31-32.

63 **Jescheck**, s. 46; **Taner**, s. 29; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 30-31; **İçel-Donay**, s. 8; **Schultz**, s. 43; **Schmidt**, s. 9-12.

4- Karma (Eklektik) Teori

a- Genel Olarak

Karma teori, yararçı ve mutlak adaletçi teorileri ölçülü bir biçimde bağdaştırmaya çalışmıştır⁶⁴. Başlıca savunucuları, Fransa'da Guizot, Jouffroy, Rossi, Ortolan, Lucas; İtalya'da Carrara, Romagnosi, Carmignani; Almanya'da Mittermeier, Berner, Geyer gibi yazarlardır⁶⁵.

Bu teoriye göre; ceza, hem adaleti yerine getirmek hem de toplumu savunmak için gereklidir. Cezanın ölçüsünün sınırı adalet ve yararlıdır. Ceza adil oldukça ve yararlı bulunduğunda verilmelidir. Bu iki sınırın belirlediği ölçü küçük bir oranda aşıldığında toplumun ceza vermek hakkı durur⁶⁶. Ancak bu teori taraftarları arasında uzlaşırma hususunda tam uyum bulunmakla beraber, bunun ne surette yapılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶⁷.

Rossi'ye göre, suç zorunlu olarak bir ahlâki görevin ihlalidir. Bu nedenle, ancak güç kullanılması halinde sakınılabilecek bir fiildir. Suç aynı zamanda beşeri adalet yoluyla değerlendirmeye uygundur. Esasen sosyal iktidar, toplum ve kişilere karşı olan bir görevin ihlalini suç haline getirmektedir. Bu durumda konulacak suç da, kamu düzeninin korunması bakımından yararlı olacak ve fiilin değerlendirilmesi beşeri adaletçe yapılabilecektir⁶⁸. Böylece Rossi, cezalandırmanın sınırını "*toplumsal fayda ile sınırlı adalet*" olarak çizmiştir. Ancak Rossi adaleti ön plana aldığı için Kant'a yöneltilen eleştirilere maruz kalmıştır. Bunun üzerine diğer karma teori taraftarları cezalandırmanın sınırını "*adaletle sınırlı toplumsal fayda*" olarak belirtmişlerdir⁶⁹. Rossi, adaleti birinci plana alıp ona üstünlük verirken, diğer bazı karma teori taraftarları, örneğin Lucas, toplumsal faydayı ön planda tutmaktadır⁷⁰.

b- Karma Teorinin İlkeleri

a) Karma teori apriori yöntemi kullanarak, suçu ve suçluyu soyut olarak ele almıştır. Yani, suçu oluşturan her fiilin karşılığı olarak soyut bir şekilde adaletin sınırladığı toplumsal fayda, ne neviden ve oranda bir ceza yaptırımını öngörüyorsa, o ceza uygulanır. Ceza, işlenen somut fiil ve suçludan soyut olarak sözü ge-

⁶⁴ Jescheck, s. 49.

⁶⁵ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 59.

⁶⁶ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 60; Vidal-Magnol, s. 22.

⁶⁷ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 59.

⁶⁸ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 61.

⁶⁹ Taner, s. 32.

⁷⁰ Taner, s. 32; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 61.

çen formüle göre önceden belirlenmiş, fiillere göre ölçülmüş ve tartışılmıştır⁷¹.

b) Bu teoriye göre, insan iradesi serbesttir (liber arbit) ve iyiyi kötüyü ayırtabilir. Esasen, suçun sebebi de serbest iradedir⁷². Eğer kişi kötüyü seçmiş ve istemişse bundan sorumludur. Aynı zamanda bu sorumluluk serbestlik derecesine göre az veya çoktur⁷³; diğer deyişle, kusurla orantılı sorumluluk söz konusudur. Bu nedenle karma teori spiritüalisttir (maneviyatçı)⁷⁴. Teoriye göre, manevi sorumluluğu olmayan bir kişi, kusurlu da sayılamayacağından cezalandırılmaz⁷⁵.

c) Karma teori suçu soyut olarak ele aldığından, suç ile onun karşılığı ceza arasında bir oranın bulunması, yani suçun ağırlığına ve topluma verdiği zarara göre cezalandırılması gerektiği görüşündedir⁷⁶.

Görüldüğü gibi teori, üç temel ilke üzerine oturmaktadır. Bunlardan ilki, *kusurlu iradedir*. İradenin kusurlu olabilmesi için özgür olması gerekir. Buna göre suç da, ceza normunun bilinçli ve iradi olarak ihlalidir. İkincisi, kusurlu iradeye sahip olabilmek için failin somut olarak hareketlerinin ahlâki ve sosyal değerini anlama ve bunları hiçbir etki olmaksızın özgürce belirleme yeteneğine sahip olmasını ifade eden "*isnadiyet*"tir. Üçüncüsü ise, suç karşılığı verilen *cezanın kişisel, kusurla orantılı ve belirli* olmasıdır⁷⁷.

⁷¹ **Dönmezer, Sulhi**, Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul, 1949, s. 26; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32; **Taner**, s. 33. Bu ilke nedeniyle Klasik Okul suçları hukuki konusuna göre sınıflandırılmak zorunda kalmıştır. Hemen belirtelim ki, suçları hukuki konusuna göre sınıflandırılmasına ilk defa Beccaria'da rastlanmaktadır. Yazar, toplumsal yarar bakımından herkesin yapmaya veya yapmamaya mecbur olduğu şeye aykırı hareketlerden oluşan kabahatlerin yanı sıra, cürümleri, ihlal edilen hakkın mahiyetine göre iki kategoriye ayırmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan doğruya toplumu temsil edenlerden; ikincisi ise, vatandaşın hayatına veya malına yahut şeref ve güvenliğine yönelik cürümlerden oluşmaktadır. Bkz: **Toroslu, Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970, s. 73; **Beccaria**, s. 232 vd.

⁷² **Tosun, Öztekin**, Suç Hukuku Dersleri (Giriş-Ceza Kaidesi-Unsurlar), İstanbul, 1967, s. 20. Karma teori, suçun sebebi olarak serbest iradeyi gördüğünden, başka sebeplerin bulunabileceğini düşünmemektedir. Zaten, bu düşüncelerin ceza hukukuna hakim olduğu dönemde kişinin iradesi dışında kalan ve onu suça yönelten fizik, sosyal ve psikolojik nedenler hakkındaki bilimsel veriler de henüz bulunmamaktaydı. Bkz: **Tosun**, s. 20.

⁷³ **Kunter, Nurullah**, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerim, Cezai Mesuliyetin Esası", AC.: 1942/2, s. 147; **Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 105; **Kantar, Baha**, Ceza Hukuku, Talebe Notu, Ankara, 1939, s. 27; **Vidal-Magnol**, s. 126; **Tosun**, s. 20.

⁷⁴ **Taner**, s. 33.

⁷⁵ **Kunter**, s. 147; **Vidal-Magnol**, s. 126; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Dönmezer**, Cezai Mesuliyet, s. 29-30.

⁷⁶ **Taner**, s. 33; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 33; **Tosun**, s. 20.

⁷⁷ **Toroslu**, s. 369.

c- Karma Teorinin Ceza Hukukuna Etkisi ve Eleştirilen Yönleri

Karma teori, 19. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa ceza kanunları ile Güney Amerika ceza kanunlarının büyük ölçüde ilham kaynağı olmuştur⁷⁸. Bu akımdan etkilenen kanunlar arasında 1852 Avusturya, 1858 Türk, 1867 Belçika, 1872 Almanya, 1876 Macaristan, 1881 Hollanda, 1884 Portekiz ve pozitivistlerce, karma ve eskimiş olarak eleştirilen Ceza Kanunumuzun kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunları yer almaktadır⁷⁹.

Karma teori, çağdaşlığın gereği olan ve günümüz ceza hukukunun temelini oluşturan bazı ilkeleri gerçekleştirme de başarı göstermiştir. Bu çerçevede, fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, cezanın şahsiliği, belirliliği ve orantılılığı gibi ilkeler ceza hukukuna girmiştir⁸⁰. Özellikle, cezanın failin manevi sorumluluğu (kusurluluğu) göz önüne alınarak verilmesi, sorumluluğun belirlenmesinde akli melekeleri yerinde olanlarla sorumsuz olanlar arasında başka kategorilerin, örneğin zayıf akıllıların bulunabileceğinin kabul edilmesi teorinin ceza hukukuna kazandırdığı önemli ilkelerin başında gelmektedir. Ayrıca, bu teori sayesinde cezalar nispeten hafiflemiş, takdiri hafifletici sebeplerin kabulü ile yargıçlara cezaları kanunda yazılı sınırlardan daha aşağı indirebilmek yetkisi de tanınmıştır⁸¹.

Ceza hukukuna yaptığı katkılara rağmen karma teori de eleştirilerden payına düşeni almıştır. Teori ilk olarak, failin kişiliği üzerinde durmadığı, böylelikle ceza hukukunu ve suçluluğu bireysel ve sosyal gerçeklerden uzak bir rasyonalist doğal hukukun soyut alanına yerleştirdiği için eleştirilmiştir⁸². Buna göre karma teori, suçu ve suçluyu soyut olarak ele alıp aynı suçu işleyen her suçluya aynı cezayı vererek insan doğasındaki değişimleri ve çeşitli suçlu kategorilerini dikkate almamakta; yine cezalandırmayı genel ve özel önlemenin tek aracı kabul ederek toplumu isnat yeteneğinden yoksun oldukları için cezalandırmamayan tehlikeli suçlulara karşı savunmasız bırakmaktadır⁸³.

Teori tarafından savunulan insanın tamamen özgür iradeyle hareket ettiği ve dolayısıyla manevi sorumluluğu bulunduğu düşüncesi de, bilimsel bakımdan kanıtlanamaz, hayal ürünü ve belirsiz bulunarak eleştirilmiştir. Bu çerçevede, kusur sorumluluğunun gereği olan sorumluluğun derecelenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi ilkeleriyle, insan davranışlarının iradi olmayan iç ve dış neden-

78 **Toroslu**, s. 369.

79 **Artuk, Emin**, *Ceza Hukukunun Tarihi*, in: *Ceza Hukuku El Kitabı*, 1. Bası, İstanbul, 1989, s. 10.

80 **Toroslu**, s. 369.

81 **Artuk**, *Ceza Hukukunun Tarihi*, s. 10.

82 **Toroslu**, s. 369.

83 **Artuk**, *Ceza Hukukunun Tarihi*, s. 10.

lerin sonucu olduğunun görmezlikten gelindiği; yine, manevi sorumluluk düşüncesinin kabulüyle, toplumun suçluluğun sosyal nedenlerini ve özel önleme araçlarını araştırma sorumluluğundan kurtarıldığı ileri sürülmüştür⁸⁴.

B- POZİTİVİST OKUL

1- Pozitivist Okulun Kurucuları

Pozitivist Okul, XIX. yüzyılın sonlarına doğru kurulmuştur. Bilimsel pozitivism esasına dayanan ve sanayi devriminin manevi, ekonomik ve sosyal hayatta neden olduğu değişiklikleri inceleyerek buradan elde ettiği verileri ceza hukukuna uygulamaya çalışan teori, Klasik teoriye yönelttiği eleştirilerle de tanınmaktadır⁸⁵.

Pozitivist Okul üç İtalyan bilgini (Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo ve Enrico Ferri) tarafından kurulduğundan "İtalyan Okulu" da isimlendirilmektedir. Kuruculardan Lombroso 1876'da yayınladığı "Suç İşleyen İnsan", Raffaele Garofalo 1885'te çıkardığı "Criminoloji" ve Enrico Ferri ise, 1881'de yayınladığı "Cürmi Sosyoloji" adlı eserleriyle görüşlerini açıklamışlardır. Ancak Pozitivist Okul doktrinini genişleterek zirveye taşıyan Ferri'dir⁸⁶.

Pozitivist Okulun savunucularından bazıları suçluluğu antropolojik nedenlere bağlamış, bazıları ise fizik ve sosyal nedenlere üstünlük tanımışlardır. Örneğin, teorinin kurucularından Lombroso antropolojik amillere önem verdiği için, önceleri bu okula antropolojik okul da denmiştir. Ancak, psikoloji, sosyoloji ve istatistik verileri, fizik ve özellikle sosyal sebeplerin de suçlular üzerinde etkili olduğunu gösterince "antropolojik okul" yerine "Pozitivist Okul" ismi kullanılmıştır⁸⁷.

2- Pozitivist Okulda Metod

Pozitivist teori, apriori yöntemi uygulayan Klasik Okulun aksine deney ve gözlem metodundan faydalanmıştır. Gerçekten pozitivistler deneysel esas ve yöntemleri uygulayan diğer bilimsel alanlardaki başarıları dikkate alarak, bu metodu sosyal bir alan olan ceza hukukuna aktarmışlar, elde ettikleri sonuçlarla Klasik Okulun manevi sorumluluk ve insanların eşitliği dogmasını yıkan görüşler ileri sürmüşlerdir⁸⁸. Böylelikle aydınlanma felsefesinin konusunu oluşturan

84 **Toroslu**, s. 369.

85 **Jescheck**, . 47-48; **Tosun**, s. 20.

86 **Taner**, s 36; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 35.

87 **Taner**, s. 37-38. Konuya ilişkin diğer görüşler için bkz: **Taner**, s. 38, dp: 2.

88 **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 69; **Taner**, s. 36; **Schmidt**, s. 12; **Thiesbürger**, **Paul**, Die kriminalbiologischen Methoden, ihre Entwicklung und ihre Kritik, Dortmund, 1935, s. 2.

birey olarak "insan"ın yerine, "insanlar" gerçeğini gündeme getirmişlerdir⁸⁹.

Gözlem ve deney metodunu uygulamaya çalışan Pozitivist teori, klasiklerin yaptığı gibi suçu ve suçluyu soyut olarak ele almamış, suçluların kişilikleri üzerinde incelemeler yaparak, onları suç işlemeye iten nedenleri araştırmıştır. Buradan elde edilen sonuçlara göre, suçlular hakkında uygulanacak işlemleri ve suçları önlemek için alınacak tedbirleri belirlemiştir⁹⁰.

3- Pozitivist Okulun Görüşleri

Pozitivist Okulun cezalandırmanın nedeni ve amacı hakkındaki görüşlerini, teoriyi kurup geliştiren yazarların eserlerinden anlamak mümkündür. Bu nedenle, Lombroso, Ferri ve Grafolo'nun ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

a- Lombroso

Torino Üniversitesinde Adli Tıp Profesörü olan Dr. Cesare Lombroso, cezaevlerinde, hastanelerde ve kışlalarda bulunan insanlar üzerinde incelemeler yapmış, bunları gözlemlenmiş, huylarını, hareketlerini, yaşayış biçimlerini incelemiş, cezaevlerinde ölen mahkumların cesetleri üzerinde otopsiler yapmış ve buradan çıkardığı sonuçları "Suç İşleyen İnsan" adlı eserinde açıklamıştır⁹¹.

Lombroso'ya göre bazı kimseler vardır ki, bunlar doğuştan suçludurlar. "Doğuştan suçlu" adı verilen bu kişilerde bulunan bir takım anatomik, biyolojik veya psikolojik anormallikler onları iradeleri dışında suç işlemeye iter. Anatomik işaret ve belirtiler, vücutta oransızlık şeklinde görülür⁹². Örneğin, 121 İtalyan suçlunun kafatasını inceleyen Lombroso, bu suçluların kafataslarının normal İtalyan vatandaşlarınınkinden düşük olduğunu ve bu ölçünün suçlara göre değiştiğini ileri sürmüştür⁹³. Bunun dışında, beynin küçüklüğünü, kolların uzunluğunu ve elmacık kemiğinin çıkık olmasını diğer anatomik anormalliklere örnek olarak göstermiştir⁹⁴.

Biyolojik anormallikler, maddi duygusuzluk, duyu organlarının işleminde uygunsuzluk, hareketlerde düzensizlik ve reflekslerin kötü çalışması gibi hallerdir. Psikolojik anormalliği olanlar ise, ahlâki duyguların yokluğu şeklinde ken-

89 Schmidt, s. 12.

90 Taner, s. 36.

91 Taner, s. 38.

92 Taner, s. 38.

93 Thiesbürger, s. 4 ve dv.

94 Taner, s. 38-39; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 38; Vidal-Magnol, s. 34-35. Ayrıntılı bilgi için bkz: Thiesbürger, s. 1-94; Lombroso, Suç İşlemenin Sebepleri ve Önlenmeleri, (Çev.: İrmak, Sadi), İstanbul, 1935, s. 7-63.

dini gösterir. Ayrıca, doğuştan suçlu olanlar bencildirler; merhamet, adalet ve doğruluk duyguları yoktur. İdam cezasına karşı duyarsızdırlar ve bunlar arasında intihar olaylarına sıklıkla rastlanır⁹⁵. Önceleri tek suçlu tipini -doğuştan suçlu - kabul eden Lombroso, daha sonraları Ferri'nin etkisiyle "**kriminaloid**" adını verdiği tesadüfi suçlu tipinin de bulunduğunu kabul etmiştir⁹⁶. Doğuştan suçluluğu, önceleri soya çekme (atavizim) ve evrim (tekamül) teorisiyle açıklayan Lombroso, zamanla sara ve isteriye de yer vermiştir. Ancak, daha sonraları suçu doğuran sebeplerin neslin bozulması ve yozlaşması (tereddi) olduğunu ileri sürmüştür⁹⁷.

Lombroso'nun düşüncesinde suç, suçlunun kişiliğinde bulunan anormallikler sebebiyle, nedensellik kanunu içinde meydana gelen doğum ve ölüm gibi tabii bir olaydır. Suçlu ise anormal bir kişi olup yukarıda sözü edilen anatomik, psikolojik ve biyolojik anormallikleri nedeniyle suç işler ve onu harekete geçiren sebepler iradesinden tümüyle bağımsızdır. Bu nedenle, serbest iradede söz edilmez ve suçlularda manevi sorumluluk da yoktur⁹⁸. Öyleyse cezaya hiç güvenilemez; zira, ceza psikolojik bir sebeptir, saiktir; nasıl olur da, suçu gerçekleştirmek için birleşen fizik ve tabiat kuvvetlerini etkisizleştirebilir⁹⁹?

Suçlularda irade serbestisinin bulunmadığını, bu nedenle ceza tehdidinin suçlular üzerinde etkisiz olduğunu ve onları suç işlemekten alıkoymayacağını söyleyen Lombroso, cezalandırma hakkında şunları söylemektedir: "Cezanın zarar gören topluma bir tazminat niteliğinde olmadığı meydana çıkınca, temelden değişmesi suçluyu azaplandırmaya değil **toplumun kurtuluşunu sağlamaya yönelmesi ve suçtan daha çok suçluyu ve mağduru göz önüne alması zorunlu** olur". "Onun için ceza kitaplarının yaralanmaların derecelerine ve sonuçlarına dair o kadar ince farklar araması anlamsızdır. Ölüm kastı ile yapılan bir darbenin öldürmemesi bir rastlantıdır. Bu çeşit suçlarda **suçlunun namuslu bir insan olup olmadığına ve bir ihtiras yüzünden suç işleyip işlemediğine bakmalıdır**". "Hakimin suç karşısındaki durumu, iyi bir hekimin hastasına karşı olan duruma benzemelidir". "**Her ceza cürmi antropoloji esasına göre şahsa uydurulmalıdır**. Bunun için de hapis süresi sınırsız olmalıdır"¹⁰⁰.

95 Thiesbürger, s. 10; Taner, s. 39; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 38; Vidal-Magnol, s. 35.

96 Taner, s. 39; Lombroso, s. 54-55.

97 Taner, s. 39-40. Ayrıntılar için bkz: Lombroso, s. 31-34, 52-55; Thiesbürger, s. 36, 52-56.

98 Taner, s. 40; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 72; Dönmezer, Cezai Mesuliyet, s. 36.

99 Dönmezer-Erman, C.: I, s. 72; Dönmezer, Cezai Mesuliyet, s. 36.

100 Lombroso, s. 61.

b- Garofalo

Garofalo, suç ve suçlu hakkında sonuca varılablmesini, suçun sosyolojik bakımdan anlamının belirlenmesine bağlamaktadır¹⁰¹. Garofalo'ya göre, "zarar verici herhangi bir fiilin kamu oyunca **suç olarak kabul edebilmesi için gayri ahlâkîlik unsurunun varlığı** zorunludur. Bu gayri ahlâkîlik ise, kökü derinlere dalmış bulunan diğerbinlik (başkalarını düşünme) duyguları içinde, yani merhamet ve doğrulukta bulunabilir. Bundan başka, bu ihlal edici fiilin, en yüksek adalet duygularını incitmesine yer yoktur; bir toplum tarafından benimsenen orta bir adalet duygusunu ve kişiyi topluma mal etmeye yarayan gerekli duyguları tahrip etmesi yeterlidir. İşte, suç yahut tabii suç diye isimlendirdiğimiz fiiller bunlardır"¹⁰².

Garofalo'ya göre, hakka saldırı gerçekleşmedikçe, merhamet ve doğruluk duygularını rencide edilmedikçe, kamuoyu herhangi fiili suç olarak düşünmeyecektir¹⁰³. Şu halde, suç orta bir merhamet ve adalet duygusunu yaralayan zarar verici bir fiildir. Suçlu da kendisinde bu duygulardan biri veya diğeri mevcut olmayan veya husufa yahut da zaafa uğramış bir kimsedir¹⁰⁴.

Garofalo suçluları, anormallik oranının kuvvetli ve zayıf olmasına göre insiyaki¹⁰⁵ ve tesadüfi suçlular şeklinde sınıflandırmaktadır. Bunlardan ilki, ruhi sezîş ve insiyaki egoizm kudretinden yoksundurlar; ikinciler ise, bedensel bir zayıflığa duçar, ruhi bir nevrasteni, yani dış alemin tahrik ve zorlamasına karşı koymaya güçleri yetmemektedir "¹⁰⁶.

Görüldüğü gibi, Garofalo suçları belirlerken onların mahiyetine değil, bu fiillerin hangi ahlâki duyguları incitmiş olduğuna bakmıştır. Merhamet ve adalet

¹⁰¹ **Garofalo, Raffaele**, *Criminologia*, Suç, Suçlu ve Ceza, (Çev.: Göklü, Muhittin), İstanbul, 1957, s. 26. "Son zamanlarda naturalist okula taraftar olan cezacılar, suçluyu esaslı bir araştırma ve incelemeye tabi kılmış bulunuyorlar. Suçlu hususi bir tip, insan çeşitleri içinde değişik bir sima gibi gösteriliyor. Suçlunun insan tarihi antropolojisi ve ruhi yapısı bakımından tanımlı yapıyor". Oysa "kanunun suçlu gördüğü kimseler, her zaman naturalistlerin tarif ettikleri tipe değildirlir". Bu nedenle, "esas hareket noktası suçun sosyolojik bakımdan anlam ve delillerinin tayini" olmalıdır. Bkz: **Garofalo**, s. 25-26.

¹⁰² **Garofalo**, s. 53. Garofalo'ya göre, suç gerçekten daima zararlı bir fiildir, aynı zamanda da ahlâki anlamı ifade eden insan düşünce biçimini yaralamaktadır. Bu çeşit ahlâki duyguları yaralayan, aynı zamanda toplumu da yok etme etkileri olan fiiller, tabii suç yahut da toplumsal suçları oluşturmaktadır. Bkz: **Garofalo**, s. 28-31.

¹⁰³ **Garofalo**, s. 57.

¹⁰⁴ **Garofalo**, s. 80.

¹⁰⁵ İnsiyaki, insiyakla ilgili, insiyaka ait, insiyaka has demektir. İnsiyaki ise, canlıları fikir, muhakeme vb. şeyler olmaksızın harekete sevkeden his, sevki tabii, içgüdü anlamlarına gelmektedir. Bkz: **Doğan, Mehmet**, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. Bası, İstanbul, 1996, s. 547.

¹⁰⁶ **Garofalo**, s.108.

(doğruluk) duygularını inciten fiilleri tabii suç olarak adlandırmış ve suçu merhamet veya adalet duygusunu inciten zararlı bir hareket; suçluyu da, kendisinde bu duygulardan biri ya hiç bulunmayan veya zayıf olan bir kimse şeklinde tanımlamıştır.

Suçluları, insiyaki ve tesadüfi suçlular olmak üzere ikiye ayıran Garofalo, insiyaki suçluların antropolojik ve özellikle ruhi anormallikleri sebebiyle uslanmalarının imkansız olduğunu; tesadüfi suçlularda ise, söz konusu duyguların tamamen yok olmadığını, ancak zayıf bulunmaları nedeniyle kendilerinde göreceli bir anormallik bulunduğunu, bu nedenle içinde yaşadıkları sosyal çevrenin etkilerine tabi olduklarını söylemiştir. Suçlular hakkında uygulanacak tedbirleri ise, suçun önemine göre değil, ancak suçlunun intibak kanunu çerçevesinde belirlenecek tehlikelilik haline¹⁰⁷, yani toplum için gösterdiği tehlikeliliğe göre tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁸. Hatta, intibak kanunu çerçevesinde ölüm cezasını bile gerekli görebilmiştir¹⁰⁹.

c- Ferri

Pozitivist Okulu zirveye taşıyan Ferri'dir. "Ferri'nin, Garofalo ve Lombroso'ya göre özelliği, Lombroso'nun sisteminde pozitif bilimlerin ağırlıkta olması ve Garofalo'da antropolojinin ikincil nitelikte bulunmasına karşın, Ferri'nin sisteminde bilimlerin hukuki kısım ile birlikte bir bütün oluşturmasıdır"¹¹⁰.

Ferri'ye göre, Klasik teorinin cezai sorumluluk için öngördüğü mancevi sorumluluk (kusur sorumluluğu) pozitif ilimler (fizyo-psikoloji) tarafından kabul edilmemektedir¹¹¹. Ceza sorumluluğunun belirlenmesinde izlenmesi gereken

¹⁰⁷ Bkz: **Dönmezer, Sulhi**, "Tehlikeli Hal' Meselesi"; İÜHFMD., C.: X, S. 1-2, s. 179-187.

¹⁰⁸ Garofalo'ya göre, "genellikle kamuoyunun esas görüş olarak kabul ettiği tavır ve hareket kurallarını ihlal eden, bir sınıfın, bir kuruluşun ayıpladığı fiilleri işleyen kimsenin o topluluktan, o sınıf ve kuruluştan göreceği doğal tepki, kovma ve uzaklaştırma değildir. Yaşadığı çevrenin şartlarına tamamen uyum sağlayamayan ve uyum sağlama yeteneğinden tamamen yoksun olana karşı toplumun tepkisi ise, bu azasını içinden çıkarıp atmaktır". "Tıpkı doğdukları veya yerleştirildikleri çevrenin şartları ile uyum sağlayamayıp yok olan ve biyolojik seçme dediğimiz olaya benzer toplum hayatı da kendiliğinden, fakat suni olarak bir seçme çaresine başvurmaktadır" (**Garofalo**, s. 221-222).

¹⁰⁹ Bu hususta Garofalo aynen şunları söylemiştir: "Gerçek şudur ki, toplum hayatına uyum yeteneğinden tamamen yoksun olduğu bir kere anlaşılınca, artık o ferdin topluluktan mutlak tasfiyesi tam bir zorunluluktur. Böyle bir vahşetin failini toplumun daha fazla sinesinde barındırmasının hiçbir haklı sebebi olamaz. Binaenaleyh bu gibilere ölüm cezası, uygulanacak tek etkili çare olacaktır" (**Garofalo**, s. 365-366).

¹¹⁰ **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 74.

¹¹¹ **Dönmezer**, Cezai Mesuliyet, s. 40: Ferri İrade serbestisi (Libri arbitri) hakkında şunları söylüyor: "Libri arbitri yahut normal hürriyeti ifade etmek (hasımlarımız bu belli olmayan ve elastiki

yöntem, deney ve gözlem metodudur. Buna göre, insanın fiil ve hareketlerinin nedeni, ruhi fizyolojik organizmanın doğduğu, içinde yaşadığı fizik-sosyal çevrenin bir ürünüdür¹¹². Bir suçun işlenmesinde bütün sebeplerin katkısı vardır; ancak bunlar birbirlerinden farklı şekillerde suçun işlenmesinde etkendirler. Fizik nedenlerin bütün suçlar üzerindeki etkisi aşağı yukarı eşitse de; doğuştan suçlularla, akıl hastası veya ihtirasi suçlularda antropolojik sebeplerin; tesadüfi ve itiyadi suçlularda ise, sosyal nedenlerin üstünlüğü dikkat çekicidir. Bununla birlikte suçun işlenmesinde antropolojik sebepler asıldır ve sosyal çevre ona şekil verir. Ayrıca bu etkenlerden birinin üstünlüğüne göre suçlular çeşitli kategorilere ayrılmaktadır¹¹³. Ferri suçluları bu çerçevede doğuştan suçlular, akıl hastası suçlular, itiyadi suçlular, tesadüfi suçlular ve ihtirasi suçlular olmak üzere beş sınıfa ayırmıştır¹¹⁴.

Diğer taraftan, suç oranlarının yıldan yıla artmasının nedenlerini araştıran Ferri, bu artışın yalnız antropolojik nedenlerle açıklanamayacağını, fizik nedenlerin ise ani değişiklikleri açıklayabileceğini, esasen suçların artmasına sosyal etkenlerin sebep olduğunu söylemiştir. Ayrıca, "*cürmi doymuşluk (işba) kanunu*" adını verdiği bir ilke ile, belli bir sosyal çevrede, belli antropolojik, fizik ve sosyal şartlar altında, ne bir tane fazla ne de bir tane eksik suç işleneceğini iddia etmiştir¹¹⁵.

Bu arada, "*cürmi doymuşluk kanunu*"ndan hareketle "ceza"nın etkisiz olduğunu; bu nedenle, suçları önlemek için cezadan başka önlemlerin gerekliliğini vurgulamıştır. Zira, ancak ceza yerine geçecek veya cezaya eşdeğer olacak bu önlemler sayesinde, sosyal çevrenin etkisiyle işlenen suçlar ortadan kalkacak ve sadece antropolojik nedenlerle suç işleyenler, yani doğuştan suçlular suç işlemeye devam edeceklerdir. Ceza yerine geçecek tedbirler ise, iktisadi, siyasi, idari vb. olabilir. Örneğin, sık sık suç işlenen karanlık bir sokağa polis dikmek yerine sokağın aydınlatılması, suçların önlenmesinde yeterlidir¹¹⁶.

Görüldüğü gibi Ferri'de de, ceza sorumluluğunun esası sosyal sorumluluk-

hürriyet kelimesiyle daha kolay olarak müphemiyetler yaratmak için asla lib arbit demiyorlar. Halbuki bu iki kelime tamamıyla aynı anlamı ifade eder) son bir tahlil ile dış çevrenin ke-silmez ve çok şekildeki zorlaması ve çeşitli iç saikler çatışma karşısında, iki zıt imkan arasında son olarak karar vermenin yalnız ferdin iradesine ait bulunduğunu beyan etmek demektir" (Ferri, Enrico, *La sociologie criminelle*, Paris, 1914, s. 319 vd., zikreden: **Dönmezer**, *Cezai Mesuliyet*, s. 40).

112 **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 75; **Taner**, s. 44.

113 **Taner**, s. 44.

114 **Taner**, s. 45; **Vidal-Magnol**, s. 34; **Artuk**, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 36.

115 **Taner**, s. 46-47.

116 **Taner**, s. 46-47; **Artuk**, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 36.

tur. Suçluların toplum içinde yaşadıkları ve ona zarar verdikleri için sosyal sorumlulukları vardır ve haklarında toplumun korunması amacıyla yaptırımlar uygulanacaktır. Suçluların dahil buldukları suçlu kategorisi, suçlunun tehlikeliliği ve topluma uyum yeteneğiyle (Garofalo'nun ilkeleri) birlikte fiilin ve failin az veya çok antisosyal karakterine göre belirlenecek bu yaptırımlar ise, az veya sürekli toplumdan uzaklaştırma veya neden olunan zararın bütünüyle tazmini şeklinde olacaktır¹¹⁷.

4- Pozitivistlere Göre Suçluların Sınıflandırılması ve Bunlar Hakkında Uygulanacak Tedbirler

a- Suçluların Sınıflandırılması

Pozitivistler suçlulara uygulanacak yaptırımları tehlikeliliğe göre oluşturdukları suçlu gruplarını dikkate alarak belirlemektedirler. Bu nedenle, kişilerin fiilleri üzerinde etkili olan sebepleri dikkate alarak suçlu kategorileri oluşturmuşlardır. İnsanı harekete geçiren sebepleri gözlemleyen pozitivistler, bunları iç (dahili) ve dış (harici) etkenler olmak üzere ikiye ayırmışlardır.

1- İç etkenler sebebiyle suç işleyenler, yani biyolojik suçlular iki alt sınıfa ayrılmaktadır: a) Doğuştan suçlular; b) İhtirasi suçlular.

2- Dış etkenler sebebiyle suç işleyenler ise iki alt gruba ayrılmaktadır: a) İhtiyadi suçlular; b) Tesadüfi suçlular. Bunlara bir de akıl hastası suçlular eklenince Ferri'nin yapmış olduğu beşli ayrıma ulaşılmaktadır¹¹⁸.

aa- Doğuştan Suçlular

Lombroso tarafından tanımlanıp belirlenmiş olan doğuştan suçlular, çeşitli nitelikte ruhi, bedeni veya biyolojik bozulma belirtileri taşımaktadır. Lombroso, sert bakış, riyakar gülüş, kısa boy, küçük kafatası, dar alın, kalın kaşlar, batık ve şaşlı gözler, uzun ve geniş çehre, çıkık elmacık kemikleri, ince dudaklar, ayrılmış kulp şeklinde kulaklar, kafatası ve yüz oransızlığı, gür saç, seyrek sakal, donuk çehre gibi uzayıp giden halleri anatomik belirtilere örnek göstermiştir. Bu özelliklerin tümü, ayrıntılarda kalan önemsiz bazı farklar ile doğuştan suçlularda bulunmaktadır¹¹⁹.

Lombroso'ya göre biyolojik belirtiler, maddi duygusuzluklar, vücuttaki değişik organların işlevlerindeki anormallikler, hareketlerde düzensizlik, refleksle-

¹¹⁷ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 84-85; Taner, s. 48.

¹¹⁸ Vidal-Magnol, s. 32-33; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 37.

¹¹⁹ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 38; Thiesbürger, s. 2 ve dvm.; Vidal-Magnol, s. 34.

rin kötü çalışması gibi hallerdir¹²⁰.

Suçlularda psikolojik belirtileri Ferri incelemiş ve bu grupta psikolojik duygusuzluk ve kendini beğenmişlik- basiretsizlikten oluşan iki önemli anormallik belirlemiştir. Bu tip insanlar, ya vahşi ve haşindirler ya da hilekar ve tembeldirler. Adam öldürme, hırsızlık veya herhangi bir suç işlemek ile namuslu bir hayat sürme arasında fark gözetmezler. Suçlunun psikolojik özellikleri üzerinde duran Garofalo da, bu tür anormallikleri merhamet ve adalet duygusunun yokluğu olarak tespit etmiştir¹²¹.

Doğuştan suçluların belirgin özelliği vaktinden önce ve genç yaşta suç işlemeleri ve ıslahlarının mümkün olmamasıdır. Bunlar işe serserilik veya diğer küçük suçları işleyerek değil, bizzat ağır suçları işleyerek başlarlar¹²².

bb- İhtirasî Suçlular

İhtirasi suçlular, dürüst ve düzenli hayat süren, fakat her şeyden çabuk etkilenen, sınırlı ve heyecanlı yapıları olan kişilerdir. Çoğunlukla genç yaşta şiddetli bir ihtiras, hiddet ve kıskançlık veya aşk gibi üzerlerinde karşı konulamaz bir etki yapan sebeplerin yönlendirmesi ile kişilere karşı saldırılarda bulunurlar. İstisnalar dışında, genellikle ani olarak, planlamadan suç işlerler. Suçu işleme şeklini gizlemezler ve gerek suçu işlemeyen önce gerek suçu işleme anında gerekse suçtan sonra çok heyecanlıdırlar. Suçlarını hemen itiraf ederler ve kendilerini intihara kadar götürebilen bir pişmanlık duyarlar. Mahkumiyetleri halinde de pişmanlıkları devam eder, cezaevlerinin kötü halleri onları etkilemez ve ıslah olurlar. Bunların çoğunda antropolojik anormallikler yoktur ve diğer suçlulara oranla sayıları azdır¹²³.

cc- Tesadüfi Suçlular

Tesadüfi suçlularda antropolojik anormallikler varsa da, oldukça azdır. Doğuştan suçluları suça iten asıl etken antropolojik özellikler olduğu halde, tesadüfi suçlularda sosyal çevrenin etkisi ön plandadır. Tesadüfi suçlular, daha ziyade dış olayların ve içinde yaşadığı çevrenin etkisiyle suç işlerler. Sefalet, cezadan kurtulma ihtimali, taklit gibi sebepler tesadüfi suçluları suça iten hallere örnek olarak verebilirler¹²⁴.

¹²⁰ Vidal-Magnol, s. 35; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 38; Thiesbürger, s. 10 ve dvm.

¹²¹ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 38; Taner, s. 45; Vidal-Magnol, s. 35-36.

¹²² Vidal-Magnol, s. 36; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 39.

¹²³ Taner, s. 46; Vidal-Magnol, s. 38-39; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 41.

¹²⁴ Taner, s. 46; Vidal-Magnol, s. 39; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 41.

dd- İtiyadî Suçlular

İtiyadî suçlarda antropolojik belirtiler ya hiç yoktur ya da varsa bile doğuştan suçlularınki kadar değildir. Bunlar genellikle gençliklerinde çevrenin etkisiyle bir defa suç işlerler ve bu yolda devam ederek suç işlemeyi kendilerine meslek edinirler. İtiyadî suçluların suça alışmalarında, suç işledikten sonra cezasız kalmaları, cezaevlerinin üzerlerinde yaptığı kötü ve olumsuz etkileri ile salıverildikten sonra toplumun kendilerine ilgisiz kalması gibi nedenler etkilidir. Hatta bu olumsuzluklar sebebiyle itiyadî suçlular, artık bir doğuştan suçlu gibi ıslah edilemez hale gelmişlerdir. Bu nedenle, doğuştan suçlulara uygulanan yaptırımlar itiyadî suçlulara da aynen uygulanmalıdır¹²⁵.

ee- Akıl Hastası Suçlular

Akıl hastası suçlular, bir akıl hastalığı nedeniyle suç işlerler. Bu grupta yer alanlar; irs, bozulma (tereddi) ve alkolizm nedeniyle deli olanlar, sar'ahılar, akli dengeleri bozuk olanlar ve Lombroso tarafından sağlıklı insanlarla deliler arasında bir grup oluşturduğu ileri sürülen "mattoide" adı verilen dengesi bozuklardır¹²⁶.

Pozitivistler beş grupta topladıkları suçlulardan, "doğuştan suçlular", "itiyadî suçlular" ve "aklı hastası suçlular"ı çok tehlikeli, diğer iki kategoriye ise daha az tehlikeli görmüşlerdir. Bu nedenle, pozitivistler yaptırımlar bakımından "ihtirasi ve tesadüfi suçlular"a karşı oldukça anlayışlı davranmışlardır¹²⁷.

b- Suçlular Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar

Pozitivist Okul, ceza sisteminin iflasi ve cezalandırma yöntemlerindeki sıkıntılardan hareketle; kanuna yeni cezaların eklenmesini, cezanın çeşitli sınıflara giren suçlular bakımından ayrı ayrı infazını, dolayısıyla bugünkü ceza sistemi ve uygulamasının bütünüyle değiştirilmesini istemiştir¹²⁸. Pozitivistler, kefareti çağrıştırdığını düşündükleri "ceza" yerine "yaptırım" kavramını kullanmışlardır. Geleceğe yönelik ve süresiz hüküm (müddetsiz hüküm) şeklinde uygulanacak bu yaptırımlar ise, emniyet tedbirleri ve toplumu koruma araçlarından oluşmaktadır¹²⁹.

Bu çerçevede, akıl hastası suçlular mahkeme kararıyla özel olarak yapılmış kurumlara konulmalıdır. İslahı imkansız doğuştan suçlular için yapılacak işlem

¹²⁵ Vidal-Magnol, s. 37-38; Taner, s. 45; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 40.

¹²⁶ Taner, s. 45.

¹²⁷ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 40.

¹²⁸ Vidal-Magnol, s. 39.

¹²⁹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 83; Vidal-Magnol, s. 39.

ölüm, sürgün veya müebbet hapis cezalarının uygulanmasından ibaret olmalı; ancak, müebbet hapis cezası hücrelerde değil tarımsal kolonilerde veya yarı açık cezaevlerinde uygulanmalıdır. İtiyadî suçlular hakkında toplumdan uzaklaştırmayı gerektiren yaptırımlar uygulanmalıdır¹³⁰.

Tesadüfi suçlular hakkında uygulanacak yaptırımlar cezadan çok önleme tedbiri olmalı, onların mükerrir suçlu olmasını engellemelidir. Bunlar cezaevlerine konulmamalı ve haklarında kısa süreli ceza uygulamasından kaçınılmalıdır. Yaşı küçük olanlar dürüst ailelerin yanına verilmeli, yaşı ilerlemiş olanların ufak tefek suçlarına göz yumulmalı; ancak, yol açtıkları zararlar kendilerine ödettirilmelidir. İşledikleri suç orta ağırlıkta olanlar ise, geçici olarak sürgüne gönderilmelidir. Eğer işlenen suç daha ağır ise, doğuştan suçlulardan daha hafif ve yumuşak disipline tabi olmak koşulu ile süresiz olarak bir tarımsal kolonide bulundurulmalı ve ıslah olduklarında şartla saliverilmelidirler¹³¹. İhtirasi suçlular hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bunların cezaya çarptırılmalarına gerek yoktur; zira, suçlunun çektiği vicdan azabı yeterlidir. Ancak bunlar fiillerinden doğan zararları tazmin etmeli ve suçu işledikleri yerden başka bir yere geçici olarak sürgün edilmelidirler¹³².

Ceza yerine geçen tedbirler ise, terkedilmiş ve sokak çocuklarının korunması, serserilik, alkolizm ve fuhuşla mücadele vb. olarak sıralanabilir¹³³.

5- Pozitivist Okulun Ceza Hukukuna Etkisi ve Eleştirilen Yönleri

a- Ceza Hukukuna Etkisi

Ceza hukukunda o zamana kadar yerleşmiş bulunan görüşleri temelinden sarsacak görüşler ileri süren¹³⁴ pozitivistler ceza hukukunu tamamen değiştirememişlerse de bir çok kurumunun esası değişikliklere uğramasını sağlamışlar-

¹³⁰ Vidal-Magnol, s. 40; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, 39-40; Taner, s. 49-50.

¹³¹ Taner, s. 50; Vidal-Magnol, s. 40; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 41.

¹³² Taner, s. 50, Vidal-Magnol, s. 40; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 41.

¹³³ Vidal-Magnol, s. 41. Bu önlemler ve yaptırımlar hakkında geniş bilgi için bkz: Dönmezer-Erman, C.: I, s. 83-84.

¹³⁴ Örneğin ceza hukukunun önemli bir ilkesi olan kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı hakkında pozitivistlerin görüşleri dikkate değerdir. "Pozitivist Okul bu kuralı hukuki bir ilke olarak kabul etmemektedir. Pozitivistlere göre suçluyu, suçu işlemeyen önce onun sonuçlarını hesaplayan normal bir insan saymak sakıncalıdır. Ayrıca suç serbest iradenin ürünü değildir. Suç çeşitli etkenlerin birleşmesiyle oluşan marazi bir bileşkedir. Bu nedenle cezanın "genel önleme" özelliği etkili bir unsur değildir. Yaptırımın yalnız "özel önleme" özelliği etkili olabilir ve amaç "Toplumun Korunması"dır. Öyleyse yargıcın "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralına mutlak bağlılığı özel önleme ve toplumun korunma unsurları ile her zaman bağdaşmaz" (Erem-Danışman-Artuk, s. 96).

dır¹³⁵. Örneğin bir çok ülkenin ceza kanununda, cezalar yanında emniyet tedbirlerine de yer verilmiştir. Nitekim, 1902 tarihli Norveç Kanunu "İtiyadi Suçlular" hakkında "emniyet tedbirleri" kurumuna yer vermiş; 1930 senesinde yürürlüğe giren Yeni İtalyan Ceza Kanunu "manevi sorumluluk esasını reddetmeden pozitivist görüşlerin bir çoğunu kabul etmiştir. Bu yeni kanunda cezaların yanı sıra emniyet tedbirlerine yer verildiği gibi, doğuştan suçlu tipine yaklaşan "temayüli suçlu" tipi de kabul edilmiştir. 1954 tarihli Grönland Ceza Kanunu Pozitivist Okulun hemen hemen tüm görüşlerini kabul etmiştir¹³⁶.

Pozitivist Okul hukukumuzu emniyet tedbirleri yoluyla dolaylı olarak etkilemiştir¹³⁷. Suç işlemiş küçüklerin (TCK: 53/2, 54/1), sağır dilsizlerin (TCK. 58/2) bir ıslah kurumuna konması, akli hastalarının (TCK. 46), sağır dilsizlerin (TCK. 58/3), uyuşturucu madde kullanmayı (TCK. 404) ve sarhoşluğu (TCK. 573) iptila derecesine vardırınların hastaneye yatırılmalarına ilişkin tedbirler Pozitivist Okulun tesiriyle önce mehz kanuna, oradan da Kanunumuza girmiştir¹³⁸.

Belirtelim ki, yürürlükteki kanunun aksine, gerek 1987 ve 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarılarında gerekse 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında yaptırım türü olarak cezaların yanı sıra emniyet tedbirinden söz edilmiş¹³⁹ ve "özel tehlike halleri ve tekrür" başlığı altında itiyadi suçlu, mesleki suçlu, örgütlenmiş suçlu ve mükerrir suçlular hakkında düzenlemeler yapılmıştır¹⁴⁰. Bu nedenle, yeni tasarıların pozitivist doktrinin görüşlerine daha açık olduğu ve bunları kabul ettiği söylenebilir.

b- Uğradığı Eleştiriler

a) Pozitivistler uyguladıkları metod bakımından eleştirilmiştir. Buna göre, deney ve gözlem metodunu yanlış uygulayan pozitivistler; henüz bilimselliği

¹³⁵ Özellikle I. Dünya Savaşından önceki dönemlerde gerçekleştirilen kanun değişikliklerinde ve meydana getirilen yeni ceza kanunlarında, Pozitivist Okulun etkileri açıkça görülmektedir. **Dönmezer, Sulhi –Yenisey, Feridun**, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, 1998, s. 408-409.

¹³⁶ **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 43.

¹³⁷ Emniyet tedbirleri hakkında özlü bilgi için bkz: **Artuk, Mehmet Emin**, Emniyet Tedbirleri, Argumentum, 1992/23,, s. 349 vd.

¹³⁸ **Erem-Danışman-Artuk**, s. 897-898.

¹³⁹ Bkz: 1987 tarihli TCK. Öntasarısı m. 1; 1989 tarihli TCK. Öntasarısı m. 1; 1997 tarihli TCK. Tasarısı m. 1.

¹⁴⁰ Bkz: 1987 tarihli TCK. Öntasarısı m. 43, 44, 45 ve 46; 1989 tarihli TCK. Öntasarısı m. 42, 43, 44, 45; 1997 tarihli TCK. Tasarısı m. 43, 44, 45 ve 46. Bu rağmen, 1997 tarihli TCK. Tasarısının genel gerekçesinde de belirtildiği gibi tasarılarında emniyet tedbirleri hakkında öngörülen düzenlemeler halen yetersizdir. Bu hususta bkz: **Dönmezer-Yenisey**, s. 416 vd.

ispat edilememiş varsayımlara dayanmakta ve az sayıdaki gözlemlerden genel sonuçlar çıkararak aşırı sonuçlara varmaktadırlar¹⁴¹.

b) Pozitivistlerin karşılaştıkları diğer eleştiri doğuştan suçlularla ilgilidir. Doğuştan suçlu adı verilen suçlu tipinin bulunduğu ilmen ispat edilememiştir. Ayrıca, antropolojik incelemelerde bulunanlar arasında doğuştan suçluluğun belirtileri, farkları ve bunların suçla ilgi ve ilişkileri konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu belirtiler ömründe hiç suç işlememiş olan bir çok kişide de bulunmaktadır¹⁴².

c) Ayrıca doğuştan suçluluğun sebep ve kaynağı hakkında da anlaşmazlık ve şüpheler vardır. Zira, doğuştan suçluluğun bedenen veya ruhen soya çekme, ruhi, sar'a, isteri, nörasteni ve yozlaşma gibi nedenleri olduğu ileri sürülmüştür. Halbuki, bu nedenlerden hangisi ele alınır alınmaz, doğuştan suçlu olanlarla akıl hastası suçlular arasındaki fark açıkça belirmemektedir. Her iki gruba ait bulunanlar, genellikle irsî olarak yozlaşmaya uğramış patolojik bünyelerinin kurbanı oldukları dikkate alındığında; bunlardan akıl hastalarının şifahanelerde, diğerlerinin, yani onlar gibi manevi sorumluluğu olmayan doğuştan suçluların ölüm, müebbet hapis ve sürgün cezalarıyla cezalandırılmalarının nedenini açıklamak kolay değildir¹⁴³.

d) Pozitivistler "ihtirasi suçlular" hakkındaki görüşleri sebebiyle de eleştiriye uğramıştır. Bilindiği gibi Pozitivist Okul, ihtirasi suçluların yaptıklarından pişman olacaklarını, bu nedenle bunlara ceza verilmemesi gerektiğini savunmuştur. Ancak bu düşünce biçimi tehlikeli sonuçlara yol açar; zira, ihtirasi suçluların işledikleri suçun vahametine rağmen ceza görmemeleri toplumun selameti ve güvenliği bakımından tehlikelidir. İhtirasi suçluların pişmanlıkları dolayısıyla suç işlemeyecekleri bir an için kabul edilse bile, cezalandırma ile amaçlanan, yalnız suçlunun uslandırılması (özel önleme) değil, aynı zamanda başkalarını da korkutmak ve uyarmaktır (genel önleme). Bu şekilde cezanın genel önleme niteliği, yalnız özel önleme niteliğiyle uğraşmak için feda edilmiş bulunmaktadır¹⁴⁴.

e) Pozitivist Okul, suça gereğinde fazla önem veren ve suçluyu yeterli derecede dikkate almayan karma teorinin aşırılıklarına karşı gelmek isterken, bu defa kendisi aşırılığa kaçmış ve sadece suçluyu dikkate almıştır. Suçu bir hastalığa, suçluyu da hastaya benzeten Pozitivist Okul, tıpta olduğu gibi, sadece hasta ile, yani suçlu ile uğraşmak gerekeceği ve suçun yalnız suçlunun eğilimini, dahil

¹⁴¹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 92; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 43.

¹⁴² Vidal-Magnol, s. 42-43; Taner, s. 57; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 43-44.

¹⁴³ Vidal-Magnol, s. 43-44; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 44; Taner, s. 57-58.

¹⁴⁴ Vidal-Magnol, s. 44; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 44; Taner, s. 58.

olduğu sınıf ile toplum için arzettiği tehlikelilik derecesini gösteren bir belirti olduğu sonucuna varmıştır. Yine bu sonuç ile suçun kanun tarafından öngörüleceği, fiil toplum için ne kadar tehlikeli olursa olsun, yasa tarafından suç olarak kabul edilmedikçe failin sorumlu tutulamayacağı göz ardı edilmiştir¹⁴⁵.

f) Pozitivistler, irade serbestisini ve dolayısıyla manevi sorumluluk esasını kabul etmemeleri nedeniyle de eleştirilmiştir. Bu arada, irade serbestisinin ispat edilemediği yolunda ileri sürülen teze karşı, determinizmin de sabit olmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca insanların iradelerini kullanmakta serbest olduğu düşüncesinin kamu vicdanında yer ettiği, kusur ve manevi sorumluluk inancının oldukça yerleştiğinden söz edilerek, bunun böylece kabul edilmesinde, hatta bu inancın kuvvetlendirilmesinde toplumsal fayda olduğu savunulmuştur¹⁴⁶.

g) Bir diğer eleştiri tehlikeli hale ilişkindir. Her halde uygulanacak yaptırımın çeşidi ve derecesini belirlemede suçlunun tehlikeliliği dikkate alınacağı hakkındaki pozitivistlerce ileri sürülen görüş, tehlikelilik halinin kesin olarak belirlenemeyeceği ve ayrıca bu hali değerlendirme konusunda hakime tanınacak yetkinin keyfiliğe yol açabileceği itirazlarıyla karşılaşmıştır¹⁴⁷.

C- ÜÇÜNCÜ OKUL

İtalya'da kurulan ve önemli temsilcilerini Carnevale, Alimena, Calojanni, Vaccaro ve Manzini gibi yazarların oluşturduğu "Üçüncü Okul" "*Eleştirisel Pozitivist Okul*" olarak da adlandırılmaktadır¹⁴⁸. Üçüncü Okul, temsil ettikleri düşünceler bakımından birbirinin karşıtı olan klasik ve pozitivist teorilerin pratik yararı olan görüşleri arasında bir aracılık yapmaya çalışmıştır¹⁴⁹.

İrade serbestisini kabul etmeyen, buna karşın tecrübe ve gözlem metodunu uygulayan Üçüncü Okul daha ziyade Pozitivist Okula yakın durmaktadır. Ancak bu yakınlık belli bir dereceye kadardır. Örneğin, Üçüncü Okul Pozitivist Okulun savunduğu doğuştan suçlu tipini kabul etmemekte, antropolojik sebepleri mutlak ve zorunlu suça iten sebep olarak görmemektedir¹⁵⁰. Yine Pozitivist Okulu yalnız biyoloji ve psikolojiye önem vermek ve bunları ceza hukukuyla karıştırarak aşırılığa kaçmakla eleştiren Üçüncü Okul, sözü geçen ilimlerden ceza hukukunun şahsiyeti ve bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde yararlanılması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu şekildedir ki, ceza hukukunun açık ve kesin

¹⁴⁵ Vidal-Magnol, s. 45; Taner, s. 60; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 45.

¹⁴⁶ Taner, s. 58-59; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 92; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 43.

¹⁴⁷ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 93.

¹⁴⁸ Taner, s. 62; Dönmezer-Erman, C.:I, s. 94; Dönmezer, Cezai Mesuliyetin Esası, s. 71.

¹⁴⁹ Toroslu, s. 372.

¹⁵⁰ Taner, s. 63.

olan sınırları korunacak, belirsiz bir branş haline gelmesinin önüne geçilecektir¹⁵¹.

Üçüncü Okula göre irade insanın fiillerine yön vermemekte, çeşitli saiklerden en baskın çıkarı iradeyi yönlendirmektedir¹⁵². Bu çerçevede Üçüncü Okul, suçu doğuran sebepleri istidat verici ve tayin edici (yöneltici) olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bunlardan tayin edici sebepler suçu meydana getirmekte; buna karşın, istidat verici -kişinin yaratılışı itibarıyla tabiatında bulunan eğilimler- sebepler yöneltici sebeplerin etkisi olmadan suçu doğurmamaktadırlar¹⁵³. Diğer bir deyişle, biyolojik ve fizik etkenlerden oluşan istidat verici sebepler, genel olarak, ancak bir eğilim yaratmakta, bu eğilime yöneltici bir etkiyle sosyal etkenler yön vermektedir ki, bu da suçun işlenmesine doğru olabileceği gibi suçtan kaçınılması şeklinde de olabilmektedir (psikolojik determinizm¹⁵⁴)¹⁵⁵. Şu halde, suçun önlenbilmesi, onu doğuran nedensellik sürecinin parçaları üzerinde etkili olmayı gerektirir¹⁵⁶. Bu nedenle, “psikolojik cebir” olarak mütalaa edilen cezanın, saikler çekişmesinde en kuvvetli saik olması sağlanmalıdır¹⁵⁷.

Klasik Okulun irade serbestisine göre sorumluluk anlayışını reddeden Üçüncü Okul, bunun yerine sorumlu olan ve sorumlu olmayan suçlular ayrımının yapılması gerektiğini savunmuştur¹⁵⁸. Bu anlayışta sorumlu suçlular kusurlu bir irade ile, yani zihni bakımdan sağlıklı ve normal bir iradeyle suç işleyenlerdir. Böylelikle Üçüncü Okul, “sorumlu suçlular” kusurlu irade ile işledikleri fiilden sorumlu tutarak Klasik Okulun isnadiyete dayanan ceza sorumluluğunu benimsemiş olmaktadır¹⁵⁹. Bunun yanı sıra, “sorumlu olmayanlar” şeklinde nitelendirilen suçlular için ise, Pozitivist Okulun tehlikeli suçlular hakkında öngördüğü emniyet tedbirlerinin uygulanması öngörülmüştür¹⁶⁰.

Bu arada, Pozitivist Okulun cezaların etkisizliği görüşüne de karşı çıkan Üçüncü Okul, cezayı suçla mücadele için gerekli görmüştür. Özellikle kitleler üzerinde etki göstermesi bakımından cezanın geleneksel fonksiyonunun korunması gerektiğini savunmuş ve onun psikolojik etkisini kabul etmiştir. Böylelikle

151 **Dönmezer**, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s. 72; **Taner**, s. 63.

152 **Erem, Faruk**, *Ümanist Ceza Hukuku Doktrini*, Ankara, 1964, s. 27.

153 **Taner**, s. 63; **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 95; **Dönmezer**, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s. 74.

154 **Erem**, s. 27.

155 **Taner**, s. 63.

156 Geniş bilgi için bkz: **Dönmezer**, *Ceza Mesuliyetin Esası*, s. 73-74.

157 **Erem**, s. 27.

158 **Taner**, s. 63-64.

159 **Toroslu**, s. 372.

160 **Toroslu**, s. 372-373.

Üçüncü Okul, cezanın ibret teşkil ettiğini, korkutarak genel önlemeyi gerçekleştirdiğini benimsemekte ve cezanın esasen bu nitelikleriyle akıl hastalarına uygulanan emniyet tedbirlerinden ayrıldığını savunmaktadır¹⁶¹. Diğer bir deyişle, manevi sorumluluk ve kefaretçi ceza anlayışı, tehlikelilik halinde emniyet tedbirlerine bir ölçüde yer verilerek gözetilmektedir. Bu arada erteleme ile bireyselleştirme geliştirilmektedir¹⁶².

Suçlulukla mücadelede devletin başlıca görevi toplumsal kalkınmayı gerçekleştirmektir. Toplumsal reform ise, mümkün olduğunca kanunların yeniden gözden geçirilmesi, tadil olunması ve böylelikle, suça yönelen bütün unsur ve şeylerin kaldırılması gibi hususlardan oluşmaktadır. Bu kapsamda yeni infaz sistemlerinin oluşturulması ve kabulü, alkolizmle mücadele, terkedilmiş ve suçlu çocukların korunması gibi yöntemler önerilmektedir¹⁶³.

Üçüncü Okul tarafından geliştirilen orta yol, iki dünya savaşı arasında Kıta Avrupa'sındaki kanunlaştırma hareketlerini büyük ölçüde etkilemiştir. Bunlara 1929 tarihli Yugoslav Ceza Kanunu, 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu, 1932 tarihli Polonya Ceza Kanunu, 1937 tarihli Romanya ve İsviçre Ceza Kanunları örnek gösterilebilir¹⁶⁴.

D- YENİ SOSYAL SAVUNMA DOKTRİNİ

1- Sosyal Savunma Kavramı

XIX. Yüzyıl sonunda Pozitivist Okul sayesinde önem kazanan sosyal savunma¹⁶⁵, gerçek ve ilk anlamında "suça karşı toplumun korunmasını" ifade etmektedir¹⁶⁶. Sosyal savunma kavramı bu anlamıyla, sadece katı bir cezalandırma dizgesinin kurumsallaşması, cezalandırmanın sertleştirilmesi olarak anlaşılabilir, kişi hak ve hürriyetlerini tehlikeye atabileceği ve otoriter bir ceza hukukunun oluşumuna neden olabileceği için cezacıları endişelendirmiştir. Bu çerçevede, Nasyonal Sosyalist Ceza hukukunun kişi hak ve hürriyetlerini toplumsal koruma adına hiçe sayması örnek gösterilmiştir¹⁶⁷.

¹⁶¹ Dönmezer-Erman, C.: I, s. 95; Dönmezer, Cezai Mesuliyetin Esası, s. 77.

¹⁶² Ance, Marc, Toplumsal Savunma, (Çev.: Selçuk, Sami), YD., C.: 19, 1993/1-2, s. 80.

¹⁶³ Dönmezer, Cezai Mesuliyetin Esası, s. 77; Ancel, (Selçuk), s. 80.

¹⁶⁴ Toroslu, s. 373.

¹⁶⁵ Erker, Halit Nâtik, "İçtimaî Müdafaa, Ceza ve Ceza Siyaseti", İzBD., Sene:1, 1936/4, s. 410-411; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 47.

¹⁶⁶ Ancel, (Selçuk), s. 71.

¹⁶⁷ Yarsuvat, s. 87; Ancel, Marc, Toplumsal Savunma Nedir?, (Çev.: Bayraktar, Köksal), İÜHF., C.: XXXVII, 1972/1-2, s. 328.

Yine bu anlamıyla “sosyal savunma”, faydacı teorilerin yeniden ele alınması olarak da değerlendirilmiştir¹⁶⁸. Örneğin Garraud, sosyal savunma düşüncesinin eski bir düşünce olduğunu; cezanın toplumu tehdit eden suça karşı toplumsal yapının bir tepkisi şeklinde gösterilerek faydacı öğretinin yenileştirilmeye çalışıldığını belirtmiştir¹⁶⁹.

Pozitivist Okula göre sosyal savunma, cezaya verilen yeni amaçtan başka bir şey değildir. Buna göre, ceza toplumun korunması için bir araçtır. Suç karşılığı uygulanan yaptırımlar toplumu korumayı amaç edinmeli ve her türlü kefarete düşüncesinden uzak bulunmalıdır¹⁷⁰.

Bunun dışında diğer cezacılar için sosyal savunma Roux'nun deyimiyle, “işlenen suçun koşullarını öngörerek, koruyucu ya da yeniden kurucu tedbirlerle, suçlunun düşüşünü önlemeye yönelmiş” bir akımdır. Pozitivist ceza hukukunun etkisinde kalan cezacılar için sosyal savunma, klasik ceza hukukunun ve cezalar sisteminin yanında yer almaktadır¹⁷¹.

2- Yeni Sosyal Savunma Okulu

II. Dünya Savaşı sonrasında, kriminoloji ve insani bilimlerin gelişiminin de etkisiyle, sosyal savunmayı sadece toplumun korunması olarak anlamayan “Yeni Sosyal Savunma Hareketi” ortaya çıkmıştır. Amacı toplumun korunması ile sınırlı bu sosyal savunma anlayışının suçluyu genel çıkar uğruna feda etmesine ve onu topluma kazandırmak için herhangi bir çaba göstermemesine karşı çıkan Yeni Sosyal Savunma Hareketi, 1948 yılında Birleşmiş Milletler Sosyal Savunma Senksiyonunun oluşturulmasıyla uluslararası bir nitelik kazanmış ve aynı yıl kurulan Uluslararası Sosyal Savunma Derneğinin girişimleriyle gelişmiştir¹⁷².

Yeni Sosyal Savunma anlayışında, sosyal savunma kavramı sadece “toplumun savunması” anlamına gelmemektedir. Bu modern anlamıyla sosyal savunma bir dinamizm taşımakta ve suçun karşılığı olmayı öngören (kefarete) klasik anlayışa bağlı hukuk düzenine karşı çıkmaktadır¹⁷³. Yeni Sosyal Savunma anlayışı, kriminoloji ve toplumsal bilimlerin verilerine dayanan ve buna göre şekil-

¹⁶⁸ Yarsuvat, s. 87; Ancel, (Bayraktar), s. 329.

¹⁶⁹ Ancel, (Bayraktar), s. 329-330.

¹⁷⁰ Yarsuvat, s. 84; Ancel, (Bayraktar), s. 331.

¹⁷¹ Ancel, (Bayraktar), s. 332.

¹⁷² Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 47; Erker, s. 411-412; Ancel, (Bayraktar), s. 327.

¹⁷³ Çünkü, suçun karşılığı olma (kefarete) anlayışıyla suçu doğuran sebepler ortaya çıkarılamamakta, kişilik göz önünde tutulmadan önceden belirlenmiş ceza verildiğinden suçlunun ıslahı da gerçekleşmemektedir. Bkz: Tümerkan, Somay, Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası, İÜHF.M., 1983/1-4, s. 60.

lenen bir ceza politikası öngörmektedir. Bu çerçevede suç, toplumsal bir olay ve insanın doğal yapısına bağlı bir fiil olarak görülmektedir. Suçun kanunda tanımlanması ve cezalandırılmasıyla her şeyin bittiği kabul edilmemekte; onun toplumsal –bireysel bir olay olarak anlaşılması, tekrarının önlenmesi ve suçlu karşısında takınılması gereken tavrın araştırılması istenmektedir¹⁷⁴.

Aslında sosyal sorumluluk, tehlikelilik, ceza ve emniyet tedbirleri arasındaki mekanik birliktelik ve tehlikeli yarı sorumluların ceza ve emniyet tedbirine tabi tutulmasından daha öte bir sentez arayışının sonucu olan bu yeni hareketin temelinde, suça karşı toplumun korunması ve suçluların yeniden sosyalleştirilerek topluma kazandırılması bulunmaktadır¹⁷⁵.

Hemen belirtelim ki, sosyal savunma hareketi içinde iki anlayış söz konusudur. Bunlardan Gramatica'nın başı çektiği ilk grup ceza hukukuna karşıdır¹⁷⁶. Radikal olarak nitelendirilebilecek bu anlayıştakilere göre, sosyal savunmanın esas amacı bireyin iyileştirilmesi, yeniden sosyalleştirilmesidir. Bu nedenle, ceza hukukunun, cezai sorumluluğun, geleneksel ceza yargılaması sisteminin kaldırılması; yine, suç ve suçlu kavramlarından vazgeçilmesi gerekmektedir¹⁷⁷. Maddi bir fiilin topluma verdiği tehlike veya zararın objektif değerlendirmesine dayanan (devlete karşı suçlar, kişi ve mal aleyhine işlenen suçlar gibi) suç kavramının yerini, fiili işleyen kişiliği toplumsal olmama belirtileri ve derecesi almalıdır. Suçlu yerine ise, toplumun ıslahla yükümlü olduğu, yasal olarak toplumsal sayılmayan insan kavramı kullanılmalıdır¹⁷⁸.

Grammatica'ya göre, ceza sorumluluğun temelinde, failin subjektif verilerine göre belirlenecek "anti-sosyallik" (toplumsal olmama) bulunmaktadır. Bunun sonucunda suç ve kusurlulukla orantılı ceza, yerini, her suç failinin kişiliğine uydurulan "sosyal savunma tedbirlerine" bırakmalıdır¹⁷⁹. Böylelikle, sosyal savunmaya pozitivistlerin "tehlike halini" aşan "anti-sosyallik" kavramı esas teşkil etmektedir. Bu anlayış çerçevesinde, Devlete, ceza hukuku dışı kanun ve önlemlerle "anti-sosyallik" kaldırma görevi düşmektedir¹⁸⁰.

Reformist olarak adlandırılan ve Ancel'in başını çektiği çoğunluktaki diğer grup ise, kanunilik ilkesi, irade serbestisi ve determinizme ilişkin peşin hüküm-

¹⁷⁴ Ancel, (Bayraktar), s. 335.

¹⁷⁵ Toroslu, s. 373.

¹⁷⁶ Yarsuvat, s. 88; Ancel, (Selçuk), s. 82; Ancel, (Bayraktar), s. 337; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 48.

¹⁷⁷ Toroslu, s. 373.

¹⁷⁸ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 49.

¹⁷⁹ Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 49.

¹⁸⁰ Yarsuvat, s. 88.

leri olmayan, bu hususta felsefi tartışmalardan kaçınıp pratik amaçlar gözeten ve böylelikle değişik düşünce ve eğilimlerin bir araya gelmesine imkan veren anlayıştadırlar¹⁸¹. Bugün Yeni Sosyal Savunma Hareketini bu anlayış temsil etmektedir.

Yeni Sosyal Savunma ceza politikasını bireysel sorumluluk üzerine oturtmaktadır. Ancak bu sorumluluk, klasik anlamda apriori yasal bir varsayım olarak kabul edilmiş irade özgürlüğüne dayanmamakta; aksine, yeni bir anlayışın ifadesi olarak insani ve sosyal gerekçelerden yola çıkılarak belirlenmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir. Bu çerçevede, birey objektif, somut bir araştırmanın konusu olmakta ve bireysel sorumluluk duygusu taşıyıp taşımadığı belirlenmektedir. Böylelikle, Yeni Sosyal Savunmada sorumluluk somut kişiliğin ifadesi olan bireysel sorumluluk duygusuna dayandırılmakta¹⁸² ve her suçun kendi faili tarafından işlendiği gerçeği göz önüne alınarak, suç hukuki kavramından suçun faili kavramına geçilmektedir¹⁸³.

Bireysel sorumluluk duygusu taşıyan insan, kendi fillerinin kanun tarafından yasaklanmış olması halinde, ceza adaletinin bunu göz önünde tutacağını bilen kişidir. Ancak bireyin bu bilinci, ceza adaletinin sanıkla yargılayan arasında bir düelloya dönüşmesine neden olmamalı ve yine prensip olarak mevcut bir yaptırımın otomatik olarak uygulanmasını da sonuçlamamalıdır¹⁸⁴.

Yeni Sosyal Savunmada sorumluluğun kaynağı olan bireysel sorumluluk duygusu, aynı zamanda yaptırımın yönünü de belirlemektedir. Gerçekten, bir kişi hakkında yalnız cezanın veya emniyet tedbirinin mi uygulanacağı, yoksa her ikisinin bir arada mı uygulanacağı bireysel sorumluluk duygusunun azlığı veya çokluğuna, yani yoğunluğuna göre belirlenecektir. Bireysel sorumluluk duygusu ve tehlikelilik somut kişiliğin ifadesidir. Bu nedenle, suça karşı yaptırımın belirlenmesi sırasında ceza ve emniyet tedbirlerinden yararlanmak için, sorumluluğun ve tehlikelilik halinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylelikle sorumluluk aynı zamanda cezai ehliyetin ölçüsünü de oluşturmaktadır¹⁸⁵. Esasen Yeni Sosyal Savunma, suçu çevreden ve failden ayıran bir ceza adaletinin eksik olacağı düşüncesindedir¹⁸⁶.

Kişisel özgürlükleri korumak için suç ve cezaların kanuniliği ilkesine önem

181 **Toroslu**, s. 373; **Ancel**, (Selçuk), s. 82; Marc Ancel'e göre, insani bir suç siyasetiyle mevcut ceza sisteminin geliştirilmesinin mümkündür. Bkz: **Artuk**, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 48.

182 **Toroslu**, s. 373-374.

183 **Tümerkan**, s. 60-61.

184 **Tümerkan**, s. 61-62.

185 **Toroslu**, s. 374.

186 **Tümerkan**, s. 61.

veren yeni sosyal savunma, emniyet tedbirlerinin tamamen cezanın yerini almasına karşı çıkmakta ve cezalara, özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezalara suçluları ıslah etme amacı vermektedir. Suçluların ıslahı için tedavi yöntemini öngörmektedir. Buna göre, sosyal olmayan suçlunun kanunlara uygun bir biçimde yaşamını sürdürebilmesi için tedavi edilmesi gerekmektedir. Tedavi ise, suçun işleniş şartları, suçlunun kişiliği, ıslah imkanları ve ahlâki ve psikolojik durumu, diğer bir deyişle bireysel sorumluluk duygusu ve tehlikelilik hali göz önüne alınarak uygulanacaktır. Yargıç suçlunun durumuna göre, ceza veya emniyet tedbirlerinden birini seçebilmeli ve uygulayabilmelidir¹⁸⁷.

Görüldüğü gibi, Yeni Sosyal Savunma suç-ismadiyet-ceza şeklindeki klasik anlayışın yerine, suç-kişilik-tretman üçlüsünü önermektedir¹⁸⁸. Klasik Okulda yasal bir varsayım olan irade özgürlüğüne dayanan sorumluluk anlayışı, somut kişiliğin dikkate alınmasıyla belirlenecek bireysel sorumluluk temeline dayandırılmaktadır. Yine, suçun karşılığı olarak sadece cezaya değil, onun yanı sıra emniyet tedbirlerine de yer verilmektedir. Bu arada, cezalara da suçluları ıslah etme amacı verilmekte ve bu amaca ulaşabilmek için orijinal bir unsur olarak tedavi önerilmektedir¹⁸⁹. Böylelikle, suçun önlenmesi ve suçlunun yeniden topluma kazandırılmasıyla sosyal savunma nihai hedefine ulaşılmış olacaktır. Burada suçlunun ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması hareketi, kişinin bütün kaynaklarına eğilerek, onu kendisine güvenli hale getirmeyi ve kişisel sorumluluk duygusu kazandırmayı kapsamaktadır¹⁹⁰.

Yeni Sosyal Savunma Hareketi sayesinde bir çok ülkede, önceki yüzyıldan gelen ve günümüz toplumlarının şartlarını, gereksinimlerini ve beklentilerini karşılamayan ceza hukuku kurumlarının gözden geçirilmiştir¹⁹¹. Örneğin, Fransa'da 2 Şubat 1945 çıkarılan bir tüzükle, suçlu çocuklar için cezanın yerine eğitici önlemler alınmış, çocuk mahkemeleri kurulmuş, çocuklar için yenileştirilmiş özel yargılama yöntemleriyle birlikte yargıçların yanında çocuk uzmanlarının aldığı bir yargılama öngörülmüştür. Yine 1958'de, çağdaş suç ve ceza politikasından esinlenen yeni Fransız Ceza Yargılaması Kanunu kabul edilmiştir ki, bu kanunun cezaların infazına ilişkin V. kitabı bütünüyle sosyal savunma doktrininden etkilenmiştir¹⁹².

187 Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 52.

188 Toroslu, s. 374.

189 Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 52.

190 Ancel, (Bayraktar), s. 343.

191 Ancel, (Selçuk), s. 83.

192 Ancel, (Selçuk), s. 83.

SONUÇ

Ceza sorumluluğunun esası ve cezalandırmanın amacını açıklayan teorilerin ileri sürdüğü görüşler ana hatlarıyla şu şekilde ifade edilebilir: Mutlak adalet, toplumsal fayda ve karma teorilerden oluşan Klasik Okulda ceza sorumluluğunun esası, serbest iradedir (libr arbitr). Kişinin fiili iradesinin ürünüdür. Kişi hür iradesiyle, iyi ve kötüyü seçebilir. Bu nedenle, yetiştiği, içinde yaşadığı, iyiyi ve kötüyü öğrendiği ortamda, kötüyü seçen, kanunun suç olarak öngördüğü fiili işleyen kişi kusurludur. Kişiye bu hareketinin sonucu olarak, kusurluluğuyla orantılı ve adaletin sınırladığı toplumsal fayda gözetilerek o suç için önceden belirlenmiş ceza verilir.

Klasik Okula göre, ceza, suç işleme eğilimindekileri suç işlemekten alıko-yan bir tehdittir. Cezalandırma, suç işleyenlerin nasıl cezalandırıldığını gören suç işlememiş diğer kimseler üzerinde psikolojik etki yapılarak onların suç işle-mesi önlenmektedir (genel önleme). Cezalandırma, suçlular için işledikleri fena-lığın karşılığı olmanın yanı sıra, aynı zamanda onların ıslahını gerçekleştiren ve yeniden suç işleyerek topluma zarar vermeleri engelleyen bir araçtır (özel önle-me).

Pozitivist Okul, Klasik Okul gibi suç ve suçluyu soyut olarak ele almamak-ta, bizzat suçlu kişiliklerden hareket etmektedir. “Suçlu cezalandırılmadan önce her yönüyle tanınmalıdır”, ilkesi Pozitivist Okulun en belirgin özelliğini oluş-turmaktadır. Pozitivistlere göre, suçluların karakterleri, mizaçları, düşünce ve eğilimleri, bunlarla birlikte topluma zarar verme yetenekleri, toplumun güvenliği ve selameti için gösterdikleri tehlikelilik (temibilita) hali dikkate alınarak, önce hangi suçlu grubuna girdikleri belirlenmeli ve buna uygun bir yaptırım uygu-lanmalıdır¹⁹³.

Gözlem ve deney metodunu uygulayan Pozitivist Okul determinist olup ira-de serbestisini kabul etmez. Diğer deyişle Pozitivist Okul, ceza sorumluluğu için maddi ve manevi isnad edilebilmeyi arayan Klasik Okulun aksine, maddi isnat edilebilmekle yetinmekte, suçların “cürmi doymuşluk (işba) kanunu” çerçeve-sinde antropolojik, fizik ve sosyal sebeplerin etkisi ile işlendiğini ileri sürerek manevi (kusur) sorumluluğu reddetmektedirler. Pozitivistlere göre, sorumlulu-ğun esası toplumsal sorumluluğa dayanmaktadır. Buna göre, suçluların içinde yaşadıkları topluma zarar verdikleri için, kanuni, diğer ifadeyle sosyal sorumlu-lukları bulunmaktadır¹⁹⁴.

Pozitivist Okulda cezalandırmanın amacı toplumun savunulmasıdır. Bu a-macı gerçekleştirmek için suçlular hakkında, toplum için gösterdikleri tehlikeli-

¹⁹³ Vidal-Magnol, s. 41; Artuk, Ceza Hukukuna Giriş, s. 35.

¹⁹⁴ Kunter, s. 148; Taner, s. 50-51; Vidal-Magnol, s. 41; Dönmezer-Erman, C.: I, s. 82.

lik haline, sosyal çevreye uyum yeteneklerine, dahil oldukları suçlu grubuna ve işledikleri fiilin anti-sosyal karakterine uygun, her türlü manevi sorumluluk düşüncesinden bağımsız yaptırımlar uygulanmalıdır¹⁹⁵. Yaptırımlar ise, ceza yerine geçecek veya cezaya eşdeğer olacaktır¹⁹⁶.

Görüldüğü gibi, Klasik Okul ile Pozitivist Okul öncelikle *metod* bakımından farklılık göstermektedirler. Klasik Oku, suç, suçlu ve ceza kavramları hakkında akılcı yöntemi uygularken Pozitivist Okul ampirik yöntem, yani gözlem ve deney metoduna dayanmaktadır. *Sorumluluğun kaynağı* bakımından da iki okul birbirinden farklı düşünmektedir. Klasik teoriye göre ceza sorumluluğunun temelinde manevi sorumluluk vardır. Kişi hür iradesiyle seçtiğinden sorumludur düşüncesi baştan kabul edilmiştir. Buna karşın Pozitivist Okul, suçun iç ve dış güçlerin etkisiyle işlendiğini, bu nedenle irade serbestisinden söz edilemeyeceğini, suçluların toplum içinde yaşamaktan kaynaklanan sosyal sorumluluklarının bulunduğunu ileri sürmektedir. İki teori *cezalandırmanın amacı* hakkında da farklı düşünmektedir. Klasik okula göre kusurlulukla orantılı bir şekilde verilecek cezanın amacı, toplumsal faydayı ve adaleti gerçekleştirmektir. Pozitivist Okulda ise, her suçlu kategorisine göre ayrıca belirlenip uygulanacak yaptırımlarla toplumsal korumayı sağlamaktır¹⁹⁷.

Klasik ve Pozitivist teori tarafından savunulan görüşler arasında aracılık yapmaya çalışan Üçüncü Okul, kural olarak irade serbestisini kabul etmemektedir. Tecrübe ve gözlem metodunu uygulayan Üçüncü Okula göre suç; etkilenilebilir, yönü değiştirilebilir bir nedensellik sürecinde, istidat verici ve tayin edici (yöneltici) sebeplerin etkisiyle işlenmektedir. Burada istidat verici sebepler, sosyal etkenlerden oluşan tayin edici sebeplerin etkisi olmaksızın başlı başına suçu doğurmamaktadır.

Üçüncü Okul, her ne kadar kusur sorumluluğunu kabul etmediğini ifade etse de; sorumluluğun belirlenmesi için yaptığı sorumlu olan ve olmayan suçlular ayrımıyla, Klasik teorinin isnadiyete dayanan ceza sorumluluğunu dolaylı bir şekilde de olsa benimsemektedir. Zihni bakımdan sağlıklı ve normal bir irade ile, kısacası kusurlu bir iradeyle suç işleyen sorumlu suçluların cezalandırılması; normal bir iradeden yoksun bulunan sorumlu olmayan suçluların ise, pozitivistlerin tehlikeli suçlular için öngördüğü emniyet tedbirlerine tabi tutulması önerilmektedir. Üçüncü Okul, cezayı suçlulukla mücadelede gerekli görmekte; cezanın genel önleme, özel önleme ve işlenen kötülüğün kefareti çekirme gibi gayelerini benimsemekte ve cezanın bu yönüyle emniyet tedbirlerin-

¹⁹⁵ **Taner**, s. 50-51; **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 79; **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 35.

¹⁹⁶ **Taner**, s. 51.

¹⁹⁷ **Artuk**, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32, 46; **Taner**, s. 50-51; **Dönmezer-Erman**, C.: I, s. 88.

den ayrıldığını vurgulamaktadır.

Yeni Sosyal Savunma anlayışında ise, ceza sorumluluğu bireysel sorumluluk duygusuna dayandırılmaktadır. Bireysel sorumluluk duygusunun varlığı veya yokluğu somut kişiliğe göre belirlenmekte; diğer deyişle kişi objektif, somut bir araştırmanın konusu yapılmaktadır. Yaptığı hareketin kanun tarafından yasaklandığını ve bu nedenle ceza kovuşturmasına uğrayacağını bilen kişinin bireysel sorumluluk duygusu taşıdığı kabul edilmektedir. Belirtelim ki bu anlayışta bireysel sorumluluğun yoğunluğu, kişiye uygulanacak yaptırımın yönünü de belirlemektedir. Yeni Sosyal Savunma Hareketinde, suçun karşılığı ceza ve emniyet tedbirlerine yer verilmekte; cezaya ıslah amacı yüklenmektedir. Bu amaca ulaşabilmek için suçluların tedavisi önerilmektedir. Böylelikle Yeni Sosyal Savunma Hareketi somut kişilik dikkate alınarak uygulanacak ıslaha yönelik cezayla veya doğrudan emniyet tedbiri uygulamasıyla suçlunun ıslahını gerçekleştirip onu topluma kazandırarak sosyal savunmayı gerçekleştirmek istemektedir.

Günümüz ceza hukuklarında halen kusur sorumluluğu esasını savunan, cezaya genel ve özel önleme, yapılan kötülüğün karşılığını verme amacı yükleyen Klasik teorinin ilkeleri hakimdir¹⁹⁸. Buna karşın, emniyet tedbirlerini ceza hukukuna kazandıran, dikkatleri suçlu kişiliğe yönelten Pozitivist teorinin ceza hukuku bilimine katkısını küçümsememek gerekmektedir. Üçüncü Okul, klasik anlayışı değiştirebilecek esassı bir görüş ileri sürmeden her iki teoriyi bağdaştırmaya çalışmıştır. Klasik ve Pozitivist Okula göre kısa bir geçmişi bulunan Yeni Sosyal Savunma Hareketi insancıl çözümler önermiş, fakat etkisi sınırlı olmuştur¹⁹⁹.

Hemen belirtelim ki, teorileri birbirinden kesin hatlarla ayırmak mümkün görünmemekte ve yine her teorinin eleştirilebilir veya desteklenebilir yönleri bulunmaktadır²⁰⁰. Esasen ceza kanunlarında her teorinin etkisini görmek mümkündür. Gerçekten ceza kanunlarında, kusur sorumluluğu esası halen geçerli olsa da, ceza belirlenirken artık suç ve suçlu soyut bir şekilde ele alınmamakta; suçlu kişiliği değerlendirip cezaların bireyselleştirilmesini sağlayan yaş, akli durum ve tekrür gibi kurumlara yer verilmektedir. Bu kapsamda, tehlikeli suçlular için emniyet tedbirleri uygulamasına geçilmiş bulunmaktadır. Bugünün ceza hukukunda, suçluları hiçbir şekilde göz ardı etmeyen, aynı zamanda mağ-

¹⁹⁸ Aynı yönde bkz: **Dönmezer, Sulhi –Yenisey, Feridun**, Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, İstanbul, 2000, s. 54.

¹⁹⁹ Yeni Sosyal Savunma akımı, batı ülkelerindeki yasalar üzerinde reformist ve rasyonalize edici etkileri olmuştur. Bu ülkelerin ceza, yargılama ve infaz sistemleri, Yeni Sosyal Savunmanın ilkelerine yakınlaşma göstermişlerdir. Bkz: **Toroslu**, s. 375.

²⁰⁰ **Tümerkan**, s. 68-69.

durların haklarını da güvence altına alan ve toplumu suçta karşı korumayı hedefleyen cezai veya diğler nitelikteki değışik tedbirler araçlardan oluşan bir ceza siyaseti güdülmektedir. Böylelikle, ne sadece suçlu ön plana alınıp mağdur ihmal edilmekte ne de suçta önlemeye yönelik tedbirler unutulmaktadır.

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NA GÖRE ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

*Yrd.Doç.Dr. Cem BAYGIN**

I. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹ (FSEK.) esas itibariyle fikri yaratıcılığın ürünü olan eseri korur. Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden birine dahil olan her çeşit fikir ve sanat ürünüdür. İnsanın fikri yaratıcılığı sonucu ortaya çıkan hikaye, roman, şiir, piyes gibi edebi eserler, sözlü veya sözsüz besteler, resim, heykel gibi güzel sanat eserleri ile sinema eserleri fikri hakların konusunu oluşturmakta ve bunlara ilişkin haklar “eser üzerindeki haklar” olarak anılmaktadır. Bununla birlikte Kanun, sonuçta eser sayılabilecek bir fikri ürüne vücut vermeyen bazı çalışmaları da koruma altına almış ve bunları “eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar” (related rights) adı altında m.80-82 arasında düzenlemiştir.

Özellikle bir eseri yorumlayıp icra ederek onun değerini ortaya koyan, eseri belki de gerçek anlamda aleniyete kavuşturarak topluma mal olmasını sağlayan icracı sanatçıların ve eserin icrasını ilk defa ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalara kaydederek eserin toplumda yaygın şekilde dinlenip seyredilmesine imkan sağlayan fonogram yapımcılarının ve nihayet yaptıkları yayınlarla eseri ülke çapında, hatta sınır ötesinde tanıtan radyo-televizyon kuruluşlarının haklarının, fikri hukuk tarafından, verimin

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 5.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG.13.12.1951, Sa.7931), bu güne kadar üç kez tadilata uğramıştır. İlk defa 1.11.1983 tarih ve 2936 sayılı Kanun (RG.3.11.1983, Sa.18210), daha sonra 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun (RG.12.6.1995, Sa.22311) ve son olarak 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla (RG.3.3.2001, Sa.24355) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun bazı maddeleri değiştirilmiş ve Kanuna geçici maddeler ilave edilmiştir.

himayesi ilkesi² çerçevesinde korunması gerektiği kabul edilmektedir³. Ayrıca, bir sinema eserinin meydana gelmesine yaptığı organizasyon ve koyduğu sermaye ile yadsınamayacak bir katkıda bulunan film yapımcıları da -eser sahipleri ve icracı sanatçılardan ilgili mali hakları kullanma yetkisini devralmış olmak kaydıyla- korunmaktadır.

FSEK.'nunda önemli değişiklikler yapan 4630 sayılı Kanundan önce, özgün icralar, ses taşıyıcıları ve radyo-televizyon yayınları üzerindeki hakları ifade etmek üzere komşu haklar deyimi kullanılırken, yapılan değişiklikle birlikte bunların yanına sinema eserinin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının hakları da eklenmiş ve hepsini birden ifade etmek üzere eser sahibinin hakları ile "bağlantılı haklar" deyimi benimsenmiştir. Kanundaki tanıma göre, bağlantılı haklar, eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları ifade eder (FSEK.m.1B/b.j). Görüldüğü gibi bağlantılı haklar, komşu hakları da içeren bir üst kavram olarak düzenlenmiştir⁴.

FSEK.m.80, eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakları, "eser sahibinin haklarına komşu haklar" ve "filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının hakları" şeklinde ikiye ayırarak düzenlemiştir.

II. Komşu Haklar

1. Kavram

FSEK. -bir çok ülkenin kanunu gibi- "İcraçı Sanatçılar, Plak Yapımcıları ve Radyo Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi"⁵ne uygun olarak; eser sahibi sıfatını taşımayan bazı kişilerle bunların "eser" olmayan icralarını, bir icra ürünü olan sesleri ilk defa tespit eden fonogram

2 Verimin himaye ilkesi, evvelce var olan bir esere bağlı olarak harcanan emeğin korunması gereğini ifade eder (Duygun YARSUVAT, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul 1984, sh.92; Nüşin AYİTER, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1982, sh.72).

3 Şafak N. EREL, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998, sh.163; Ahmet ÇİFTÇİ, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukunda Fikri Hakların Gelişimi ve Yeni Boyutları, Türk Hukuk Dünyası, Ekim 2000, Y.1, Sa.2, sh.40,41.

4 K. Emre GÖKYAYLA, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001, sh.185.

5 26.10.1961'de imzalanan Roma Sözleşmesini, Türkiye, 7.7.1995 tarih ve 4116 sayılı Kanunla (RG.12.7.1995, Sa.22341) kabul etmiştir.

yapımcılarının üretimlerini ve radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlarını hukuken koruma gereğini duymuştur. Buradaki koruma konuları eser olarak nitelendirilemese de gerek eserin tanınıp yayılmasında gerekse kültürel hayatın gelişiminde icracı sanatçıların kişisel yetenekleri, fonogram yapımcılarının koydukları sermaye ve harcadıkları emek ile yayın kuruluşlarının kurdukları organizasyonun katkısı göz ardı edilemez. Gerçekten bir beste onu söyleyecek şarkıcı, bir senfoni onu seslendirecek orkestra, eseri yorumlayacak şef, bir tiyatro oyunu onu yönetecek yönetmen ve oynayacak aktris ve aktörler bulunmadan kamuya sunulamayacağı gibi, icrayı ve sesleri ilk defa tespit eden ses taşıyıcısı yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşları olmasa, bu eserler geniş halk kitlelerine ulaşamaz. Son iki grubun durumu daha da ilgi çekicidir. Çünkü, son iki grup içine girenler “fikir ve sanat eserleri”nin ne yaratıcısı ne de icracısıdır. Ancak bunlar da eser sahibi gibi veya ona benzer şekilde korunmaz, korsan yayınlar altında ezilirlerse, bunların ürettikleri plakları, kasetleri, CD’leri herkes dileği gibi çoğaltıp satışa sunarsa veya kamuya açık yerlerde dinletirse, radyo-televizyon yayınlarını istediği gibi kullanırsa bu alanlara kimse yatırım yapmaz. Bu ilgisizlikten, hem eser sahibi ve icracılar hem de ulusal ve uluslararası kültür zarar görür⁶.

Anılan gruplara dahil kişiler, eser sahibine yakınlıkları dolayısıyla; komşu hak sahipleri ve onlara tanınan haklar da, eser sahibinin haklarıyla yakın bağları bulunması sebebiyle, komşu haklar (neighbouring rights; verwandte Schutzrechte) olarak adlandırılır⁷. Komşu hak kavramı ve buna ilişkin pozitif düzenleme, ilk kez, 7.6.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla FSEK.m.80-82 hükümlerinde yapılan değişiklik sonucu hukukumuzda girmiştir. Söz konusu hükümler 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla tadil edilerek bu konuda daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. FSEK.m.80/f.1 hükmüne göre, “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo- televizyon kuruluşlarının eser sahibine komşu hakları vardır”.

İlgililere tanınan komşu haklar, özgün icraların, fonogramların (ses taşıyıcı materyallerin) ve radyo-televizyon yayınlarının üzerindedir. Yani

⁶ Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul-1999, sh.254,255.

⁷ Ayşe Saadet ARIKAN, Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye, İBD., C.70, Haziran 1996, Sa.2, sh.167 vd..

hakların konusu, “özgün icra”, “fonogramlar” ve “radyo-televizyon yayını”dır. Komşu hak sahipleri ise, (1) icracı sanatçılar (2) bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ve (3) radyo-televizyon kuruluşlarıdır.

2. Komşu Hak Sahipleri ve Haklarının Kapsamı

a-) İcracı Sanatçılar

aa. İcracı Sanatçı Kavramı

FSEK.m.80/f.1 hükmü, bir fikir ve sanat eserini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden kişileri icracı sanatçı⁸ olarak nitelendirmektedir⁹. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği¹⁰'nin 4b maddesinde, icracı sanatçılar, sanat eserleri ile folklor eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler, dansçılar vb. diğer kişilerdir, şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda icracı sanatçılar, piyano, keman, viyola, flüt, davul, saz, mandolin gibi müzik aletlerini çalanlar; şarkıcılar; sahne oyuncular; dansçılar; orkestra şefleri; tonmeisterler; tiyatro yönetmenleri; sinema ve tiyatro dekorcuları, şiir ve hikaye okuyanlar gibi eserin özgün biçimde icrasında katkı ve rol sahibi olan kimselerdir¹¹.

Eser sahibi ile icracı sanatçı arasındaki fark, birincinin bir eser meydana getirmesi, ikincisinin ise varolan bir eseri seslendirmesi, sahnelemesi, oynaması, okuması yani yorumlamasıdır. İcracı da yorumu ile yaratıcı olduğundan sanatçıdır. Bu nedenle, sadece tekniği uygulayanlar, mesela ışıkçılar, ses düzenini kurup çalıştıranlar, kostümcüler, bir haberi aktaran spikerler icracı sanatçı sayılmazlar.

İcracı sanatçı kendisine ait olmayan bir eseri icra ve temsil ederek, o

⁸ Genel halk dilinde kullanılmayan bu kavram, ilk kez 1908 yılında Alman hukuk çevresinde ortaya çıkmış ve sonraki otuz yılda fikri hukuk doktrininde hakim kavram haline gelmiştir (Hans-Ulrich SCHOCH, Die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler, der Ton und Tonbildtraegerhersteller und der Sendeunternehmen im schweizerischem Recht, Zürich 1994, sh.68, dn.254).

⁹ URG. Art.33/Abs.1'e göre, icracı sanatçılar, bir eseri icra eden veya bir eserin icrasına sanatsal olarak katkıda bulunan gerçek kişilerdir. Karş. UrhG. Art.73.

¹⁰ RG.16.11.1997, Sa.32172.

¹¹ TEKİNALP, age., sh.256.

esere ruh ve anlam kazandırmaktadır. Bu bakımdan icracı sanatçı gerçekte eser sahibi ile eserden yararlanacak kişiler arasında bir tür aracılık görevi yapmakta¹² ve sarf ettiği fikri çalışma ile eserin yaratılmasına değil, fakat yayılmasına hizmet etmektedir. Ortaya konulan icra sanatsal açıdan ne kadar büyük bir değer taşırsa taşırsın, icracının faaliyeti gerçekte eser sahibinin duygu ve düşüncelerini ifadede bir vasıta olmaktan ibarettir; yapılan fikri çalışma başkasına ait bir eserin umuma nakledilmesi ile sınırlıdır. Bazı hallerde, eser, icracı sanatçının kimliği ile özdeşleşebilir ve eser sahibinden çok icracının adıyla anılabilir. Buna rağmen ne icrayı eser saymak, ne de icracıyı eser sahibi kabul etmek mümkündür. Ancak aynı eserin değişik sanatçılar tarafından icrasının dinleyici veya seyirciler üzerinde farklı etkiler yaratması, özgün bir icranın eserden ayrı ve hukuken korunmaya değer bir fikri emek ürünü olduğunu kanıtlar¹³.

Şayet eserin sahibi yarattığı eseri yine kendisi icra ediyorsa, mesela bir besteci kendi eserini seslendiriyorsa, o takdirde eser sahibi sıfatıyla zaten korunduğu için icracı sanatçı olarak ayrıca korunmaya ihtiyacı yoktur. Bu nedenle icracı sanatçıların haklarının korunmasından söz edildiğinde, daha ziyade eser sahibi dışındaki icracıların korunması kastedilmektedir¹⁴.

bb. İcracı Sanatçıların Hakları

i. Mali Haklar

İcracı sanatçılar, eser sahibi gibi icraları üzerinde mutlak haklara sahiptir¹⁵. Söz konusu haklar İsviçre doktrininde “mutlak yasaklama hakları” olarak nitelendirilir (URG. Art.33). Bu hakların icracı sanatçılara tanınmasında kanun koyucunun esas düşüncesi, onların sanatsal faaliyetlerinin ekonomik sonuçlarının korunmasıdır. Yasaklama hakları bir

12 Yarg. 7. CD.'nin 5.5.1988 T., E.20198/K.5637 sayılı kararına göre, “icracı sanatçı; kendisinin olmayan bir eseri, eserin sahibi tarafından yaratılmış şekliyle ve fakat kendi sanatçı becerisi ile başkalarına aktarır. Diğer bir deyişle, eser sahibi ile eserden yararlanacaklar arasında bir aracıdır” (YKD., C.14, Temmuz 1988, Sa.7, sh.1006-1008).

13 EREL, age., sh.165,166; Halil ARSLANLI, Fikri Hukuk Dersleri II (Fikir ve Sanat Eserleri), İstanbul 1954, sh.49 vd.; AYİTER, age., sh.75; GÖKYAYLA, age., sh.187; Mustafa Erdem CAN, Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Fikri Haklar, AÜHFD., C.48, Ankara 1999, Sa.1-4, sh.321 vd.; Mehmet KILIÇ, İcracı Sanatçılar ve Hakları, TBBD., Sa.1998/2, Y.11, sh.600.

14 AYİTER, age., sh.75. SCHOCH, eser sahibi ile icracı sanatçının aynı kişiler olması halinde hakların yarışmasından söz etmektedir (SCHOCH, sh.72).

15 SCHOCH, sh.4.

şahsiyet hakkı değil, mali hak niteliğindedir¹⁶. Bu hakların mali niteliği dolayısıyla, sözleşme ile üçüncü kişilere devredilmesi ve MK.'un miras hükümleri uyarınca mirasçılara geçmesi mümkündür¹⁷.

Mali haklar, icracı sanatçıya icrasından ekonomik yönden yararlanma olanağını ve bunun şeklini tayin etme imkanını veren ve ona icrasından üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeden mutlak haklardır. FSEK.m.80/A b.2'ye göre, "bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir". Bu çerçevede, icracı sanatçının, icrasının işaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarına tespit edilmesi¹⁸, tespit edilmiş olan icranın çoğaltılmış nüshalarının piyasada satılması, dağıtılması, kiralanması¹⁹ ve kamuya ödünç verilmesi²⁰ için izin alınmış olması gerekir. Örneğin, bir sanatçının söylediği şarkıların ses bandına kaydedilmesi ve bu ses bandından çoğaltma suretiyle elde edilen kasetlerin satılması ya da kiralanması hakkında karar verme yetkisi o icracı sanatçıya aittir. Ayrıca, canlı icranın, yapıldığı yerden dışarıya telli-telsiz her türlü araçla nakledilmesi veya icracının izniyle doldurulan plak, kaset, CD vb.nin veya

¹⁶ SCHOCH, sh.69.

¹⁷ SCHOCH, sh.70.

¹⁸ İcracı sanatçılar açısından, icralarının ilk tespiti komşu hakkın verdiği diğer yetkilerin kullanılabilmesi açısından son derece önemlidir. İlk tespit işitsel nitelikte plak, kaset, CD gibi bir fonogram üzerine olabileceği gibi, sadece görsel niteliği olan veya sesle birlikte görsel niteliği bulunan bir kayıt da olabilir. Örneğin video kaseti veya VCD gibi (ARIKAN, agm., sh.182).

¹⁹ Kiralama, tespit edilen icranın çoğaltılmış nüshalarının doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ve ticari bir menfaat sağlanması için, belirli bir süre bir diğer şahsın kullanımına hazır tutulmasıdır. Örneğin, video kasetlerinin video cihazı bulunan kişilere birkaç gece veya bir hafta için kiraya verilmesi gibi (bkz. Cüneyt YÜKSEL, Fikri Mülkiyet Hukukunda Kiralama ve Ödünç Verme Hakları, İÜHFD., Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan, C.LV, Sa.4, İstanbul 1997, sh.256 vd.; Mehmet ÖZCAN, Avrupa Birliğinde Fikri ve Smai Haklar, Ankara 1999, sh.167 vd.).

²⁰ Madde metninde her ne kadar salt ödünç vermekten söz edilse de, hükmün FSEK.m.23/f.2 ve 80/B b.1 ile birlikte değerlendirilmesi suretiyle kastedilenin kamuya ödünç verme hakkı olduğu sonucuna varılabilir. Kamuya ödünç verme, tespit edilen icranın çoğaltılmış nüshalarının belirli bir süre için, doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir ekonomik veya ticari menfaat gütmeyen kamuya açık kurumlar tarafından kamunun yararlanmasına amade tutulmasını ifade eder.

filme alınmış temsillerin radyo-televizyon vb. aracılığıyla yayınlanması veya bu tespit vasıtalarından yararlanılarak umumi yerlerde çalınıp, gösterilmesi de icracı sanatçının iznine bağlıdır. İcranın, işaret, ses ve/veya görüntü tekrarına yarayan vasıtalarla tespitine ve bunların yayımına izin verilmiş olması, bu vasıtalarla yapılacak bir dolaylı temsile de izin verildiği anlamına gelmez.

“İcracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir” (FSEK.m.80/A b.4). Yasa koyucu teknolojik gelişmelerin hızlığı karşısında bu şekliyle muğlak sayılabilecek bir düzenlemeyi tercih etmek zorunda kalmıştır. Gerçekten, günümüzde internet teknolojisinin gelişmesi ile birlikte umuma iletim kavramı da değişik boyutlar kazanmıştır. Öyle ki, icracı sanatçının icra etmiş olduğu eser, dijital teknoloji ile, alışlagelmiş umuma iletim türlerinin dışında yayılabilmektedir. Dijital hale getirilen icralar web sayfalarına yerleştirilerek internette yayınlanmaktadır. Bu tür yayınlarda, söz konusu web sayfasının adresini bilen kişiler zaman ve mekan farkının etkisinde olmaksızın icraya ulaşabilmekte, onu dinleyebilmekte, izleyebilmekte ve hatta kopyalama suretiyle çoğaltabilmektedir. Bir icra ürünü olan sesler web sayfasına yerleştirildikten sonra, teknik alt yapının müsait olması şartı ile, birden fazla kişinin kendi seçtikleri mekanlardan (evlerindeki, iş yerlerindeki veya internet kafelerdeki bilgisayarlardan) istedikleri anda icraya ulaşması mümkün olabilmektedir. Ayrıca, sesli ve/veya görüntülü icraların kredi kartları ile online ödemeler vasıtasıyla alıcının bilgisayarına kopyalanması veya bilgisayara yüklenmeksizin izlenilmesi ve/veya dinlenilmesi suretiyle icradan yararlanmak da mümkün hale gelmiştir. Bu gelişmeler karşısında, 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, dijital ortamlarda gerçekleşen iletimler ile teknolojik gelişmeler sonucu gelecekte ortaya çıkabilecek diğer umuma iletim şekilleri bakımından icracı sanatçıların fikri hakları güvence altına alınmıştır.

Nihayet, icracı sanatçı, yurt içinde henüz satışa çıkarılmayan veya başka yollarla dağıtılmayan tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına da sahiptir (FSEK.m.80/A b.3). Fikri hukuk doktrininde benimsenen ilkeye göre, eser sahibinin (ve/veya icracı sanatçının) yayma hakkını kullanması sonucu eserin (icranın) çoğaltılmış

nüshaları tedavüle çıkarılmış ve üçüncü şahıslar bu nüshalar üzerinde mülkiyet hakkı iktisap etmişlerse, eser sahibinin (ve/veya icracının) kiralama ve kamuya ödünç verme hakları saklı kalmak kaydıyla, söz konusu nüshaların tekrar yayımı serbest hale gelir. Örneğin, Fatih Kısaparmak'ın "Portakal Çiçeğim" isimli müzik albümü bir dinleyici tarafından satın alındıktan sonra, bu kasetin, eser sahibi (ve icracı sanatçının) manevi hakları ihlal edilmemek şartıyla, istenilen yer, zaman ve fiyat üzerinden tekrar satılması, bağışlanması veya kişisel çevreye ödünç verilmesi mümkündür. Alman Hukukunda "tükenme ilkesi" olarak adlandırılan bu esas, FESK.m.23/f.2 c.3'de şu şekilde hükme bağlanmıştır: "Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez". Bu hüküm, Türk hukuku bakımından tükenme ilkesinin ülkesel (territorial) nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır²¹. Yani, çoğaltılmış nüshaların ilk rızai satışı hangi ülkede yapılmış ise, söz konusu nüshalara ilişkin yayma hakkı sadece o ülke bakımından tükenir ve nüshaların tedavülü o ülke sınırları içinde serbestleşir. Bu itibarla, eser sahibinin (ve/veya icracı sanatçının) izniyle eser (icra) nüshalarının yurt dışında satışa sunulmuş olması, kaynak ülke olan Türkiye'de de satış hakkının tükenmesi sonucunu doğurmaz, Türkiye'de ilk satış yapılmamışsa, ilk satış tekeli devam eder²². Kanaatimizce, FSEK.m.80/A b.3 hükmü tükenme ilkesinin ülkeselliği esasını icracı sanatçının yayma hakkı bakımından tekrar etmektedir. Bu bağlamda icracı

21 Avrupa Birliği'ne dahil devletler, bölgesel (regional) tükenme ilkesini kabul etmişlerdir. Böylece icracı sanatçı, tespit edilen icranın çoğaltılmış nüshalarının üye devletlerden birinde piyasaya sürülmesine izin verirse, daha sonra bu nüshaların topluluğa üye bir başka devlete ithaline ve orada tekrar satımına engel olamaz. Avrupa Birliğinde telif haklarının tükenmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Gül OKUTAN, (G. TEKİNALP / Ü. TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, sh.687 vd.; ÖZCAN, age., sh.132 vd..

22 TEKİNALP, age., sh.180,181; Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, sh.21 vd.; Ülkesel tükenme ilkesi, ithalatçı ve tüketicilere nazaran fikri hak sahiplerinin menfaatlerine hizmet eden bir sistem öngörür. Bu sistemin eleştirisi için bkz. Haluk İNANICI, İlim ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları, İBD., C.73, Sa.4, Aralık 1999, sh.988 vd.; Gül OKUTAN, Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non-Tariff Barrier to International Trade?, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, XXX, No.46, March 1996, sh.126 vd..

sanatçı veya onun izniyle bir başkası tarafından ilk defa yurt dışında piyasaya sürülmüş nüshaların icracının izni olmaksızın ithal edilip Türkiye'de satışa sunulması (paralel ithalat), fikri haklara tecavüz teşkil edecektir²³. Ancak icracı sanatçı tarafından yurt içinde piyasaya sunulan çoğaltılmış nüshaların, onun izniyle başka bir ülkeye ihraç edilmesinden sonra, aynı nüshaların üçüncü kişiler tarafından tekrar Türkiye'ye ithal edilmesi (geri ithalat) caizdir.

ii. Mali Hakların Kullanımı

Eser tek bir sanatçı tarafından icra edilmişse, eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla, bu icranın tespiti, çoğaltılması, çoğaltılan nüshaların satışı veya kiralanması ya da icranın işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması için onun yazılı izni gerekir. Eserin icrası birden fazla şahsın sanatsal faaliyetiyle gerçekleştirilmişse, bu kişiler komşu haklara birlikte sahip olurlar²⁴. İcra sanatçıların haklarının kullanımı konusunda içlerinden birini yetkili kılmadıkça, -kural olarak- birlikte hareket etmek zorundadırlar. İcra sanatçılarından biri, birlikte yapılacak bir işleme haklı bir sebep olmaksızın izin vermezse, diğerlerinin talebi üzerine bu izin mahkemece verilebilir²⁵.

İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise, yalnız yönetmenin izni yeterlidir (FSEK.m.80/A b.6). Şayet icra, bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmenin ifası kapsamında gerçekleştirilmişse, müteşebbisin de izninin alınması gereklidir (FSEK.m.80/A b.7). İcra sanatçı icrayı çoğu kez bir sözleşme ilişkisine bağlı olarak yapar. Örneğin bir ses sanatçısının gazinoda, aktris veya aktörlerin tiyatrodaki, balerin veya baletin bale topluluğunda müteşebbis ile aralarındaki sözleşme gereğince eseri icra etmeleri halinde durum

²³ Patent veya markadan doğan hakların tükenmesine ilişkin benzer düzenlemeler için bkz. Feyzan Hayal ŞEHİRALI, Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, sh.97 vd.; Şaziye YURTSEVER, Patentin Hukuki Korunması ve İlgili Mevzuat, Ankara 1999, sh.30; Sabih ARKAN, Marka Hakkının Tüketilmesi, Pof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1999, sh.203 vd.; TEKİNALP, a.g.e., sh.416 vd.; Hamdi PINAR, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh.855 vd.; Fahrettin KAYHAN, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR., Y.1, C.1, Sa.2001/1, sh.52 vd..

²⁴ Bkz. URG. Art.34/Abs.1.

²⁵ Bkz. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği m.11; ayrıca karş. FSEK.m.9 ve 10.

böyledir²⁶. Şu halde, Maksim’de çalışan ünlü bir ses sanatçısının adı geçen gazinoda yaptığı icraların ses ve/veya görüntü tekrarına imkan veren vasıtalara tespit edilmesi veya işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla canlı olarak umuma iletilmesi için, icracı sanatçının yanı sıra gazino sahibinin de izni gerekir.

Şefin ve keza müteşebbisin izin verme yetkisi doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Topluluğa dahil sanatçılar -kural olarak- şefin tasarruflarına karşı koyamazlar. Ancak icranın tespit ve yayını FSEK.m.80/A b.1’de öngörülen manevi haklarına tecavüz teşkil ediyorsa, o takdirde kendilerine bu tespit ve yayını men edebilme ve tazminat isteyebilme yetkisi tanınmıştır²⁷.

İcra bazen, doğrudan doğruya tespit ve çoğaltma amacıyla yapılır. Bu halde, icracı sanatçı veya sanatçılar icranın yapılacağı stüdyoya gider ve icra, dinleyicilerin veya seyircilerin huzurunda değil, tespiti yapacak teknik kişilerin nezaretinde gerçekleştirilir. Daha sonra -sözleşme hükümleri çerçevesinde- tespit çoğaltılır ve ticaret mevkiine konulur. Eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla icrayı tespit ettirme hakkı icracı sanatçıya aittir. Burada ses sanatçısıyla müzik stüdyosu arasındaki sözleşmeyi, fikri hakların devri sözleşmesi ile karıştırmamak gerekir. İcra sanatçı ile müzik stüdyosu arasındaki ilişki yerine göre, istisna veya vekalet sözleşmesi niteliğindedir²⁸. FSEK.m.80/A b.5’e göre, icracı sanatçılar, icraları üzerindeki haklarını, uygun bir bedel karşılığında sözleşmeyle bir yapımcıya devredebilirler. Bu bağlamda, icracı sanatçı, icrası üzerindeki komşu haklarını söz konusu tespiti yapan müzik şirketine uygun bir bedel karşılığında devir de edebilir. Komşu hakların devri ile eser sahibine ait fikri hakların devri arasında bir fark yoktur. Fikri haklarda olduğu gibi, komşu hakların devrinde de, hangi hakların devredildiği veya hangi haklardan yararlanma yetkisinin tanındığı açıkça belirtilmelidir. Ses sanatçısının yapımcıyla yaptığı anlaşma yazılı olmalı, miktar itibarıyla ne kadar ses taşıyıcısı çoğaltılacağı veya anlaşmanın geçerli olacağı süre sözleşmede

26 TEKİNALP, age., sh.263.

27 EREL, age., sh.171; AYİTER, age., sh.79.

28 GÖKYAYLA, age., sh.188. Bu sözleşme ile icracı sanatçı, karşı tarafa ödeyeceği ücret mukabilinde icrasını kendi adına ve hesabına tespit ettirip çoğalttırmaktadır. “Eser (veya icra) çoğalttırma sözleşmesi” olarak adlandırılan bu sözleşme için bkz. TEKİNALP, age., sh.250.

belirtilmelidir²⁹.

iii. Manevi Haklar

Manevi haklar, icracı sanatçının icrası ile olan kişisel bağlarını ifade eden haklardır. Mali haklar, icracı sanatçının malvarlıksal menfaatlerini koruyucu yetkiler içerirken, manevi haklar sanatçının kişiliğine ilişkin menfaatleri korumayı amaçlar. İcracı sanatçının kişisel menfaatleri, ünü ve itibarı ile ilgilidir. “İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler” (FSEK.m.80/A b.1). Kanuna göre, icracı sanatçıların manevi hakları, “icranın sahibi olarak tanıtılmayı isteme hakkı” ve “icranın bozulmasını önleme hakkı”dır³⁰.

- İcranın sahibi olarak tanıtılmayı isteme hakkı:

Bir fikir ve sanat eserini özgün bir biçimde icra eden her sanatçı, adının, icrası ile birlikte belirtilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak eserin icrasına katılan bütün sanatçılar için söz konusudur. Şöyle ki, bir tiyatro veya musiki eserinin icrasında baş rol oyuncular ya da solist ile birlikte, yardımcı rollerdeki oyuncular ya da orkestranın zil sanatçısının da icraya ilişkin olarak adlarının belirtilmesini isteme hakları vardır. Ancak uygulamanın zorunlu kıldığı koşulların gerçekleştiği durumlarda bu haktan yararlanacak icracıların çevresi sınırlandırılmaktadır. Örneğin, geniş bir kadro ile bir musiki eserini seslendiren orkestra üyelerinin ya da eseri yorumlayan koro sanatçıların veya geniş kadrolu bir tiyatro oyununa katılan sanatçıların adlarının tek tek sayılması, özellikle radyo-tv yayınlarında, yayın tekniği ve zaman sınırları bakımından güçlük arz etmektedir³¹. Bu gibi hallerde, koro ve orkestralarda şef ve solistler, tiyatro gruplarında şeflik yapan veya başrol oynayan aktris ve aktörler vb.nin isimlerinin belirtilmesi yeterlidir.

İcracı sanatçıların icralarının tespit edildiği işaret, ses ve/veya görüntü tekrarına yarayan vasıtalarda adlarının belirtilmesi istemi de, icranın sahibi olarak tanıtılmayı isteme hakkı kapsamında değerlendirilir. Örneğin, ilim ve edebiyat eserleri ile musiki eserlerinde, eser sahibinin yanı sıra, icracı

²⁹ GÖKYAYLA, age., sh.189; TEKİNALP, age., sh.261.

³⁰ SCHOCH, sh.69,70.

³¹ Akın BEŞİROĞLU, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*, Ankara 1999, sh.158,159.

sanatçıların adları da plak, kaset, CD vb. üzerinde belirtilmelidir. Sinema eserlerinde ise, icracı sanatçıların adları filmin jeneriğinde yer almalıdır. Hemen ifade edelim ki, icracı sanatçı adını tam olarak açıklamak zorunda da değildir; kısaltma, rumuz, takma ad (müstear ad) kullanabileceği gibi, icrasını adsız olarak da kamuya sunabilir.

- İcranın bozulmasını önleme hakkı:

İcracı sanatçılar, icranın gerek tespiti ve gerekse yayınlanması sırasında sanatçı onur ve saygınlığını zedeleyebilecek şekilde değiştirilmesi ya da bozulmasını önleme hakkına sahiptir³². Kuşkusuz, sanatçıların kişilik haklarını ilgilendiren bu manevi hakka saygı göstermek, icrayı tespit eden müteşebbisler ile onu yayınlayan radyo-televizyon kuruluşları için bir zorunluluktur³³. Her tespit müteşebbisi, örneğin plak, kaset yapımcıları ve yayın kuruluşları, sanatçının icrasının, tahrif edilmeden en iyi şekilde tespit edilmesi ve yayınlanması için gerekli özeni göstermek zorundadır. Zira bu özen, topluma sunulacak olan tespit ve yayının başarısı için de önemli bir koşuldur³⁴.

İcracı sanatçıların FSEK.m.80/A b.1'de zikredilen manevi hakları başkalarına devredilemez ve bu hakları kullanmaktan sözleşme ile feragat edilemez.

iv. Eser Sahibi ile İcracı Sanatçının Hakları Arasındaki İlişki

FSEK.m.80'de icracı sanatçıların "eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla" icranın tespiti, çoğaltılması, yayımlanması, temsili gibi komşu hakları bulunduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde eserin çoğaltma, yayma, temsil ve radyo-tv ile yayın hakları eser sahibine ait olduğuna göre komşu hak sahibi ile eser sahibinin hakları birbiriyle çatışmaktadır. Zira sanatçının icrasının çoğaltılması, yayımlanması, temsili vs. zorunlu olarak eserin de çoğaltılması, yayımlanması veya temsili sonucunu doğurmaktadır.

Öncelikle şunu ifade edelim ki, icracı sanatçının icrası üzerinde komşu haklara sahip olabilmesi için icranın eser sahibinin yazılı izniyle yapılmış olması gerekir. Bir eseri sahibinin izniyle yorumlayan icracı sanatçı

³² Karş. UrhG. Art.83/Abs.1.

³³ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 6. maddesi gereğince "icracı sanatçının icra ettiği eser üzerindeki icradan doğan hakları herhangi bir şekilde sanatçının topluma yansıyan kişiliğini zedeleyecek biçimde kullanılamaz".

³⁴ BEŞİROĞLU, age., sh.159.

ifadesini, eseri, eser sahibinden ilgili mali hakları devraldıktan (FSEK.m.48/f.1) veya bir ruhsatla ilgili mali hakları kullanma yetkisini kazandıktan (FSEK.m.48/f.2) sonra yorumlayan icracı sanatçı olarak anlamak gerekir³⁵. Buradaki sorun şudur: İcracı sanatçı eser sahibinden sadece eserin doğrudan temsili için izin almış olsa bile, kendi icrası üzerindeki hakları sebebiyle, eserin ses taşıyıcı materyaller aracılığıyla umuma açık yerlerde dolaylı temsili ya da icrasının umuma arz edilmek üzere yapıldığı yerden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli gibi konularda da yetkili kılınmış olmaktadır? Aynı olasılıkta, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarına tespit edilen icranın çoğaltılması ve çoğaltılmış nüshaların eser sahibinin izni olmaksızın piyasada tedavüle konulması mümkün müdür? Bu sorunu şu örnekle ortaya koyabiliriz: FSEK.'na göre, bir fikir ve sanat eserinin işaret, ses ve/veya görüntü tekrarına imkan veren materyaller aracılığıyla umumi yerlerde temsili için eser sahibinin izni gerekir. Eser sahibinin dolaylı temsil hakkına ilişkin bu kuralın yanı sıra, 80. madde komşu haklar bakımından aynı hakkı icracı sanatçının münhasır yetkisinde sayıyor. Şu halde eserin bizzat eser sahibi tarafından değil de, bir icracı sanatçı tarafından temsil edildiği durumlarda, tespit edilen böyle bir icranın ses taşıyıcı materyaller aracılığıyla umuma açık yerlerde temsili için kimden izin alınacaktır? Yahut tespit edilmiş icrayı radyo veya televizyonda yayınlamak isteyen kuruluşlar eser sahibinden mi, yoksa icracı sanatçıdan mı izin alacaklardır? Hatta bu noktada, söz konusu icrayı ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarının hakları da devreye giriyor. Acaba onlardan da izin almak gerekir mi³⁶?

Kanaatimizce, icracı sanatçı, kendi icrası üzerinde mutlak hak sahibidir ve bu hakkı aslen iktisap etmiştir. Mutlak hakkın kazanılması aslen olmakla beraber, icracının mutlak hakkını kişisel çevresi dışında kullanması eser sahibinin iznine bağlıdır. Ancak izin ve dolayısıyla bağlılık karşılıklıdır; yani eser sahibi de icradan ancak icracının izniyle yararlanabilir. O itibarla, eser sahibi ve icracı sanatçıdan her biri sahip oldukları mutlak hakları birbirlerine karşı ileri sürebilir ve biri diğerinin hakkından onun izni olmadan yararlanamaz. Eser sahibinin hakları ile icracı sanatçıya ait komşu hakların bağdaştırılması noktasında şu ilkeler geçerli olmalıdır:

³⁵ Gürsel ÜSTÜN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz, İBD., C.75, Mart 2001, Sa.1, sh.172 vd..

³⁶ Bkz. Şafak N. EREL, [Tartışmalar], FİSAUM Konferanslar Dizisi -I-, FSEK'de Yapılan Son Değişiklikler ve Komşu Haklar, Ankara 1998, sh.36.

Birinci ilke; icracı sanatçının icrası izne bağlıdır. İcracı sanatçının komşu hakkı, eser sahibinin izninden, yani ilgili mali hakkını icracı sanatçıya devretmesinden veya verilen ruhsattan kaynaklanır ve komşu hak, devir işleminin veya ruhsatın kapsam ve içeriği ile sınırlıdır. İcra izni ile çoğu kez devredilen veya lisans verilen hak; temsil ve/veya radyo-televizyon vb. ile yayın hakkıdır. İcranın tespiti, çoğaltılması, yayımı ve kiralınması hakları izinde ayrıca ve açıkça zikredilmelidir. Global izin FSEK.m.52 hükmü karşısında çok sınırlı sonuçlar doğurur³⁷.

İkinci ilke, ilgili mali hakların devrinden sonra eser sahibinin icra üzerinde hiçbir hakkının bulunmadığı, icranın münhasıran icracı sanatçıya ait olduğudur³⁸.

Üçüncü ilke ise, icranın tespit edilerek çoğaltılması ve herhangi bir şekilde yayımı hususunda icracıya bir hak devrinin veya ruhsat verilmesinin söz konusu olmadığı hallerde, bu konularda eser sahibi ile komşu hak sahibi icracı sanatçının birlikte izin vermeleri gereğidir. Örneğin, bestekar (A), güftesi ve bestesi kendisine ait olan bir şarkıyı, gazinolarda, genel ve özel konserlerde söyleme hakkını (B)'ye tanımışsa, burada (B), kendisine sadece doğrudan doğruya temsil yetkisi verildiği ve bu yetki dahi belirli yerlerle sınırlandırıldığı için söz konusu şarkıyı radyo ve TV de söyleyemez; bir halk konserinden TV aracılığıyla canlı yayın yapılmasına izin veremez. Ayrıca icrasını plak, ses bandı, CD vb.ne kaydettirerek, bunları ticaret mevkiine koyamaz veya bu gibi hakları bir yapımcıya da tanıyamaz. Çünkü bu haklar, yani radyo-tv vb. ile yayın (FSEK.m.25), çoğaltma (FSEK.m.22) ve yayma (FSEK.m.23) hakları kendisine devredilmemiştir. Buna karşılık (A) da, (B)'nin icrasının kayda alınması ya da radyo-tv vb. ile yayınlanması hakkını (B)'nin izni olmadan başkasına devredemez. Çünkü (A)'nın hakkı, eseri yani güfte ve bestesi üzerindedir. Bu olasılıkta bir yapımcı (B)'nin icrasını ses bandına veya CD'ye almak istiyorsa, hem (A)'dan hem de (B)'den izin almalıdır. Meğer ki, (A) bu hakları sözleşme ile (B)'ye devretmiş olsun ya da sözleşmede aksi öngörülmüş bulunsun³⁹.

Sonuç olarak, icracı sanatçıya salt eserin temsili hususunda izin vermiş olan eser sahibinin, bu icranın iktisaden değerlendirilmesine yarayacak tüm mali hakları da icracıya devrettiği veya ona bu konuda ruhsat verdiği kabul

³⁷ TEKİNALP, age., sh.258.

³⁸ TEKİNALP, age., sh.258.

³⁹ TEKİNALP, age., sh.259.

edilemez⁴⁰. Aksi görüşün kabulü, komşu hak sahibinin m.80 ile kendisine tanınan hakları, eser sahibinin mali haklarına zarar vermemek kaydıyla kullanabileceğini belirten yasal düzenlemeye ters düşer.

Eser sahibi ile icracı sanatçının hakları birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı mevcuttur. Bu sebeple icra edilen eseri kullanmak isteyen üçüncü kişiler, sadece icracının iznine değil, eser sahibinin iznine de ihtiyaç duyar⁴¹.

cc. Koruma Süresi

FSEK.m.82/f.5'e göre, "icracı sanatçıların hakları, icranın ilk tespitinin yapıldığı tarihten başlayarak, 70 yıl devam eder. İcra tespit edilmemiş ise bu süre icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar". FSEK.m.26'ya göre, aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği yıldan sonraki senenin ilk gününden, eser sahibinin ölümünden itibaren işleyen süreler ise eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden yılın ilk gününden itibaren hesap olunur. Eserlere ilişkin bu hüküm, icralar hakkında da kıyas yoluyla uygulanmalı ve m.82/f.5'de öngörülen 70 yıllık sürelerin, icranın ilk tespitinin yapıldığı veya icranın ilk aleniyet kazandığı seneyi takip eden yılın ilk gününden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁴².

b-) Fonogram Yapımcıları

aa. Fonogram Yapımcısı Kavramı

Komşu hak sahiplerinin ikinci kategorisini fonogram yapımcıları teşkil etmektedir. Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin ya da ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcılarına fonogram denir (FSEK.m.1/B b.f). Fonogram yapımcısı ise, bir icra ürünü olan sesleri veya sair sesleri ilk defa tespit eden gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.

Yapımcı, bir icra ürünü olan seslerin veya sair seslerin sonradan tekrar edilebilmesini ve ticari alanda dolaşımını sağlayan plak, kaset, CD vb araçlara ilk tespitini yapan kişidir. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar

⁴⁰ Aksi görüş için bkz. Şafak N. EREL, [Komşu Haklar ve Sahipleri], FİSAUM Konferanslar Dizisi -I-, FSEK'de Yapılan Son Değişiklikler ve Komşu Haklar, Ankara 1998, sh.61.

⁴¹ SCHOCH, sh.71.

⁴² Roma Sözleşmesi'nin 14. maddesi de, bu sözleşmeye göre tanınacak koruma süresinin; tespit edilmiş icralar için tespit yılının, tespit edilmeyen icralar için icranın yapıldığı yılın sonundan itibaren işlemeye başlayacağını açıkça ifade etmiştir.

Yönetmeliği'nin 4c maddesinde, fonogram yapımcıları, sözlü ya da sözsüz tüm seslerin ilk tespitini yapan ve bu durumun hukuksal sorumluluğunu üstlenen kişi olarak tanımlanmıştır.

bb. Fonogram Yapımcılarının Hakları

Yapımcıların hakları, icracının ve bazen de eser sahibinin iznine bağlı, sınırlı ancak aslen iktisap olunan mutlak haklardır. Yapımcı bu haklarını, eser sahibi ile icracı dahil, herkese karşı ileri sürebilir⁴³.

FSEK.m.80/B hükmüne göre, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahip olurlar:

- Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakkı,
- Tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hakkı,
- Yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkı,
- İcraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme veya yasaklama hakkı.

Fonogram yapımcısının söz konusu haklara sahip olabilmesi için, icranın tespiti, tespitin çoğaltılması, çoğaltma suretiyle elde edilen tespit vasıtalarının satışı, kiralanması vs. hususlarda icracı sanatçının yazılı iznini almış olması gerekir. İcra üzerindeki hakları icracı sanatçıdan, şeften ve müteşebbisten yazılı izin ile devralan yapımcı FSEK.m.80/B de belirtilen hakların münhasır sahibi olur. Ancak eser sahibinin icracı sanatçıya salt eserin icrası konusunda izin verdiği durumlarda, bu izin icranın tespiti, tespitin çoğaltılması, yayımı, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan

⁴³ TEKİNALP, age., sh.264.

araçlarla umuma iletimi vs. yetkileri kapsamayacağından, onun da yazılı izninin alınması gereklidir⁴⁴. Kanaatimizce, eser sahibinin icracı sanatçıya sadece eserin icra ve temsili için izin vermiş olması, bundan sonraki aşamalarda icracı sanatçının veya onun izniyle fonogram yapımcısının eserin icrası üzerinde yapacakları bütün tasarruflara da izin verildiği anlamına gelmez.

Bazı hallerde eserin eser sahibinden ayrı bir icracısı yoktur; yani eser sahibi ile icracı aynı kişidir. Şöyle ki, bir roman yazarı veya şair eserini bizzat kendisi kayıt cihazına okursa veya bir müzisyen, güftesi ve bestesi kendisine ait bir şarkıyı seslendirirse eserin aynı zamanda icracısı olur⁴⁵. Örneğin, Thomas Mann'ın, "Torio Kröger" isimli romanını ya da Ahmet Selçuk İlkan'ın "Sen Vurdun da Ben Ölmedim mi?" isimli şiirini plağa kendilerinin okuması veya Barış Manço'nun "Kol Düğmeleri" isimli şarkısını kendisinin söylemesi böyledir. Bu hallerde icranın tespiti, çoğaltılması, yayımı vs. için aynı zamanda eser sahibi sıfatını haiz olan icracı sanatçıdan izin alınması yeterlidir. Bunun yanı sıra icracı sanatçı, koruma süresi sona ermiş bir eseri icra ediyorsa, söz konusu icranın tespiti, çoğaltılması, yayımı ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi hakları münhasıran icracı sanatçıya ait olup, bu nitelikte bir icrayı tespit ederek ses taşıyıcıları vasıtasıyla ticaret mevkiine koyacak fonogram yapımcısının sadece icracıdan izin alması yeterli olacaktır⁴⁶. Örneğin, şef Cem Mansur yönetimindeki X senfoni orkestrası Brahms'ın eserlerini seslendiriyorsa, icraya ilişkin bütün mali haklar münhasıran orkestraya ait olur ve gerekli izin orkestra şefi tarafından verilir.

Ayrıca koruma süresi dolmuş eserlerin icrası ile bir eserin icrası niteliğinde olmayan seslerin ilk defa tespitinde, icra veya fonogramlar üzerindeki mali hakların ilgililer tarafından "tüm mali hakları devrettim" şeklindeki bir yazılı sözleşme ile devredilebileceğine ilişkin görüşe⁴⁷ katılmıyoruz. Çünkü FSEK.m.52'de mali haklara dair sözleşmelerin yazılı olması ve sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. İcra sanatçıların devrettikleri veya kullanımına ilişkin ruhsat verdikleri haklar da mali haklardır. FSEK.m.52 hükmü, "eser üzerindeki

44 ÜSTÜN, agm., sh.173,174; BEŞİROĞLU, age., sh.170,171; ayrıca bkz. CAN, agm., sh.328 ve (97) no'lu dn..

45 TEKİNALP, age., sh.266.

46 TEKİNALP, age., sh.260.

47 ÜSTÜN, agm., sh.174.

mali haklara dair sözleşmeler”den değil, “mali haklara dair” sözleşmelerden bahsetmektedir. Bu nedenle m.52'nin yazılı şekil dışında devredilecek hakların da ayrı ayrı gösterilmesini emreden düzenlemesi, komşu hak sahiplerinin mali hakları hakkında da uygulanmalıdır.

Şunu da belirtelim ki, fonogram yapımcıları, koruma süresi dolmuş icraları ve eser niteliği taşımayan sesleri (örneğin kuş veya dalga sesleri gibi) serbestçe tespit edip, çoğaltma ve yayma imkanına sahiptirler. Bu takdirde de korunan husus, yapımcıların bu ürünleri tespit ve çoğaltmada kullandığı ses taşıyıcısı materyallerdir. FSEK.m.80/B ile paralellik arz eden FSEK.m.84'e göre, bir işareti, resmi veya sesleri, bunları tekrara yarayan bir vasıta üzerine tespit eden veya ticari maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, söz konusu işaretin, resmin veya seslerin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını ve yayımlanmasını men edebilir. Ancak bu gibi sesler, yapımcının ürettiği ses taşıyıcılarından faydalanmamak kaydıyla, herkes tarafından serbestçe tespit edilip, çoğaltılabilir ve yayımlanabilir⁴⁸.

cc. Fonogramların Umuma Açık Yerlerde Kullanılması Sorunu

Bir müzik eseri CD'sinin veya kasetinin otel lobilerinde, jimnastik salonlarında, barlarda, diskolarda, düğün salonlarında çalınması; görüntülü video kasetlerinin restoran, kahvehane gibi umuma açık yerlerde gösterilmesi olağan ve yaygındır. Bu umuma açık yerleri işletenler, çalınan müzik parçaları veya gösterime konulan video kasetleri sebebiyle ya ek bir kazanç sağlamakta ya da buralarda kullanılan ses ve/veya görüntü taşıyıcıları -diskolarda olduğu gibi- işletmenin vazgeçilmez araçları niteliğini taşımaktadır. Hiç şüphe yok ki, bu tür kullanımlar için eser sahibinden ve/veya bağlantılı hak sahiplerinden izin alınması zorunludur. Zira eserin, işaret, ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalarla tespitine ve bunların yayımına izin verilmiş olması, bu vasıtalarla yapılacak bir dolaylı temsile de izin verildiği anlamına gelmez. FSEK.m.41/f.1'e göre, fikir ve sanat eserlerinin kaydedildiği işaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarının, girişi ücretli veya ücretsiz olsun, ticari amaç güden umuma açık yerlerde kullanılabilmesi için söz konusu taşıyıcıların özel şekilde işaretlenmiş (bandrollenmiş) olması gerekir. İşaret, ses ve görüntü taşıyıcılarına kaydedilen çoğaltılmış eser nüshalarının umuma açık yerlerde kullanılmak üzere bandrollenmesi, eser sahibinin (ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin)

⁴⁸ EREL, age., sh.177.

bunların umumi mahallerde dolaylı temsil için kullanılmasına izin verdiğini gösterir. FSEK.m.41/f.2'ye göre, söz konusu “bandroller, kullanıcı ile eser sahibi veya ilgili eser sahipleri meslek birliği arasında (dolaylı) temsil izni veren sözleşme yapıldıktan ve bandrol bedeli ödendikten sonra Kültür Bakanlığı veya ilgili meslek birliklerince verilir”. Anılan 2. fıkra hükmünün, aralarında fonogram yapımcılarının da yer aldığı bağlantılı hak sahiplerinden bahsetmemiş olması, bu hususta onların iznine ihtiyaç bulunmadığı anlamına gelmez. Zira, FSEK.m.41/f.2 hükmü, icracı sanatçı ve fonogram yapımcılarına FSEK.m.80'de tanınan haklar ile birlikte değerlendirildiğinde, bir CD'de yer alan bestenin sahibi kadar, bestenin icracısının ve bu icrayı ilk defa tespit eden fonogram yapımcısının da bu çerçevede korunduğu anlaşılır⁴⁹.

Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe⁵⁰ göre, üzerinde umumi mahallerde kullanıma ilişkin bandrolleri haiz işaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcıları karşılığında ödenecek bedel, söz konusu mahallerin özelliğine göre eser ve hak sahipleri ve/veya üye oldukları meslek birlikleri arasında yapılacak bir protokol ile belirlenir. Bakanlığa bildirilmesi zorunlu olan bu protokolde, elde edilecek gelirlerin hak sahipleri arasında paylaşım usul ve esasları da yer alır. Ayrıca bandrollenecek taşıyıcıların ekinde, eser ve taşıyıcı materyaller üzerinde hak sahibi olanlarca (ircacı sanatçı ve/veya fonogram yapımcısı tarafından) düzenlenmiş ve bu materyallerin umumi mahallerde kullanılabilmesine ilişkin bir izin belgesi de bulunur. Söz konusu izin belgesi, FSEK.'nin 41. maddesinde öngörülen sözleşme yerine geçer (Yön. m.7/f.2). Yönetmeliğin bu düzenlemesi, eserleri ses taşıyıcıları vasıtasıyla umumi mahallerde kullanmak isteyen kişilerin tek tek eser sahibi veya hak sahipleri ile sözleşme yapmalarının pratik açıdan güçlük doğurması karşısında, uygulama kolaylığı sağlamak maksadıyla kabul edilmiştir.

FSEK.m.41/f.3'e göre, “işaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarının, umumi mahallerde kullanımına ilişkin bandrolleri taşımaması, mali haklara tecavüz durumunu oluşturur”⁵¹.

⁴⁹ Bu konuda bkz. TEKİNALP, age., sh.196 vd., 261 vd.; ayrıca karş. EREL, age., sh.176.

⁵⁰ RG. 8.10.2001, Sa.24577.

⁵¹ Umumi mahallerde bandrol kullanımına ilişkin yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği mülki idare amirleri tarafından illerde oluşturulacak Denetim Komisyonlarınca izlenir. Umumi mahallerde kullanıma imkan veren bandrolleri taşımayan fonogramların bu gibi yerlerde kullanılması halinde, eser sahipleri, bağlantılı

dd. Koruma Süresi

FSEK.m.82/f.6'ya göre, fonogram yapımcılarının hakları, ilk tespitin yapıldığı tarihten başlayarak 70 yıl devam eder.

c-) Radyo ve Televizyon Kuruluşları

aa. Radyo-Televizyon Kuruluşu Kavramı

Radyo-televizyon kuruluşları da komşu hak sahibidir. 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin 1993 tarih ve 3913 sayılı Kanunla⁵² tadil edilmesinden önce, Türkiye'de radyo ve televizyon istasyonlarının ancak devlet tarafından kurulabileceği ve idarelerinin tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenleneceği hükme bağlanmıştı. Söz konusu tadilden sonra, radyo ve televizyon istasyonları kurulması ve işletilmesinin kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğu kabul edilmiş, ardından da 1994 tarih ve 3984 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun"⁵³ yürürlüğe konmuştur.

Günümüzde, bir kamu tüzel kişisi niteliğindeki TRT kurumundan başka, 3984 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde kurulan bir çok özel radyo-televizyon kuruluşu mevcuttur⁵⁴. 3984 sayılı Kanunun 29. maddesine göre, özel radyo-televizyon kuruluşları sadece anonim şirket olarak kurulabilir ve aynı şirket ancak bir radyo ve bir televizyon işletmesinin sahibi olabilir.

bb. Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının Hakları

Burada komşu hakkın konusu radyo veya televizyon ile yapılan "yayın"dır. Radyo ve televizyon kuruluşları, yayınları üzerinde, bağımsız ve aslen iktisap edilmiş bulunan bir mutlak hak sahibidirler.

Teknik açıdan, radyo yayını, elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, kalıcı olmayan ses

hak sahipleri veya diğer hak sahiplerinin komisyona başvurması üzerine veya komisyonun resen talebi ile zabıta harekete geçerek bandrolsüz şekilde umumi mahallerde kullanılan fonogramları ve diğer delilleri toplayarak, toplanan delilleri Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusu ile birlikte sevk eder (Yön. m.7/f.4, m.9/f.1; FSEK.m.81/f.5).

⁵² RG. 10.7.1993, Sa.21633.

⁵³ RG. 20.4.1994, Sa.21911.

⁵⁴ Bu radyo-televizyon kuruluşlarının faaliyetlerini düzenleme görevi, 3984 sayılı Kanunla özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olan Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna (RTÜK) verilmiştir (m.5).

yayınlarıdır. Televizyon yayını ise, elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, hareketli veya sabit görüntülerin sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayınıdır (3984 s. K.m.3 b, c). Radyo-televizyon kuruluşları yayınlarını radyo ve televizyon vericileri vasıtası ile yaparlar. Radyo televizyon vericileri, radyo televizyon yayınlarının doğrudan izlenebilmesine imkan sağlayan yeryüzünde ve uzaydaki, hareketli veya sabit her türlü verici, aktarıcı, yansıtıcı ve güçlendirici cihaz ve sistemleri ifade eder.

Uydu yayını, radyo televizyon programlarının yetkili yayıncı veya hizmeti temin edecek kişi veya kuruluş tarafından şifreli veya şifresiz olarak uzayda sinyal alabilen herhangi bir araç vasıtasıyla yapılan ilk yayınıdır⁵⁵. Uydu yayını üç ayrı usulle gerçekleştirilebilir. Birincisi, bir yer istasyonundan yayınları uyduya gönderip sonra bu yayınları ülkenin belirli yerlerine yerleştirilen yansıtıcılar vasıtasıyla evlere dağıtmaktır. Türkiye'de en yaygın olan sistem budur. İkincisi, bir yayın istasyonundan uyduya gönderilen yayınları çanak antenler vasıtasıyla doğrudan doğruya almaktır. Üçüncü usul ise, uydudan gelen yayınları bir dağıtım merkezinden kablo aracılığıyla TV alıcılarına göndermektir⁵⁶. Yayının, kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortam üzerinden halkın alması maksadıyla abonelere ulaştırıldığı bu yayın türüne, kablolu radyo televizyon yayını denir. Kablolu yayında ilgili yayın kuruluşu, en son filmler, spor karşılaşmaları, özel eğlence programlarından oluşan program paketlerini uzaydaki bir iletişim uydusuna gönderir ve söz konusu yayınlar bu uydudan kablo operatörleri tarafından alınarak izlemek isteyen kişilere belli bir ücret karşılığında kablolar vasıtasıyla iletilir. Kablo ve doğrudan uydu aracılığıyla yapılan yayınlar da komşu hakların konusunu teşkil eder. Ancak kablolu yayınlarda, yayın kuruluşu tarafından yapılan yayının kablo ile transferini sağlamaktan

⁵⁵ Dünyanın küre biçiminde olması ve elektromanyetik dalgaların havada düz bir çizgi halinde hareket etmeleri nedeniyle söz konusu dalgalar belli mesafelere kadar ulaşmakta ve o noktadan sonra boşlukta kaybolmaktadır. İşte bu nedenle, elektromanyetik dalgaları belirli mesafelerde toplayıp bir başka aktarıcı istasyona gönderen istasyonlar kullanılmış, ancak radyo-televizyon yayınlarının bu suretle uzak mesafelere ulaştırılabilmesi için sayısız istasyona ihtiyaç duyulması karşısında, uzaya bütün bu sinyalleri toplayıp yeryüzüne aktaracak bir aktarıcı istasyon yerleştirilmesi yoluna başvurulmuştur. Bu yöntemde yayın, uzaya fırlatılıp orada sabit bir yörüngede kalan uydular aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve böylece yapılan yayınların çok geniş bir izleyici kitlesine ulaştırılabilmesi olanağı elde edilmektedir (Şermin TEKİNALP, Elektronik Kitle İletişim ve Değişim, İstanbul 1990, sh.41 vd.).

⁵⁶ Ş. TEKİNALP, age., sh.47.

başka bir işlevi olmayan kablo operatörlerinin (dağıtıcıların) komşu haklarından söz edilemez⁵⁷.

FSEK.m.80/C'ye göre, radyo-televizyon kuruluşları yayınlarının tespit edilmesine, bu tespitlerin çoğaltılmasına, telli-telsiz her türlü araçla yeniden yayınlanmasına ve girişi ücrete tabi yerlerde gösterilmesine izin vermek veya yasaklamak haklarına sahiptir⁵⁸.

FSEK.m.80/C'de öngörülen "yayın" kavramı geniş anlam taşır. Yayın, eser ya da bir eserin icrası niteliği taşıyan veya taşımayan her türlü programı ifade eder. O halde yayın, eğlence, spor, söyleşi, açık oturum vb. de olduğu gibi, eser veya eserin icrası niteliğinden tamamen yoksun bir program da olabilir⁵⁹. Radyo-televizyon kuruluşlarının, eser veya bir eserin icrası niteliğinde olup koruma süresi de dolmamış olan fikri ürünleri yayınlarında kullanabilmeleri için ilgili mali hakları –öncelikle eser sahibinden (ve yerine göre icracı sanatçı ya da fonogram yapımcısından)- FSEK.m.48 ve 52 hükümleri uyarınca devralmış olmaları gerekmektedir. 4630 sayılı Kanunla tadil edilen FSEK.m.43 hükmü de, radyo televizyon kuruluşlarının yayınlarında kullanacakları fikir ve sanat eserleri için, eser sahipleri ve/veya komşu hak sahipleri ya da bunların üye oldukları meslek birlikleri ile 52. maddeye uygun bir sözleşme yaparak izin almaları ve bu kullanımlarına karşılık eser ve/veya komşu hak sahiplerine ya da bunların üye oldukları meslek birliğine ödeme yapmaları gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁶⁰.

FSEK.m.43/f.2 hükmü, sahne eserleri dışında kalan fikir ve sanat eserlerini yayınlarında kullanacak radyo-televizyon kuruluşlarının eser sahipleri ve/veya eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri veya bunların üye

⁵⁷ ARIKAN, agm., sh.182.

⁵⁸ Buna paralel olarak, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 32. maddesi gereğince, TRT tarafından yapılan yayınların, kurumun yazılı izni alınmadan, telli veya telsiz olarak tekrar yayınlanması, ücretli veya ücretsiz olarak tedavüle çıkarılmak üzere bütünüyle veya kısmen tespit olunması, çoğaltılması ve girişi ücrete tabi olan yerlerde halka gösterilmesi yasaktır. TRT, bu yasaklara aykırı davranan kişilere karşı maddi ve manevi tazminat davası açabileceği gibi, FSEK.'nunda öngörülen hukuki ve cezai korumadan da yararlanır (anılan Kanun için bkz. RG. 14.11.1983, Sa.18221, 2. mükerrer).

⁵⁹ TEKİNALP, age., sh.267; Bazı yazarlara göre, radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınları üzerinde komşu hak sahibi olabilmesi için yayınlarında bir fikir ve sanat eserine ve/veya bunun icra veya temsiline yer vermeleri gereklidir (CAN, agm., sh.331,332).

⁶⁰ "Eserlerin kullanımına ilişkin usul ve esaslar, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile ilgili meslek birliklerinin görüşü alınmak suretiyle Kültür Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir" (FSEK.m.43/f.3).

oldukları meslek birlikleri ile bir toplu sözleşme yaparak izin almalarına imkan getirmiştir. FSEK.m.43/f.3 çerçevesinde çıkarılan Fikir ve Sanat Eserlerinin Radyo ve Televizyon Yayınlarında Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe⁶¹ göre, yayın kuruluşları tarafından eserlerin ve/veya fonogramların kullanılmasına ilişkin olarak topluca yapılacak sözleşmelerde, ilgili meslek birlikleri ve yayın kuruluşları aralarında kendilerini temsil edecek, sözleşme görüşmelerini yürütecek ve imzalayacak bir “Temsilci Heyeti” oluştururlar. Ancak Temsilci Heyetinin oluşturulamaması halinde, ilgili meslek birlikleri veya hak sahipleri, FSEK.m.52’de öngörülen şekilde ve aynı kanunun değişik 25 ve 80. maddeleri kapsamında eserlerin kullanımına ilişkin münferit sözleşmeler yaparlar. Her iki durumda da sözleşme görüşmelerinin başlatılabilmesi için yayın kuruluşlarının ilgili alan meslek birliklerine başvuruda bulunması ve bu başvuruyu Kültür Bakanlığı’na bildirmesi gerekir. Müzik eserleri gibi sık kullanılan eserlerin kullanımına ilişkin sözleşmeler söz konusu olduğunda; sözleşme yapmak amacıyla ilgili alan meslek birliklerine başvuruda bulunan ve bu başvuruyu Bakanlığa bildiren yayın kuruluşları eser ve/veya fonogramları yayınlarında kullanabilirler. Sözleşmeler imzalandıktan sonra; sözleşme ile tespit edilen ödemeler, bu süreçte fonogramları kullanmış olan yayın kuruluşları tarafından hak sahiplerine, sözleşme görüşmelerinin başlatıldığı yılın 1 Ocak tarihinden geçerli olacak şekilde ve yasal faiziyle birlikte yapılır (Yön. m.6). Yönetmelikte öngörülen prosedürün uygulanmasına rağmen yayın kuruluşları ile ilgili alan meslek birlikleri arasında sözleşme yapılamaması halinde anlaşmazlık Kültür Bakanlığı bünyesinde oluşturulan “Hak İdareleri Uzlaştırma Kurulu”⁶² tarafından çözümlenir. Kurulca alınan kararlar dahilinde öngörülen şekilde ödemeleri yapan yayın kuruluşları, kararların geçerli olduğu süre içinde başka herhangi bir izin almalarına gerek kalmaksızın eserleri kullanabilirler (Yön. m.7). Kanaatimizce, idari nitelikteki bu düzenleme ile radyo-televizyon kuruluşlarına musiki eserleri bakımından bir zorunlu ruhsat⁶³ tanınmıştır.

Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, yukarıda belirtilen prosedürün uygulanması neticesinde yapılan sözleşmeler veya alınan

⁶¹ RG.15.9.2001, Sa.24524.

⁶² Yedi kişiden oluşan Kurulun başkanı Kültür Bakanındır (Yön. m.7/f.2).

⁶³ Zorunlu ruhsat (compulsory licence), fikri emek ürünlerinden yararlanacak kişilere, hak sahiplerinden önceden izin almaksızın, toplu bir ücret ödemek koşulu ile ürünlerden yararlanma olanağı sağlanmasıdır (BEŞİROĞLU, age., sh.175).

kararlar doğrultusunda tespit edilen ödemeleri yapmayan veya iyi niyet kaidelerine aykırı olarak prosedürü uygulamayıp 5846 sayılı Kanun kapsamında korunan eserleri kullanmaya devam eden yayın kuruluşları hakkında, 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 33. maddesi hükümleri gereğince, RTÜK tarafından uyarma veya yayını durdurma yaptırımları uygulanır.

Bir radyo- televizyon kuruluşunun bir tüzel kişi olarak komşu hak sahipliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: (1) Bu kuruluş eser meydana getirmek üzere bir veya birden fazla kişiyi istihdam edip, yaratılan eseri - mali hak sahibi sıfatıyla- yayınlarında temsil edebilir. Şöyle ki, radyo- televizyon kuruluşları yayının teknik açıdan yürütülebilmesi için gerekli teknik personel dışında, bir fikir ve sanat eseri niteliği taşıyan ürünleri meydana getirmek maksadıyla çeşitli sanatçıları vs. kişileri de istihdam edebilir. Bu takdirde meydana getirilen eserin sahibi onun yaratıcısı veya yaratıcıları olmakla beraber onların eser sahipliği sınırlıdır ve sadece manevi haklara inhisar eder. Eser üzerindeki manevi haklar eser sahibinde saklı kalmak kaydıyla, mali haklar onu istihdam eden, çalıştıran kuruluşa yani radyo-televizyon kuruluşuna ait olup hak sahibi kuruluş tarafından kullanılır. Örneğin, TRT'nin organizasyonu ile meydana getirilen Kurtuluş filminin yayını böyledir. (2) Asıl eser sahibinden eserin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi hususundaki mali hakkı devir alıp eseri yayınlatabilir. (3) Bir icracı sanatçı ile yaptığı sözleşme sonucu icrayı bizzat tespit ederek yayınlatabilir. Örneğin, Kanal D'nin Tarkan tarafından verilen özel konseri tespit ederek Şeker Bayramı gecesi yayınlaması (4) Bir fonogram veya film yapımcısı ile sözleşme yaparak, eseri ya da icrayı onun yaptığı tespitten faydalanmak suretiyle yayınlatabilir⁶⁴. (5) Ayrıca komşu hakların konusu olan yayının bir esere veya eserin icrasına ilişkin olması şart değildir. Bu itibarla, futbol maçı vb. spor karşılaşmalarının ya da bir güzellik yarışmasının canlı yayını; ünlü bir lisenin tarihinin, bir sanatçının hayatının, "Cumhuriyetin ilanı" gibi bir olayın ses ve görüntü ile anlatıldığı yayını; açık oturumlar, sanat ve spor söyleşileri, "en zayıf halka", "çarkı felek", gibi bilgi ve bulmacaya yönelik, ödüllü veya hediyeli programların canlı veya banttan yayını vs. de FSEK.m.80/C kapsamında korunan yayınlardır⁶⁵.

⁶⁴ EREL, agc., sh.179,180; CAN, agm., sh.331.

⁶⁵ Spor karşılaşmalarının (özellikle futbol maçlarının) canlı veya banttan yayınlarının sinema eserlerine ilişkin hükümler kapsamında korunmasının daha isabetli olacağı

Radyo-televizyon kuruluşunun yazılı izni olmadıkça, hiçbir kişi veya kuruluş, yapılan yayınların tamamını veya bir kısmını çoğaltamaz, telli-telsiz herhangi bir araçla yeniden yayımlayamaz veya girişi ücrete tabi yerlerde gösterime sunamaz. Ancak radyo-televizyon programlarının yayınlama ve kâr amacı güdülmeksizin kişisel kullanım amacıyla tespit edilip çoğaltılması (kayda alınması) mümkündür (FSEK.m.38/f.1; 80/f.8 b.2). Örneğin, herkes bir televizyon yayını kendisi için video banda alabilir, daha sonra bandı tek başına veya ailesi ile birlikte seyredebilir; evine gelip giden dostlarına izlettirebilir, fakat bu video bandı, girişi ücrete tabi olan yerlerde veya kahvehane gibi umuma açık mahallerde gösteremez. Bu konuda kanunun ifadesi oldukça dardır. Kanunda yer alan “girişi ücrete tabi” ibaresini, “bir menfaat sağlayacak tarzda” diye anlamak doğru olur. Gerçekten de bir radyo-televizyon kuruluşunun yayını video banda alıp daha sonra bunu bir menfaat aracı olarak kullanmak (örneğin, kahvehane veya otel müşterilerine göstermek veya dinletmek) yayın kuruluşunun komşu haklarını ihlal eder⁶⁶. Ayrıca yetkili bir radyo-televizyon kuruluşu tarafından yayınlanan radyo-televizyon programlarının bir bölümünün veya tamamının izin alınmaksızın diğer kişi veya kuruluşlarca aynı anda veya daha sonra umuma iletilmesi de ilgili yayın kuruluşunun komşu haklarını ihlal eder.

cc. Koruma Süresi

Radyo-televizyon kuruluşlarının hakları, pfoqramın ilk yayınlandığı tarihten başlayarak 70 yıl devam eder.

III. Film Yapımcılarının Hakları

FSEK.'nin 4630 sayılı Kanunla değişik 80. maddesi, Avrupa Birliği'nin 92/100 EEC sayılı Direktifi doğrultusunda⁶⁷, film yapımcılarını da eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri arasına almıştır (FSEK.m.80/f.2). Yeni düzenlemeye göre, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçılardan mali

hakkında bkz. Gürsel ÜSTÜN, Yargısal Uygulamada Fikri Haklar, İBD., C.73, Aralık 1999, Sa.4, sh.959 vd..

⁶⁶ TEKİNALP, age., sh.268.

⁶⁷ Avrupa Topluluğu Mevzuatı'na göre, komşu hak sahipleri arasında, sinema eserlerinin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları da yer almaktadır. Buradan hareketle Avrupa Topluluk Komisyonu, Türkiye'nin mevzuata uyumu çerçevesinde, belirtilen bu hakkı film yapımcısına vermesini talep etmekte idi (bu konu hakkında bkz. ARIKAN, agm., sh.181 ve 192; Ahmet KILIÇOĞLU, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler ve Eleştirisi, FİSAUM Konferanslar Dizisi -I-, Ankara 1998, sh.5).

hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahip olur:

- Eser sahibi ve icracı sanatçıların izni ile yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakkı,
- Tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hakkı,
- Yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış film tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkı,
- Film tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme veya yasaklama hakkı münhasıran film yapımcısına aittir.

Ayrıca, sinema eserinin birlikte sahipleri filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıya mali haklarını devrettikten sonra, sözleşmede aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemezler.

Bir film yapımcısının yukarıda belirtilen haklara sahip olabilmesi için sinema eseri sahiplerinden, film müziğini icra eden sanatçılardan veya film müziğinde kullanılan fonogramların yapımcılarından FSEK.m.52 hükmüne uygun şekilde gerekli mali hakları devralmış veya lisans sözleşmesi yoluyla bu hakları kullanma yetkisini kazanmış olması gerekir. FSEK.m.8/f.2 hükmüne göre, bir sinema eserinin birlikte sahipleri, yönetmen (rejisör), özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarından oluşmakta, canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde⁶⁸ ise bunların yanına animatör de katılmaktadır. Dolayısıyla, film yapımcısının, FSEK.m.80 hükmünün film yapımcıları ile ilgili 2. fıkrasında belirtilen mali haklardan yararlanabilmesi için, öncelikle yukarıda adı geçen sinema eseri sahiplerinden anılan fıkradaki mali hakları FSEK.m.52 ve 48/f.3 hükümlerine uygun olarak devralmış olması lazımdır⁶⁹. Kanaatimizce, eser

68 Çizgi filmler.

69 ÜSTÜN, agm., sh.177,178.

sahipleri ile film yapımcısı arasında yapılan sözleşmede, devir işlemine konu olan mali hakların tek tek gösterilmesi gerekir⁷⁰. Zira, bir sinema eserinin yapımcısı ancak eser sahipleri ile yapacağı sözleşme çerçevesinde mali hakları kullanabilir (FSEK.m.18/f.3). Ayrıca FSEK.m.80 hükmünün 2. fıkrasında, film yapımcısının icracı sanatçılardan da mali hakları devralmış olması aranmaktadır. Buradaki icracı sanatçılardan kasıt, sinema eseri içeriğindeki müzik eserini icra eden sanatçılar ile filmde başrol veya yardımcı rollerde oynayarak sinema eserini icra eden aktör ve aktrislerdir⁷¹. Bu çerçevede, film yapımcısının, FSEK.m.80 hükmünün 2. fıkrasındaki haklardan yararlanabilmesi için –sinema eseri sahiplerinden alacağı izinlerin yanı sıra- sinema eserinin içeriğinde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan müzik eserlerini icra eden sanatçılar ile filmde başrol veya yardımcı oyuncu rolünde oynayan sanatçılardan izin alması gerekmektedir. Filmin içeriğindeki müzik eseri, doğrudan doğruya temsil suretiyle değil de, daha önce üzerine tespit edildiği bir ses taşıyıcısı aracılığıyla kullanılmışsa, eser sahibinin ve icracının izniyle söz konusu icrayı ilk defa tespit etmiş olan fonogram yapımcısından da izin alınmış olması gerekir. FSEK.m.52 ve FSEK.m.80/f.7 gereğince, eser sahipleri ile komşu hak sahiplerinin verdikleri izinlerin yazılı olması zorunludur.

Uygulamada sinema eserlerinin meydana getirilmesi büyük mali kaynaklar gerektiğinden filmin çekilebilmesi için gerekli giderleri finanse edecek bir yapımcıya (prodüktöre) ihtiyaç duyulur. Yapımcı da sinema eseri üzerindeki ekonomik menfaatlerini güvence altına almak için sinema eserini yaratacak veya teknik ve artistik katkılarda bulunacak kişilerle daha filmin çekimine başlanmadan sözleşmeler yapar ve bunların eser sayılabilecek veya komşu haklara konu olabilecek fikri emek ürünleri üzerindeki haklarını uygun bir bedel karşılığında kendisinde saklı tutar. Kanaatimizce, henüz bu safhada vücut bulmuş bir eser söz konusu olmadığı için, filmin çekimleri tamamlanmadan yapılan sözleşmeler mali hakların devrine yönelik borçlandırıcı işlem mahiyetindedir. Zira bir mali hak üzerinde tasarruf işlemi bulunabilmek için onun eser sahibinin malvarlığında mevcut olması gerekir. Bu da ancak fikri emek ürününün yaratılmış ve eser vasfını

⁷⁰ Aksi fikir için bkz. Ayça AKKAYAN YILDIRIM, 4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında “Sinema Eseri” ve “Sinema Eser Sahipliği”, Hayri DOMANIÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, sh.30.

⁷¹ ÜSTÜN, Roma Antlaşması ve 92/100 EEC olarak anılan Direktif çerçevesinde, sinema eserlerinde oynayan baş rol oyuncularının komşu hak sahibi olmadığı görüşündedir (ÜSTÜN, agm., sh.178).

kazanmış olmasıyla mümkündür⁷² (FSEK.m.48/f.3, 50/f.1). O itibarla, bu sözleşmeler mali hakları yapımcıya devretmeyip, ilgililere eser yaratıldığı ve fikri haklar doğduğu anda sözleşmede belirtilen mali hakları veya ruhsatı yapımcıya devretme borcu yükler. Film yapımcısı, ancak bu devir borcu yerine getirildikten sonra kanunun öngördüğü bağlantılı haklara sahip olur.

FSEK.m.80/f.4'e göre, "bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir". Bu düzenlemeyle, eser sahipliğinin ispatı ile ilgili olarak FSEK.m.11 ve 12'de öngörülen karinelere benzer bir adi kanuni karine kabul edilmiştir.

Musiki eseri sahibi, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı ile yaptığı sözleşmedeki hükümler saklı olmak kaydıyla eserini yayımlama ve icra hakkını muhafaza eder (FSEK.m.80/f.6). Eğer musiki eseri sahibi, yapımcıya eserini sadece söz konusu filmde kullanması ile ilgili mali haklarını devretmişse, sair mali hakları ve bu çerçevede eseri icra ve yayımlama haklarını muhafaza etmiş olur.

IV. Bağlantılı Haklara İlişkin Sınırlamalar

Kanun, komşu hak sahipleri ile film yapımcılarının haklarına kamu düzeni, genel menfaat ve kişisel kullanıma ilişkin özel menfaat düşünceleriyle bazı sınırlamalar getirmiştir. FSEK.m.80/f.8 hükmünde öngörülen bu hallerde, bağlantılı hakların 3. kişiler tarafından kullanılması için hak sahiplerinin yazılı iznine gerek yoktur. Şöyle ki:

- Bir icranın, fonogramın, radyo televizyon programının veya sinema filminin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kâr amacı güdülmeksizin kullanılması ve kamuya arzı caizdir.

- Bir icranın, fonogramın veya radyo televizyon programının yayınlama ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması caizdir. Şahsen kullanma, çoğaltma suretiyle elde edilen nüshanın bizzat çoğaltan tarafından ya da aile ve dost çevresi gibi yakın ve dar bir muhit içinde kullanılmasını kapsar. Örneğin çoğaltılan nüshanın ana-baba, kardeşler ve eş ile çocukların yanı sıra birkaç yakın dostun da hazır bulunduğu bir doğum günü partisinde kullanılması bu niteliktedir.

- İcra (veya fonogram), radyo-televizyon kuruluşlarının kendi

⁷² EREL, age., sh.252,253; TEKİNALP, age., sh.213,214; AYİTER, age., sh.214,215. Mali hakların devrine ilişkin borçlanma sözleşmeleri de yazılı olarak yapılmalı ve borçlanma konusu olan haklar açıkça ve ayrı olarak gösterilmelidir (TEKİNALP, age., sh.214).

olanaklarıyla, kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitlerde kullanılacaksa izne gerek yoktur. Eserin herhangi bir bölümünün söz veya müzik programlarını tanıtma, yardımcı dramatik unsur, sinyal, jenerik, geçiş müziği ve benzeri maksatlarla kullanılması kısa süreli geçici tespit sayılır. Kanun, kısa süreli geçici tespitlerde radyo-televizyon kuruluşları lehine bir kanuni ruhsat (statutory licence) tanımıştır⁷³.

- İcranın (veya fonogramın), eser üzerindeki hakların veya eser sahipliğinin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda yahut zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılması (FSEK.m.30); TBMM'de ve diğer resmi meclis ve kongrelerde yahut umumi toplantılarda söz ve nutuk şeklinde gerçekleştirilen bir icranın haber ve malumat vermek maksadıyla çoğaltılması ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi (FSEK.m.32); yayınlanmış icralardan ve radyo televizyon programlarından maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesine tahsis edilecek seçme ve toplama eserler meydana getirilmesi (FSEK.m.34); iktibas serbestisinin bulunduğu durumlarda, bir icradan veya radyo-televizyon kuruluşuna ait yayından kaynak gösterilmek suretiyle alıntı yapılması (FSEK.m.35) caizdir.

Bu sınırlamalardan doğan bir uygulama, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez veya eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz (FSEK.m.80/f.9).

V. Bağlantılı Haklara Vuku Bulacak Tecavüzlerin Önlenmesi

FSEK.m.81/f.1 hükmü, bağlantılı haklara vuku bulacak tecavüzlerin önlenmesi amacıyla musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları üzerine, yani fonogramlara ve sinema filmlerinin kaydedildiği video kaseti, VCD vb.ne bandrol yapıştırılması zorunluluğunu getirmiştir⁷⁴. Bu hüküm, uluslararası korsan ülkeler listesinde Türkiye'nin ilk sıralarda yer alması sebebiyle kanuna konulmuş olup, bu suretle, fikir ve sanat eserlerinin çoğaltımı, satımı ve dağıtımı ile ilgili korsan girişimlere karşı hızlandırılmış bir önleme sistemi benimsenmiştir⁷⁵. Bandrol zorunluluğunu öngören sistem, aslında eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerini hem korsan

⁷³ EREL, age., sh.182; TEKİNALP, age., sh.199.

⁷⁴ Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur (FSEK.m.81/f.1 c.1).

⁷⁵ TEKİNALP, age., sh.324.

faaliyet gösteren üçüncü kişilere hem de birbirlerine karşı korumayı amaçlamaktadır.

Bu bağlamda eser ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin mali haklarından biri olan çoğaltma hakkının takip edilebilmesi ve eserlerin yasal olmayan yollarla çoğaltılmasının engellenmesi amacıyla musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunlu tutulmuştur. Bandroller seri numaraları taşımaları nedeniyle yasal ve korsan nüshaların birbirinden ayırt edilmesinde etkin bir tespit aracıdır⁷⁶. “Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe” göre, bandrol, fikir ve sanat eserlerinin izinsiz çoğaltılmasının ve taklit edilmelerinin önlenmesi amacıyla, fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları üzerine yapıştırılan, sökülmesi halinde parçalanan ve yapıştırıldığı malzemenin özelliğini kaybettiren nitelikte güvenlik şeridi içeren holografik özellikli bir güvenlik etiketidir (Yön. m.4a). Bandroller Kültür Bakanlığı tarafından bastırılır. Sinema ve müzik eseri nüshalarında kullanılan bandroller İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğünden temin edilir. Bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu gösterir bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Bu taahhütnamenin; (a) eser veya fonogram veya süreli olmayan yayın (adı, yapım yılı ve benzeri) (b) çoğaltma yapan tüzel kişi ve/veya ithalat yapıyorsa ithalatçı firma (c) çoğaltım sayısı (d) talep edilen bandrol sayısı (e) devralınan haklar, kapsamı ve süreleri ile ilgili bilgileri ve gerekli görülen diğer bilgileri içermesi gerekir (Yön. m.6). Bandrol talebinde bulunan kişinin eser sahibi olmaması halinde, eserin çoğaltımı ve yayımı ile ilgili mali hakları FSEK.m.52 uyarınca eser sahibinden devralmış olması gereklidir⁷⁷. Bakanlık, bandrol teminine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin ibrazından itibaren en geç on iş günü içinde, başka bir işleme gerek kalmaksızın, bandrol vermek mecburiyetindedir.

Müzik ve sinema eserleri nüshalarının (plak, kaset, CD vb.nin) bandrol yapıştırılmaksızın veya sahte bandrollerle ticari dolaşıma konulması ya da bandrol alma hakkına sahip olmadığı halde yetkili kuruluşları yanıltarak bandrol alınması yahut münhasıran bir eser için verilen bandrolün başka bir eser için kullanılması ve FSEK.m.81/f.4’de belirtilen sair eylemler suç

⁷⁶ Faruk ŞAHİN, Telif Hakları Hukukunun Uluslararası Alanda ve Ülkemizde Gelişimi ve Yeni Telif Hakları Yasasının Getirdikleri, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.6, Ekim 2001, Sa.10, sh.18.

⁷⁷ ÜSTÜN, agm., sh.183.

sayılan birer hukuka aykırı davranış teşkil eder⁷⁸.

VI. Bağlantılı Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuki ve Cezai Koruma

Kanun, bağlantılı hakları, fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi hukuk davalarıyla koruma altına almıştır. FSEK.m.80/f.10 uyarınca, “eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanırlar”. Bu bağlamda, eser sahibinin korunması ile ilgili olarak öngörülmüş bulunan tecavüzün ref'i davasına ilişkin FSEK.m.66-68, tecavüzün men'i davası hakkındaki FSEK.m.69 ve tazminat davalarını düzenleyen FSEK.m.70 hükümleri aynen bağlantılı hak sahiplerine de uygulanır⁷⁹. Ayrıca FSEK.m.80/f.3'e göre, fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne suretle olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanı sıra, icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine bu kullanımlarına ilişkin uygun bir bedel ödemekle yükümlü kılınmıştır.

FSEK.m.80/f.son'da ise, bağlantılı hak sahiplerinin yazılı izni alınmadan bu haklara tecavüz edilmesi suç sayılmış ve bu tür eylemler için iki yıldan dört yıla kadar hapis ve on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.

VII. Bağlantılı Hakların Kişi ve Yer İtibariyle Uygulanması

1. İcracı Sanatçılar Bakımından

FSEK.'nin icracı sanatçılarla ilgili hükümleri Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan icracı sanatçılara uygulanır (FSEK.m.82/f.1 b.1). Kanunun kişisellik ilkesini benimsemesi nedeniyle, Türk vatandaşı olan icracı sanatçıların gerek yurt içindeki gerekse yurt dışındaki icraları FSEK.'nin icracı sanatçılara ilişkin hükümlerine tabidir. Bir Türk vatandaşının Türkiye'deki ve yurt dışındaki icraları ile ilgili bir ihtilafın Türk mahkemesi önüne gelmesi halinde mahkemenin ihtilafa FSEK.'nu uygulayacağı, tecavüz halleri ile tecavüzün vuku bulup bulmadığı gibi nitelendirmeleri Türk hukukuna göre yapacağı muhakkaktır. Eserin tek bir kişi tarafından icra

⁷⁸ FSEK.m.81/f.son'a göre, “bu maddede belirtilen ihlal hallerinden birini kasden işleyenler hakkında, dört yıldan altı yıla kadar hapis ve elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur”.

⁷⁹ TEKİNALP, age., sh.283.

edildiği durumlarda vatandaşlığı tespit etmek herhangi bir güçlüğü sebebiyet vermezken, orkestra, koro, bale veya tiyatro grubu gibi birden fazla kişinin gerçekleştirdiği icralarda sorun çıkabilir. Zira, bu toplulukların çoğu kez bir tüzel kişiliği olmadığı gibi, topluluk içinde farklı ülkelerin vatandaşları da bulunabilir. Topluluğun tüzel kişiliği varsa veya topluluk bir tüzel kişiliğe bağlı ise (mesela, İstanbul Üniversitesi Orkestrası, Akbank Oda Orkestrası gibi), tüzel kişiliğin tâbiyeti esas alınır. Topluluk tüzel kişiliği haiz değilse, mesela bir oda tiyatrosu bir adi ortaklık hüviyetinde ise, ortaklığın bir organizasyonunun bulunması halinde organizasyonun bulunduğu yer hukukunu uygulamak gerekir. Bu gibi durumlarda şefin veya yönetmenin vatandaşlığı esas alınarak muamele yapılamaz⁸⁰.

FSEK.m.82/f.1 b.2'de benimsenen ülkesellik ilkesi gereğince, icracı sanatçının vatandaşlığı ne olursa olsun Türkiye sınırları içinde gerçekleşen icralara da FSEK.'nun icracı sanatçılara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin bir Fransız piyanistin Türkiye'deki konserine, Hollanda Kraliyet Balesi'nin İstanbul'daki temsiline, İngiliz Shakespeare Topluluğunun İzmir'deki oyunlarına FSEK.'nun icracı sanatçılara ilişkin hükümleri tatbik olunur. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmamakla beraber icraları, "bu kanun hükümlerinin uygulandığı fonogramlara veya ilk film tespitlerine dahil edilen" icracılara FSEK.'nun icracı sanatçılara ilişkin hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Buna göre icracının vatandaşlığı ne olursa olsun, fonogram veya film tespiti ilk defa Türkiye'de yayınlanmışsa, bu icracıya, FSEK.'nun icracılara ilişkin hükümleri uygulanacaktır⁸¹.

Bir Türk vatandaşına ait olmamakla birlikte, bir fonograma veya bir filme tespit edilmemiş olan icra, FSEK. hükümlerinin uygulandığı bir radyo-televizyon programında yayınlanmışsa, bu icraya da FSEK.'nun icracı sanatçılarla ilgili hükümleri uygulanır.

2. Fonogramlar ve İlk Film Tespitleri Bakımından

Yapımcıları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan fonogramlar ve filmler hakkında, FSEK.'nun fonogramlara ve ilk film tespitlerine ilişkin hükümleri uygulanır (FSEK.m.82/f.2 b.1).

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan fonogramlara ve ilk film tespitlerine de FSEK.'nun konuya ilişkin m.80-82 hükümleri uygulanır (FSEK.m.82/f.2 b.2).

80 TEKİNALP, age., sh.59,60.

81 TEKİNALP, age., sh.60,61.

3. Radyo-Televizyon Kuruluşları Bakımından

Merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlarına -yayının icra veya kayda alınma yeri isterse Türkiye dışında bulunsun- FSEK.'nun radyo-televizyon yayınlarıyla ilgili hükümleri uygulanır (FSEK.m.82/f.3 b.1). Radyo-televizyon kuruluşları 3984 sayılı Kanuna göre ancak anonim şirket olarak kurulabildiklerinden, “merkez” ile kastedilen anonim şirketin esas sözleşmesinde öngörülen merkezidir.

FSEK. Türkiye sınırları içindeki yansıtıcı ile yayınlanan radyo televizyon programları hakkında da uygulanır (FSEK.m.82/f.3 b.2).

FSEK.'nun “bağlantılı haklarla” ilgili hükümleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir uluslararası antlaşma hükümlerine göre korunan icracı sanatçılara, yapımcılara ve radyo televizyon kuruluşlarına da uygulanır (FSEK.m.82/f.4).

HATIR İÇİN TAŞINANIN UĞRADIĞI ZARARLARIN TRAFİK SİGORTASI KAPSAMINDA OLUP OLMADIĞI SORUNU VE YARGITAY UYGULAMASI

*Yrd.Doç.Dr. M.Emin BİLGE**

GİRİŞ

Karayolları Trafik Kanunu (KTK) esas olarak karayolunda motorlu araçların işletilmesinin sebep olduğu zararlardan, motorlu araç işleteninin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir.

KTK.m.85'e göre; *"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar"*.

KTK. m. 85/1'de düzenlenen bu kusursuz sorumluluk, tehlike esasına dayanan bir sorumluluktur. Diğer bir anlatımla kusur sorumluluğuna dayanmayan, salt aracın kullanılması sonucu, işletenin, -kusurlu olmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu olması durumudur. Motorlu araç işletilmesinin başkaları için yarattığı önemli tehlike, konunun bu şekilde ayrı bir kanunla düzenlenmesine yol açmıştır¹.

Kural olarak, tehlike esasına dayanan kusursuz bir sorumluluk sistemi getirmekte olan KTK, bazı durumlarda kusursuz sorumluluk sisteminin geçerli olmayacağı ve söz konusu durumlarda sorumluluğun genel hükümlere

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000, s. 611; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 523.

tabi olacağını belirtmektedir². Hatır taşıması sonucu, hatır için taşınan kişinin uğrayacağı zararlar ve aracın kendisine hatır için verildiği kişilerin uğrayacağı zararlar da KTK'nun, genel hükümlerin uygulanacağını belirttiği durumlardan birini oluşturmaktadır³.

KTK. m. 87/1'e göre; *"Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir"*.

Diğer yandan kanunkoyucu, tehlike sorumluluğunu öngördüğü hallerde, sorumluluk sigortası yapma zorunluluğunu da getirmektedir

KTK. m. 91/1'e göre; *"İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur."*

KTK. m. 91'de sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunun, KTK. m. 85/1'e tabi olan sorumluluklarda söz konusu olması, buna karşılık hatır taşımalarının ise KTK. m. 87/1'de genel hükümlere tabi tutulması, hatır için taşınanların veya hatır için kendilerine araç verilenlerin uğrayacakları zararların trafik sigortası kapsamında olmayacağı yönünde bir sonuca götürmektedir.

Ancak, aynı kanunun zorunlu sorumluluk sigortası dışında kalan hususlara ilişkin 92. maddesinde hatır için taşıma, sigorta kapsamı dışında kalan haller arasında sayılmamıştır. Yine, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 1992 yılında değiştirilmiş ve değişiklikten önce genel şartların "Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı 3. maddesinin (g) bendindeki "Hatır için karşılıksız taşınan veya motorlu araçlar hatır için kendilerine verilen kimselerin bir trafik kazasında yaralanmaları

2 Genel hükümlere tabi olan bu sorumluluklardan borç ilişkisine dayananlara o ilişkinin özel hükümleri veya BK.m.96 vd. hükümleri; haksız fiil hükümlerine tabi olanlara da BK.m.41-60 hükümleri uygulanacaktır. Birden çok sorumlu bulunması halinde müteselsil sorumluluk ve rücu BK.m.51 hükümlerine tabidir. **Oğuzman/Öz**, s. 632.

3 Hatır taşımasına ilişkin KTK. m. 87/1 de, bagaj ve benzeri eşya dışındaki eşya zararlarına ilişkin KTK.m.87/2'de, başka bir araç tarafından çekilen araçlara ilişkin KTK.m. 102/1'de, motorlu taşıtlar ve motorlu bisikletlerin sürücülerine ilişkin KTK. 103 ve 107/2. maddelerde, manevi tazminata ilişkin KTK.m.90'da, zarar gören motorlu araç işleteninin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin malike karşı sorumluluğu KTK.m. 87/1'de, motorlu aracın çalınmış veya gaspedilmiş olduğunu bilerek binenlere karşı sorumluluk KTK. m. 107/2'de, yarış ve gösterilerden doğan birtakım sorumluluklar KTK.m. 105/2'de genel hükümlere tabi olacak sorumluluk halleri olarak düzenlenmiştir.

veya ölmeleri halinde işletene karşı ileri sürülen taleplerin teminat dışı kaldığı” yolundaki hüküm, genel şartlardan çıkarılmıştır.

Yukarıda açıkladığımız hukuki düzenlemeler, hatır için taşıma veya kendisine hatır için araç verilen kişilerin uğradığı zararların zorunlu trafik sigortası kapsamına dahil olup olmadığı noktasında değişik yargı kararlarının verilmesine ve öğretilerde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır.

I- GENEL OLARAK HATIR TAŞIMASI

Hatır taşımalarının veya aracın hatır için verilmesinin genel hükümlere tabi tutularak, işletenin veya bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunun daraltılmasının nedeni, hakkaniyet düşüncesidir. Zira, her şeyden önce işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, zarar göreni, ticari bir sebeple ve özellikle para kazanma amacıyla değil, sırf hatır için, herhangi bir karşılık almadan taşımaktadır⁴. Böyle bir durumda işleteni zararın tamamından sorumlu tutmak, adalet duygusuna aykırı düşer⁵. Bunun için öncelikle, hangi tür taşımaların bir hatır taşımaları olduğunun iyi tespit edilmesi gerekir.

Genel olarak bir kimseyi memnun etmek için ücretsiz olarak araçta taşıma, “hatır taşımaları” olarak kabul edilmektedir. Hatır taşımalarında ana koşul, taşımalarının ücretsiz olması ve taşıyanın da bir karşılık almaması ya da bir yararının bulunmamasıdır. Eğer taşıma veya aracın verilmesi bir edimin karşılığı olarak yapılıyorsa, hatır için taşıma veya vermeden⁶ söz edilemez. Dolayısıyla hatır için taşıma veya vermenin herhangi bir karşılık almaksızın, iyilik yapmak veya nezaketen gerçekleştirilmesi şarttır⁷.

⁴ Şayet, “hatır için kendisine arabasını verdiği kişiye işleten bir başka arabayla çarpmışsa (veya işleteni sayıldığı bir araba çarpmışsa); artık bu durumda da KTK.m.85/f.1 hükmü uygulanmalıdır. KTK.m.87/f.1 hükmünün şeklen kapsamına giriyor görünse de, madde- nin bu durumları kapsamak için getirilmediği söylenebilir, zira işletenin sorumlu olduğu araçlardan birinin gene sorumlu olduğu başka araçlardaki kişilere karşı yarattığı zararlardan trafikteki diğer araçlardaki kişilere göre daha az yükümlülük altında olması, yasakoyucunun arzuladığı bir sonuç olamaz”. **Oğuzman/ Öz**, s. 631, dpn. 247.

⁵ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1998, s. 703.

⁶ Aracın hatır için bir başkasına verilmesi kısa süreli olmalıdır. Aksi halde aracı alan, KTK.m.3 gereğince işleten sayılır. **Arkan, Sabih**, Yeni Karayolları Trafik Kanununun Sigorta ve Garanti Fonuna İlişkin Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, Sigorta Hukuku Dergisi, 1983, C. I, S. 3-4, s. 266, dpn. 43.

⁷ Franko, Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti, Ankara 1992, s.20 vd.; Havutçu, Ay-

Taşımanın, hatır taşıması olma niteliğini giderecek olan karşılık veya yarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir⁸. Örneğin, eş ve çocukların taşınmasında veya aracın bu kişilere verilmesi durumunda, maddi ve manevi yarar olduğundan, böyle durumlarda hatır taşıması ve aracın hatır için verilmesi söz konusu olmaz⁹. Yine, gece yalnız gitmeye korktuğundan ya da müşterek avlanmak için bir başkasını yanına almak durumunda da hatır taşıması söz konusu olmayacaktır¹⁰.

Maddi karşılık, ücret yanında, parayla ölçülebilen veya zaman içerisinde paraya dönüşebilecek tüm yararları kapsar. Müşteri potansiyelini artırmak için ücretsiz toplu taşıma, satışa çıkardığı aracı beğendirmek için araçla dolaşma hallerinde potansiyel yarar durumu olup, hatır ilişkisi söz konusu olmaz¹¹.

Yine, hatır taşımasının söz konusu olabilmesi için taşımanın iradi olmasının gerekliliği de doktrinde ifade edilmektedir. Bu unsur, taşıyanın ya da taşınanın zorla yaptığı ücretsiz taşıma ilişkisini, hatır taşımacılığı kapsamından dışlamaktadır¹².

Tarafları bağlayan bir hukuk kuralı uyarınca ücretsiz taşıma halinde de hatır taşımasından söz edilemez. Özel düzenlemeler uyarınca gazilerin, kamu personelinin, belli yaşta büyük ya da küçüklerin ücretsiz taşınmaları hatır taşıması oluşturmaz¹³.

Hatır için taşımada ivazsızlık esas ise de; ivazın önemsiz olması ve asıl olanın yardımcı olma arzusu olması halinde hatır taşımasının varlığı esastır¹⁴. Örnek olarak taşınan veya kendisine araç verilen kimsenin işletene veya adamlarına nezaket icabı yemek ısmarlaması veya yakıt masraflarına katılması, bir ivaz (karşılık) olarak kabul edilmemektedir¹⁵.

şe/Gökyayla, Emre, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, s. 86; Aşçıoğlu, Çetin, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989, s. 71.

8 2.12.1991- 1990/4396, 1991/6422 (Ulaş, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 1992, s. 363).

9 "Sigorta ettirenin eşi ve çocuklarıyla sigortalı araçta birlikte seyahat etmesinde, maddi ve manevi menfaati bulunduğundan bir hatır taşıması da söz konusu olmaz" 11.HD., 16.2.1990 T. 825 E. 963 K. (YKD. 1990/6, s.870).

10 **Orhunöz, Ergun**, Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk Tazminat ve Sigorta, Ankara 1998, s. 123.

11 **İyimaya, Ahmet**, Hatır Taşımacılığı, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, 1989, C. 15, S. 1-4, s. 750.

12 **Bkz., Havutçu/Gökyayla**, s. 86 vd.; **İyimaya**, s. 751.

13 **İyimaya**, s. 750; **Zeyneloğlu, Ahmet**, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1980, s. 70,71.

14 **Eren**, s. 702.

15 **Oğuzman/Öz**, s. 631, dpn. 247; **Franko**, s. 31.

Hatır taşınmasından bahsedebilmek için işleten veya sürücünün zaman açısından veya mali açıdan (yahut diğer herhangi bir şekilde) bir harcamada bulunması ve bu harcamanın ayrıca işleten veya sürücü için "fazladan" bir nitelik taşıması yani "herhalde yapılacak olmaması" gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir. Bu sebeple, bir otostopçuyu aracına alan yahut komşusunun şehir merkezine kadar kendisiyle gelmesine izin veren bir kişi "hatır taşıması" iddiasında bulunamayacaktır¹⁶.

Hatır taşımacılığının hukuki niteliği tartışmalıdır. Nitelik konusunda ortaya atılan düşünceler genel olarak; sözleşme, haksız fiil ve sözleşme benzeri ilişki olduğu şeklinde toplanabilir¹⁷. Türk öğretisinin ve uygulamasının ağırlıklı olarak haksız fiil görüşünü benimsediği görülmektedir¹⁸. Dolayısıyla bu ilişkiye BK.m.41-60 hükümlerinin uygulanması gerekecektir¹⁹.

II- KONUYA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI

Yargıtay, birtakım kararlarında hatır taşımalarının zorunlu trafik sigortası kapsamında olmadığını kabul etmektedir. Bu kararlardan örnek niteliğinde olan bazıları aşağıda verilmiştir²⁰.

-
- 16 Ünan, Samim, Zorunlu Trafik Sigortasının Kapsamı ve Hatır Taşınması ile Aracın Hatır İçin Karşılıksız Verilmesinin Bu Sigorta Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu, Sigorta Hukuku Dergisi, 1998, S.1, (Kısaltma:Kapsam) s. 161.
- 17 Bkz., Franko, s. 51 vd.; İyimaya, s. 752 vd.; Ülgen, Hüseyin, Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s. 8,9; Zeyneloğlu, s. 68; Akman, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 124.
- 18 Bkz., Franko, s. 60 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.526, dph. 24; Akman, s.124; Zeyneloğlu, s. 68.
- 19 Bkz., Oğuzman/Öz, s. 632. Yargılama hukuku açısından hatır ilişkisinin davada ileri sürülmesinin teknik anlamda bir "defi" mi yoksa "itiraz" mı olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hatır taşımacılığı teknik anlamda bir "itiraz" oluşturur. Bu nedenle davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de resen göz önünde tutulur. Orhunöz, s. 126; İyimaya, s. 767; GÖKCAN, H. Tahsin/ KAYMAZ, Seydi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 194. Buna karşılık diğer bir görüşe göre; KTK. m. 87/1'de düzenlenen hatır işinin hukuki niteliği bir defi olup, itiraz değildir. İşleten veya araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin bunu ileri sürmesi gerekir. Hakim, bunu kendiliğinden göz önünde tutamaz. Eren, s. 703,704.
- 20 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 5.4.1995 T, E. 1994/11-689, K. 1995-274: "...yasakoyucu, ...hatır veya nezaket için hiçbir bedel almadan yolcu götüren aracın işleticisini KTK'nun 85. madde kapsamı dışında bırakmakla hakkaniyet ilkesi bakımından tavrını açıkça kıymış ve onu tehlike sorumluluğu hükümleri kapsamına almamıştır. Bu gibi hallerde işletenin sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde değerlendirilerek sorumluluk kapsamı ona göre

11.HD., 21.9.1995, 1995/7284, 1995/6607; "Karayolları Trafik Kanununun 91. maddesinde; "işletenlerin, anılan Kanunun 85. maddesinin 1. fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yapturmalarının zorunlu olduğu..." belirtilmiş, aynı Yasanın 87. maddesinde; "...Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise, işletenin sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğu..." hükme bağlanmıştır. KTK'nun bu hükümleri dikkate alındığında, hatır taşımacılığından dolayı meydana gelen yaralanma ve ölüm nedenleriyle gelen zararların genel hükümlere tabi olduğu, diğer bir anlatımla, Mecburu Mali Mesuliyet Sigortası kapsamı ve güvencesi dışında kaldığı kabul edilmelidir."²¹

Buna karşılık, Yargıtay bazı kararlarında ise, yukarıdaki kararının tam aksi yönde kararlar vermiş ve görüşler ortaya koymuştur²². Bizim özellikle üzerinde durmak ve incelemek istediğimiz bu doğrultudaki son bir kararında Yargıtay, aşağıda belirtilen gerekçelerle hatır taşımalarının trafik sigortası kapsamında olduğu yönünde karar vermiştir:

4. HD., 18.11.1998 T, E.1998/6706, K.1998/9041:

tayin edileceğine göre, onun sigortasının bu kuralın dışına çıkılarak, hakkaniyet ilkesi gereğince sorumlu tutulması yasa hükmüne açıkça aykırı düşeceğinden.." (YKD., C. 21, S. 9, 1995, s. 1360 vd.).

11. HD., 9.7.1992, 1992/1236, 1992/8291: "dava konusu olayda davacılar işletenden tazminat taleplerini 2918 sayılı Yasanın 85/1. maddesi hükmüne göre değil, aynı Yasanın 87. maddesi uyarınca genel hükümlere göre isteyebileceklerinden ve yine aynı Yasanın 91. maddesi hükmü uyarınca da işletenlerin bu tür sorumlulukları zorunlu mali sorumluluk sigorta kapsamı dışında kaldığından mirasçılar tarafından sigortacı aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." (YKD., C. 18, S. 9, 1992, s. 1381 vd.).

11. HD., 24.5.1993, 1992/3522, 1993/3873: "Karayolları Trafik Kanununun 87. maddesinde yaralanan veya ölen kişi hatır için karşılıksız taşınmakta ise sigortalının sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında hatır için taşınan kişilere karşı işletenin sorumluluğunun Trafik Kanununun 85. maddesinde düzenlenen özel sorumluluk (tehlike sorumluluğu) şeklinde olmayacağını kabulü gerekir...hatır taşımalarının zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında kaldığı sonucuna varılamaz." (YKD., C. 19, S. 12, 1993, s. 1831 vd.).

²¹ YKD., C. 22, S. 2, 1996, s. 262 vd.

²² 11. HD., 11.2.1994 T. Esas 1993/6464, 1994/958; "1992 yılı başından itibaren zorunlu trafik sigortalarında, primi de değerlendirilmek suretiyle sigorta kapsamı, hatır taşımacılığının da (teminat dışı hallerden çıkarılmak suretiyle) dahil edildiği".

11.HD., 24.12.1996 T, 1996/8642 E. 1996/9101 K.; "Taraflar arasında düzenlenen sigorta poliçesine ekli genel şartlarda hatır taşınması kaynaklı zararlar, sigorta teminatı dışındaki haller arasında gösterilmemiştir. Zorunlu trafik sigortasının, hatır taşınmasında da dahil bulunduğu, aracın işletilmesine bağlı tehlike sorumluluk hallerini sigorta teminatı kapsamına aldığı, tehlike sorumluluğunun bu aracın işletilmesine bağlı olarak taşınmanın türüne bakılmaksızın, üçüncü kişilere verilen zararları, somut olayda ise işletenin sigortalı araçta bulunan kişiye olan sorumluluğunu sigorta kuvertürü altına aldığı kabulü gerekir" (Gökcan/Kaymaz, s. 237).

“...Mali Sorumluluk Sigortasının, KTK. 85. maddesinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olacağı, ancak o zararın oluşumuna neden olan olayda, hatır taşıması olduğu takdirde aynı Yasanın 87. maddesi itibariyle sorumlu tutulmayacağı sonucuna varmak doğru değildir. Yasanın 87. maddesi, salt hatır taşımasını değil, araç sahibi ile işleteni arasındaki ilişkiyi, zarar görenin beraberinde taşıdığı eşyanın zarar görmesinin de genel hükümlere tabi olduğunu hükme bağlamıştır. Burada getirilen ayrıcalık, hatır taşımasında, hakimin ne ölçüde indirim yapması, hatır taşımasının hangi hallerde kabul edilmesi gibi BK’da düzenlenen genel ilkelerin uygulanmasının gerektiğidir. Nitekim BK’da da hatır taşıması ile ilgili bir düzenleme ve deyim yer almamaktadır. Ancak hatır taşımasının bulunduğu durumlarda, BK. 43. maddesindeki genel düzenleme itibariyle hakimin tazminat kapsamını belirleyebileceği teoride ve yargı kararları ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, KTK 85.maddesi ile, ...düzenlenen sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Halbuki, genel hükümlerde, trafik kazası sonucu doğacak zararda, tehlike veya kusursuz sorumluluğu gerektiren bir düzenleme yer almamaktadır. Şu durumda hatır için taşıyan veya taşıtan işleten ise sorumluluğu kusur sorumluluğu olacaktır. Buna göre, KTK. 85. maddesindeki tehlike sorumluluğundan ayrılmakta ve böylece işletene daha hafif bir sorumluluk getirilmektedir. Diğer bir anlatımla işleten ancak, kusurlu olduğu, kusuru kanıtlandığı takdirde hatır için taşıdığı kişinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır. Bu halde mali sorumluluk sigortası, sigortalının kusursuz sorumluluk hallerinden doğan zarardan sorumlu tutulduğuna göre, daha hafif ve kusurlu sorumluluğu gerektiren durumlardan sorumlu tutulması doğal kabul edilmelidir. Daha ağırdan sorumlu tutulduğuna göre, daha hafifinden haydi haydi sorumlu tutulmalıdır. Bu bakımından yasanın hatır taşıması sonucu doğan zarardan mali sorumluluk sigortasında sigortacının sorumlu tutulmaması gibi bir sonucu amaçladığı düşünülmemelidir. Nitekim, KTK 92. maddesinde, mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalan durumlar tek tek ve sayılı olarak belirtilmiştir. Bunlar içinde hatır için taşınmada, sigortacının sorumlu olmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada bu sonucun aksini öngören Yargıtay’ın diğer dairelerinin kararları bulunuyor ise de, bu kararlarda öngörülen düşünce ve gerekçelere katılamamaktayız”²³.

Görüldüğü gibi, Yargıtay’ın konuya ilişkin farklı görüşleri bulunmaktadır. Ancak ağırlık hatır taşımasının trafik sigortası kapsamı dışında kaldığı ve genel hükümlere tabi olduğu yolundadır. Ne var ki, yukarıda verdiğimiz

²³ Karar için bkz., Gökcan/Kaymaz, s. 252.

son kararlarında Yargıtay, hatır taşımalarının trafik sigortası kapsamına alınması gerektiğini ifade etmektedir.

III- DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Doktrinde ileri sürülen görüşlerin büyük bir çoğunluğunda, hatır için taşınanın ve aracın hatır için verildiği kişinin uğrayacağı zararların zorunlu trafik sigortası kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; trafik sigortası, işletenlerin sadece KTK. m. 85/1'e tabi olan sorumluluklarını güvence altına almaktadır (KTK. m. 91/1). Bu nedenle, zarara uğrayan hatır yolcularının ve aracın hatır için kendilerine bırakıldığı kişilerin tazminat taleplerinin, trafik sigortasının kapsamına dahil olmaması gerekir²⁴.

Buna karşılık ikinci bir görüşe göre ise; KTK'nun 87. maddesi hatır için karşılıksız taşınmayı genel hükümlere tabi tutmuş olması sonucu, işletenin az veya çok sorumluluğu tartışılacaktır. Sorumluluğun olduğu yerde sorumluluk sigortasının da olması, aracın işletilme tehlikesinden doğan zararın giderilmesi için gereklidir. Yine, KTK'nun 92. maddesine göre; işletenin, eşinin usul ve furuunun kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin bedeni zararları, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı içindedir ve maddede hatır taşınması sigorta kapsamı dışında tutulmamıştır. İşletenin manevi menfaati olduğundan bu seyahatin hatır taşınması olmayacağı görüşüyle bu kimseler sigorta kapsamına dahil edilirken, karşılıksız taşımada, taşınanların sigorta kapsamı dışında tutulması, zorunlu mali sorumluluk sigortasının şekillendiği tehlike sorumluluğu ile bağdaşmamaktadır. Oysa taşınan herkes için tehlike mevcuttur. Bu nedenlerle; hatır için taşımadan doğan zararın, mali sorumluluk sigortası kapsamında mütalaa edilmesi gerekir²⁵.

Aynı yöndeki diğer bir görüşe göre de; trafik sigortası, motorlu aracın işletilmesine bağlı bir tehlike sorumluluğunu kapsamaktadır. Hatır taşımalarında, işletenin sorumluluğu için genel kuralların öngörülmesi, hatır taşımalarında taşınan kişiler yönünden ölüm veya yaralanmalardan doğan zararın anılan sigortanın kapsamı dışında kalmasını gerektirmez. Çünkü, tehlike sorumluluğu aracın işletilmesine bağlı olup, taşınanın türüne bağlı değildir. Aksi halin düşünülmesi, bir motorlu aracın işletilmesini tehlike kabul eden ve bu durumu zorunlu sigortaya bağlayan sisteme de aykırı olur. Öte yandan,

²⁴ Arkan, s. 267; Ünan, (Kapsam) s. 163; Havutçu/Gökyayla, s. 96, dpn. 193; Nomer, E. Yıldız, Trafik Sigortasında Garanti Fonu, İstanbul 2000, s. 49; Karahasan, M. Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Birinci Cilt, İstanbul 1989, s. 776,777; Ulaş, s. 362.

²⁵ Meteade, Zihni, Hatır İçin Taşıma, Birlik'ten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, S.1, Ocak 2000, <http://www.tsrbs.org.tr/private/trk/dergi1.htm>.; Aşçıoğlu, s. 87.

KTK. m. 92 de zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan haller tek tek sıralandığı halde burada hatır taşımasına yer verilmemiş bulunmaktadır. Bunun sonucu, hatır taşımasının tehlike sorumluluğuna bağlı olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı içinde kaldığının kabulü gerekir²⁶.

IV- DEĞERLENDİRME

1- Olan Hukuk Açısından

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hatır için taşıyan veya aracın kendisine hatır için verildiği kişilerin uğradığı zararlardan, araç sahibinin zorunlu trafik sigortasının sorumlu tutulması kanımca mümkün değildir. Zira, yasal düzenleme oldukça açık olup başkaca yorum yapmaya olanak vermemektedir. KTK. m. 91, açıkça zorunlu trafik sigortasının kapsamını KTK.m.85/I gereğince doğacak sorumluluk olarak belirlemiştir. KTK. m. 87 ise, hatır için taşıyan kişilerin uğradıkları zararı tamamen farklı bir şekilde ele alarak, KTK. m. 85/I'in kapsamından çıkarmıştır.

Sigorta Genel Şartlarındaki mevcut düzenleme de, hatır taşımalarının trafik sigortası kapsamında görülmesine destek olacak nitelikte değildir²⁷. KTK. m. 91, yukarıda da vurguladığımız gibi sadece işletenin KTK. m. 85/I'de düzenlenen sorumluluğu için sigorta zorunluluğu getirmiştir. Kanunda işletenin sorumluluğunun dayanağı (KTK. m. 85/I) açıkça zikredilmiş iken, Trafik Sigortası Genel Şartları madde zikretmeksizin kanuna genel bir atıf yapmakla yetinmiş ve sigortanın, işletenin KTK'ndan kaynaklanan sorumluluğunu kapsayacağını belirtmiştir. Hatır taşımasından kaynaklanan sorumluluk KTK'na tabi olmadığı için, Genel Şartlar'a göre de Trafik Sigortasının bu sorumluluğu karşılaması zorunluluğu bulunmayacaktır²⁸.

Karayolları Trafik Garanti Sigortası Hesabı Yönetmeliği'ndeki düzenleme de, "olan hukuk" açısından bu konudaki mevcut hukuki iradeye örnek oluşturması açısından önemlidir. Şöyle ki, KTK. m. 108/1'e göre, zorunlu mali sorumluluk sigortasına tabi motorlu araçların sebep olacakları zararların, işletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca geçerli teminat tutarları

²⁶ Eriş, Gönem, Y.11.HD., 24.5.1993 T. 1992/3522 E. 1993/3873 K. – Y.HGK., 5.4.1995 T. 1994/11-689E. 1995/274 K. sayılı Yargıtay kararının karşı oy yazısı.

²⁷ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1'e göre; "Sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder."

²⁸ Ünan, (Kapsam) 163.

dahilinde karşılanması amacıyla Karayolları Trafik Garanti Sigortası Hesabı²⁹ oluşturulmuştur. Kazayı yapan aracın tespit edilememesi, geçerli tutar üzerinden trafik sigortasının yapılmamış olması ya da sigortacının iflas etmiş olması gibi durumlarda söz konusu Hesaba başvurulmaktadır. Garanti Sigortası Hesabını düzenleyen Karayolları Trafik Garanti Sigortası Yönetmeliğinin 15. maddesinin "b" bendine göre ise, "*hatır için karşılıksız taşınan kişiler ile hatır için aracın karşılıksız verildiği kişiye gelen bedensel zararlar*" Hesaptan karşılanacak zararlar kapsamı dışında tutulmuştur³⁰.

Hatır için taşınanların zararı, trafik sigortası kapsamında değerlendirildiği takdirde, Garanti Sigortası Hesabı kapsamına da dahil olması gerekir. Trafik sigortası kapsamında ve aynı durumda olan kişiler için Garanti Sigortası Hesabı güvencesi altında olma açısından farklı düzenlemelerin olması ve farklı sonuçların doğması düşünülemez.

Dolayısıyla, hatır için taşınanların uğradıkları zararların tazminine ilişkin yukarıda bahsettiğimiz hukuki düzenlemelerden çıkan sonuç; bu konudaki hukuki iradenin hatır için taşınanların zararlarının trafik sigortası kapsamında olmadığı yönündedir.

Diğer taraftan Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1.3.1992 tarihinde değiştirilerek, 3. maddenin "g" bendindeki hatır için karşılıksız taşınanların yaralanmaları veya ölmeleri halinden kaynaklanan zararların sigorta teminatı dışında kalacağı hükmünün kaldırılması, bu tür zararların trafik sigortası kapsamına alındığı şeklinde yorumlanamaz. Zira, sigorta genel şartlarından bir düzenlemenin çıkarılması ya da genel şartlarda herhangi bir hükmün olmamasının mevcut yasal düzenleme üzerinde etkili olması ve yasal düzenlemelerden farklı sonuçların çıkmasına sebep olması düşünülemez. 1992 değişikliğinden önceki genel şartlardaki söz konusu hüküm, var olanın açıklanması niteliğinde olup, açıklamanın kaldırılması, temel hükmü etkilemeyecektir.

Son Yargıtay kararında ileri sürülen; "*mali sorumluluk sigortası, sigortalının kusursuz sorumluluk hallerinden doğan zarardan sorumlu tutulduğuna göre, daha hafif ve kusurlu sorumluluğu gerektiren durumlardan sorumlu tutulması doğal kabul edilmelidir. Daha ağırdan sorumlu tutulduğuna göre, daha hafifinden haydi haydi sorumlu tutulmalıdır*" görüşüne de katılma ola-

29 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 8, 98 ve 107 nci maddeleri ile 108 inci maddesinde ve başlığında yer alan "Garanti Fonu" ibareleri ile "fon" ve "fon hesabi" ibareleri "Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" olarak değiştirilmiştir. 21.2.2001 tarih ve 4629 numaralı "Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanun" m.6. RG., 3.3.2001, S.24335.

30 Bkz., Nomer, s.47.

nağı göremiyoruz. Sigortacının sorumluluğunun kapsamı yasal düzenlemeler, sigorta genel şartları ve sigorta ettirenle sigortacı arasında kararlaştırılan özel hükümlere göre belirlenir. Bunların dışında sigortacının sorumluluğu konusunda “daha ağırından sorumlu olanın daha hafifinden de sorumlu olacağı” şeklindeki görüşün hukuki bir dayanağı yoktur. Bu önerme bizzat sorumluluk doğuran eylem ya da durumu oluşturan, yani asıl sorumlu açısından doğrudur. Ancak sigortacının sorumluluğu, asıl sorumlu olan kişinin bazı sorumluluklarının sigortacıya da yüklenmesi sonucu doğar ve sigortacının asıl yükümlüyle birlikte sorumlu tutulabileceği bu haller tamamen sigorta hukuku kurallarına göre belirlenir.

Yargıtay’ın; “*KTK 92. maddesinde, mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalan durumlar tek tek ve sayılı olarak belirtilmiştir. Bunlar içinde hatır için taşınmada, sigortacının sorumlu olmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır*”, gerekçesine de katılmıyoruz.

Yasal düzenlemelerde veya sigorta poliçesinde tarif ve tayin edilen riziko çerçevesine girdiği halde, sigorta himayesinden çıkarılmış durumlarda bir muafiyetten söz edilebilir³¹. Yasal düzenleme veya poliçe kapsamına girmeyen bir rizikonun muafiyetler listesinde yer alması gereksiz bir düzenleme olacağı gibi, yer almaması da her hangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır³². KTK.m.92 de, aslında sigortacının KTK.m.85/1 kapsamına giren ve sorumluluğu altında olan, ancak özel olarak sigortacının sorumluluğu dışına çıkarılmak istenen durumları düzenleyen bir hüküm niteliğindedir³³. Hatır taşımacılığı KTK.m.85/1’in kapsamından çıkarıldığına göre, ayrıca, (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1995 tarihindeki bir kararında³⁴ da belirttiği gibi) “sigortacının sorumluluğunu sınırlayan 92. maddede yer verilmesi abesle iştigal olur, diğer bir deyişle yasa tekniğine ters düşerdi”.

Hatır için taşınanların uğradıkları zararı trafik sigortacısından alamamaları gibi hakkaniyete aykırı bir sonucun önlenmesi amacıyla, KTK.m.87/1’in geniş yorumlanması gerektiği akla gelebilir. Şöyle ki; KTK.m.85/1’de mo-

31 **Kender, Rayegân**, *Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku I Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2001, s.227,228.*

32 **Ünan**, (Kapsam) s.166.

33 KTK.m.92’de sayılan bazı istisnalar Türk Hukuku’nda zaten sigortanın kapsamına dahil bulunmamaktadır. Kuvertür dışında kalan bu hususların (KTK.m.92/a-c-e-f, bentleri) ayrıca istisna hükümleri arasında sayılması tamamen gereksiz olmaktadır. Bkz., **Ünan**, (Kapsam) s.154 vd.

34 Hukuk Genel Kurulu E.1994/ 11-689, K. 1995/274, T. 05.04.1995.

torlu aracın işletilmesinden doğan zararlar dile getirilmektedir. KTK.m.87'de hatır için taşınanların uğrayacakları zararlarda genel hükümlerin uygulanacağına belirtilmesi, hatır için taşımadan doğan zararların aracın işletilmesinden doğan zararlar olduğu sonucunu değiştirmez. Dolayısıyla KTK.m.87 hükmünü, esas olarak KTK.m.85/1'den kaynaklanan bir sorumluluğun şart ve esaslarını belirleyen bir hüküm olarak yorumlamamız gerekeceği düşünülebilir. Arkan, konuya ilişkin olarak şöyle demektedir; *"Bu hususta adil bir çözüme ulaşabilmek amacıyla KTK 87/1'deki "işletenin sorumluluğu... genel hükümlere tabidir" ibaresinin, "ödenecek tazminat miktarının tayini genel hükümlere (BK.43) tabidir" şeklinde, dar anlaşılması düşünülebilir. Bu çözüm, KTK.92'ye dayanılarak da güçlendirilebilir. Zira KTK 92'de mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar düzenlenirken, hatır yolcularının taleplerinden söz edilmemiştir"*³⁵.

Arkan'ın da belirttiği gibi; KTK.m.87 deki hüküm; sorumluluğun şartlarının genel hükümlere tabi tutulduğu, sorumluluğun esas olarak KTK.m.85 kapsamında bulunan bir durum oluşturduğu yorumu yapılabilirse de, böyle bir yorumun yasal metinlerin açıklığı karşısında, yorum kurallarının biraz zorlanması anlamına geleceği kanısındayım.

Her ne kadar, sigorta hukukunda kuralların yorumlanmasında geniş ve esnek bir yorum tarzına gidilmesi gerektiği, bu sayede sigorta hukukunun günün gereklerini karşılayabileceği, aksi taktirde sigorta hukukundan beklenen amaçlara ulaşılamayacağı, lafza göre değil, gayeye ve ihtiyaçlara göre yorum yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de³⁶, kanımca geniş ve esnek bir yorum tarzının kabulü, kanunda bir boşluk olması veya açıklığın bulunmaması durumunda söz konusu olabilir. Yargıç, yasada olaya ilişkin açık bir kural bulunduğu sürece bunun dışına çıkamaz³⁷. Zira MK.m.1'de hakime verilen bu yetkinin temel şartı olarak açıkça hükmün bulunmamasından bahsedilmektedir. Bunun dışına çıkılarak, hiçbir durumda hakime kanunu düzeltme yetkisi verilmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, hukuki düzenleme bakımından, işletenin sadece KTK.nun 85/1. maddesindeki sorumluluğunu üzerine alan sigortacının, bu madde kapsamı dışında kalan hatır taşımacılığında doğan zarardan sorumlu tutulmasının, yasal açıdan mümkün olmadığı sonu-

³⁵ Arkan, s. 267,268.

³⁶ Sigorta hukukunda yorum konusunda bkz., Arseven, Haydar, Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 2. baskı İstanbul 1991, s. 66-68.

³⁷ Bkz., Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 120 vd.; Zevkliler, Aydın/Acabey, M.Beşir/Gökyayla, K.Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. baskı, Ankara 2000, s. 69.

cu ortaya çıkmaktadır.

2- Olması Gereken Hukuk Açısından

Olması gereken hukuk açısından mevcut yasal düzenlemeden çıkan sonucun hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu bir gerçektir. Zira, KTK.m.85/1'de düzenlenen kusursuz sorumluluk, motorlu araç işletilmesinin başkaları için yarattığı önemli tehlike göz önünde tutularak, işletenleri ağır bir sorumluluk altında bırakmaktadır. Yasa koyucu işleteni böyle ağır bir sorumluluk altına alırken, bir taraftan da, şayet işleten insani düşüncelerle bir taşıma yapmışsa, onu koruma gereği duymuş ve hatır için taşımalarda sorumluluk şartlarının genel hükümlere göre belirlenmesi esasını getirmiştir. Buna göre, hatır taşımalarından doğan sorumlulukta genel şartların uygulanması işletenin yararı düşünülerek getirilmiş bir düzenlemedir. Oysa, hatır taşımalarının trafik sigortasının güvencesi kapsamı dışında tutulması işletenin aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

Şöyle ki, araç sahibinin ya da işletenin kusurlu olması durumunda, zararını sigorta şirketine tazmin ettiremeyen zarar gören hatır için taşınan, işleme başvuracak ve zararını işletenden isteyecektir. Dolayısıyla, ücretle veya herhangi maddi veya manevi bir menfaati karşılıklı taşıdığı kimselerin uğradığı zararları sigorta şirketince ödenen işleten, hatır için karşılıksız taşıdığı kimselerin uğradığı zararları ödemek durumunda kalabilecektir. Bu sonucun ise hakkaniyete aykırı olduğu, karşılıksız yardımda bulunan kişilerin, aynı işi bir ücret karşılığı yapanlara göre korumasız bir duruma düşecekleri, bunun da toplumdaki yardımlaşma ve iyilik duygularına zarar vereceği açıktır.

Sorumluluk sigortalarıyla her ne kadar sigorta ettirenin korunması amaçlanmış ise de, aslen sosyal anlamda, zarar gören üçüncü kişilerin korunması da bu sigorta türleri ile sağlanmaktadır. Özellikle trafik sigortasında bu amaç çok daha öne çıkar³⁸. Trafik Garanti Sigortası Hesabı, bunun en temel göstergesidir. Bu nedenle, hatır için taşımaları bu korumanın dışına alarak hatır için taşınanları korumasız bırakmanın hiçbir gerekçesi yoktur.

KTK.m.87, düzenleme tekniği açısından da başarılı bir hüküm sayılmaz; KTK.m.87/f.1 yaralanma ve ölüm durumundan bahsetmekte ve böyle durumlarda genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. KTK.m.87/f.2 ise, zarar görenin yanında bulunan bagaj ve benzeri eşya dışındaki mala gelen zararlar için yine genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir. Bu durumda, hatır taşımada zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve ben-

³⁸ Bkz., Eren, s.713.

zeri eşya zararlarında dolayı KTK.m.85/f.1'in mi yoksa genel hükümlerin mi uygulanacağı hususu tereddüt doğurmaktadır³⁹.

Yukarıda açıkladığımız hakkaniyete aykırı sonucun önlenmesi, mevcut tereddütlerin giderilmesi amacıyla bir takım yasal düzenlemelerin yapılması gerekli olmaktadır. Bu konuda akla gelebilecek ilk çözüm, KTK.m.87'nin hatır taşımalarını genel hükümlere tabi tutan düzenlemesinin kaldırılmasıdır⁴⁰. Bu sayede, benzer yabancı hukuk sistemlerindeki düzenleme şekli, bizim hukukumuzda da geçerlilik kazanmış olacaktır.

Şöyle ki, İsviçre ve Alman hukukunda hatır taşımaları özel düzenlemelere konu edilmemiştir. Dolayısıyla, trafik kanunları ile getirilen sorumluluk sistemi, hatır için taşınanlar için de geçerli olmakta ve bu tür zararların sigorta kapsamında olup olmadığı hususunda da bir sorun ortaya çıkmamaktadır.

KTK'nun hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerine kaynak olan İsviçre hukukunda, hatır taşımaları sırasında meydana gelen zararlardan işleten, tehlike esasına göre sorumlu olmaktadır. KTK'nun hukuki sorumlulukla ilgili bölümlerinde İsviçre Trafik Kanununun büyük ölçüde etkisi olmuşsa da, hatır taşımalarına ilişkin hukuki düzenlemelerdeki gelişme ters yönde olmuştur. İsviçre'de hatır taşımalarına ilişkin düzenleme (SVG 59/3)⁴¹ 1975 yılında kaldırılmış olmasına rağmen, bizde 1953 tarihli 6085 sayılı KTK'da herhangi bir düzenleme yok iken, mevcut 2918 sayılı KTK'da, m.87 ile hatır taşımaları düzenleme kapsamına alınarak, hatır taşımacılığında ve aracın hatır için verilmesinde sorumluluk genel hükümlere tabi tutulmuştur⁴². Bu gün İsviçre'de bizde eskiden olduğu gibi, hatır taşımaları sırasında meydana gelen zararlardan, işleten tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olmakta; buna rağmen

³⁹ Bu konuda Ünán'ın aşağıdaki fikirlerine biz de katılmaktayız: "hatır taşımaları sırasında bagaj ve benzeri eşyanın zarara maruz kalmasından ileri gelen sorumluluğun KTK. m.85 f.1'e yani ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejimine tabi olması gerekmekte ise de, can zararını genel hükümlere bagaj ve benzeri eşya zararını tehlike sorumluluğuna tabi tutmak uygun olmadığından, kanımızca bu eşya zararları için dahi genel hükümler uygulanmalıdır." Ünán, (Kapsam) s.161.

⁴⁰ Ünán, Samim, Karayolları Trafik Kanunu'nun Sekizinci Kısımının "İşleten ve Araç İşleticisinin Bağlı Bulunduğu Teşebbüs Sahibinin Hukuki Sorumluluğu" Başlıklı Birinci Bölümü ile "Sigorta" Başlıklı İkinci Bölümünde Yapılan Değişikliklere Dair, Sigorta Hukuku Dergisi, 1998, S.1, s.84.

⁴¹ İsviçre hukukunda, eski İsviçre Trafik Kanununun (SVG- Strassenverkehrsgesetz) 59. maddesinin 3. fıkrasında "Yaralanan veya ölen kimse, hatır için karşılıksız taşınmış veya araç kendisine, hatır için karşılıksız bırakılmış bulunduğu takdirde; hakim, tazminatı indirebileceği gibi, özel durumlarda tamamen kaldırılmasına da karar verebilir. Bu kural, zarar görenin beraberinde taşınan şeylere gelen zararlar için de geçerlidir" hükmü bulunmaktaydı.

⁴² Kılıçoğlu, Ahmet, 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, Batider 1984, C. XII, S. 2-3, s. 43.

men, taşımanın karşılıksız yapılması nedeniyle söz konusu durumlarda sorumluluk hukukunun genel kurallarına göre, işletenin zararı giderim yükümlülüğünün azaltılması mümkün olabileceği gibi, sorumluluktan kurtulmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴³.

Alman hukukunda, StVG § 8a/1, motorlu taşıt aracıyla taşınan kişinin ölümü ya da yaralanması durumunda, bir bedel karşılığında ve taşıma faaliyeti çerçevesinde yapılan yolcu taşınması bakımından, işletenin § 7 uyarınca sorumlu tutulacağını öngörmekte; buna karşı hatır için taşıma ya da aracı hatır için kullandırma durumlarında, sorumluluk ilişkilerini düzenlemektedir. Bununla beraber, Alman öğreti ve uygulaması “hatır için taşıma” sorununu çeşitli görünümleri ile incelemiş ve bu gibi durumlarda, işletenin sorumluluğunun azaltılabileceği ya da duruma göre zararı giderim yükümlülüğünün tümüyle kaldırılabilmesi sonucuna varmıştır⁴⁴.

Türk hukukunda da, bu konuda herhangi bir düzenleme ihtiva etmeyen eski KTK'nun geçerli olduğu dönemde, hatır için ücretsiz taşınmalar konusunda düzenleme bulunmayan hususlarda BK'nun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, böylece yargıcın BK.m.43/1'in ışığı altında, tazminatın çevresini takdir ederken hal ve şartları göz önünde tutacağı ve yolcunun karşılıksız olarak taşınmasını tazminat miktarını azaltıcı bir sebep sayacağı kabul edilmekteydi⁴⁵.

Bugün de, hatır taşınmalarını genel hükümlere tabi tutan KTK. m. 87/1 yürürlükten kaldırılarak, hatır taşınmaları da KTK'nun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk sistemine dahil edilebilir. Bu durumda, zararın tazmininde BK. m. 43/1 gereğince hatır ilişkisi göz önüne alınacaktır. Hatır için yardımda bulunma dolayısıyla zarar failine hükmedilecek tazminatta ne oranda indirim yapılması gerektiğini, hakim takdir yetkisine dayanarak (MK.m.4) kararlaştıracaktır.

Bu konuda düşünülebilecek diğer bir çözüm de, KTK.m.87/1'deki genel

43 **Özsunay, Ergun**, Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından “Kusur”un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 121; **Ünan**, (Kapsam) s. 163,164; **Kılıçoğlu**, s. 43

44 **Özsunay**, s. 118,

45 **Zeyneloğlu**, s. 68; **Akman**, s. 125; **Özsunay**, s. 122. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında şu hususları vurgulamaktadır; “olay günü yürürlükte olan 6085 sayılı Karayolları Trafik Yasasında hatır için taşımayı düzenleyen bir hüküm yoksa da, hatır yolcusunun yaralanması durumunda BK.m.43/I uyarınca tazminatın kapsamı belirlenmelidir” 4.HD., 15.2.1988 T. 8931 E. 1388 K. (**Karahasan**, s. 1101,1102)

hükümlere yapılan yollamanın, zorunlu trafik sigortası limitleri üzerindeki zararlar için söz konusu olacak şekilde yeniden hükme bağlanması olabilir. Bu durumda, sorumluluk sigortası limitleri içerisinde sorumluluk tehlike esasına tabi olacağından, sigortacı bu zarardan sorumlu olacaktır. Zarar sigortacı tarafından ödeneceğinden hatır için taşıyanın hakkaniyete aykırı bir sonuçla karşılaşması önlenmiş olacaktır. Aracın zorunlu trafik sigortasının bulunmaması durumunda ise, yasal yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, üçüncü kişilerin durumunu riske atan işletenin tehlike esasına göre sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülemeyecektir. Ayrıca bu durumda da hatır taşınması BK.m.43/1 uyarınca bir tazminattan indirim sebebi olacaktır⁴⁶.

SONUÇ

Hatır için taşınan ve kendilerine hatır için motorlu araç verilen kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk konusunu düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'ndaki hükümlerin, trafik sigortacısının bu tür zararlardan sorumlu olup olmadığı noktasında hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu ortadadır.

Şöyle ki, araç sahibinin ya da işletenin kusurlu olması durumunda, zararını sigorta şirketine tazmin ettiremeyen hatır için taşınan, işletene başvuracak ve zararını işletenden isteyecektir. Dolayısıyla, bir menfaati karşılıklı taşıdığı kimselerin uğradığı zararları sigorta şirketine ödenen işleten, hatır için karşılıksız taşıdığı kimselerin uğradığı zararları ödemek durumunda kalabilecektir. Bu sonucun hakkaniyete aykırı olduğu, karşılıksız yardımda bulunan kişilerin, aynı işi ücret karşılığı yapanlara göre korumasız bir duruma düşecekleri, bunun da toplumdaki yardımlaşma ve iyilik duygularına zarar vereceği açıktır.

Bu hakkaniyete aykırı sonucun ortadan kaldırılması düşüncesi, yargı organlarının, birbirlerine aykırı nitelikte kararlar vermelerine neden olduğu gibi, doktrinde de mevcut yasal düzenleme üzerinde farklı düşüncelerin ileri sürülmesine ve farklı yorumların yapılmasına neden olmuştur.

KTK.m.85/1, 87/1 ve 91/1'in açık düzenlemeleri karşısında, hatır için taşınan kişilerin uğradıkları zararları zorunlu sorumluluk sigortası kapsamında gören görüş ve bu yöndeki yargı kararlarına katılabilmek zordur. Dolayısıyla, yargı kararları arasında birliğin sağlanması, yargıya duyulan güvenin

⁴⁶ 6085 sayılı eski KTK.m.50/V'de zorunlu sigorta limitlerini esas alan, kusur sorumluluğukusur karinesine dayanan sorumluluk ayırımı için bkz., **Tandoğan, Haluk**, Trafik Kanununun Hukuki Mesuliyete Dair Hükümlerinde Yapılan Yeni Tadillerin Tahlil ve Tenkidi, Batider, 1961, C. 1, S. 1, s. 76 vd.

korunması ve hakkaniyete uygun bir hukuki sonucun elde edilebilmesi açısından birtakım yasal düzenlemelerin yapılması gerekli olmaktadır.

Bu amaçla, hatır için taşımalardan kaynaklanan sorumluluğu genel hükümlere tabi tutan KTK.m.87/1'in kaldırılması, düşünülebilecek bir çözüm şeklidir. Bu durumda, benzer yabancı hukuklarda da olduğu gibi, hatır taşımından kaynaklanan sorumluluk, tehlike sorumluluğu olarak kalacak, bununla birlikte yargıç, tazminatın hesaplanmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde (taşımanın karşılıksız olmasına dayanarak) tazminattan indirim yapabilecektir.

Bu konuda düşünülebilecek diğer bir çözüm ise; KTK.m.87/1'deki genel hükümlere yapılan yollamanın, zorunlu trafik sigortası limitleri üzerindeki zararlar için söz konusu olacağı şekilde yeniden düzenlenmesi olabilir. Böylelikle, limitler dahilindeki zararlarda sigortacı sorumlu olacak, limiti aşan zararlarda ise, işleyen ya da bağlı olduğu teşebbüs sahibi genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Yasal yükümlülüğünü yerine getirmeyerek zorunlu sorumluluk sigortasını yaptırmamış olan işletenin, sorumluluk sigortası limitlerine kadar tehlike esasına göre sorumlu tutulması da hakkaniyete aykırılık oluşturmayacaktır.

ROMA HUKUKUNDA ERROR IN MATERIA VE ERROR IN SUBSTANTIA

*Yrd.Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY**

GİRİŞ

Roma hukukunun hata doktrini ile ilgili olarak üzerinde tartışılan konulardan bir tanesi de, günümüzde temel hatası olarak nitelendirilen esaslı vasıf hatalarının, Roma hukukunda sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran hata olarak değerlendirilip değerlendirilmediği sorunudur.

Roma hukukunda esaslı vasıf hatasının dikkate alınmasının ancak, klâsik sonrası dönemde ve münferit olaylarda söz konusu olduğu, **Iustinianus** döneminde bile, münferit durumlarda dikkate alındığı, hukuki işlemin geçerliliğini etkileyen genel bir sebep olarak kabul edilmediği iddia edilmektedir. Bu görüşe göre, esaslı vasıf hatasının hukuki işlemin geçerliliğini etkileyen genel bir kural olarak kabul edilmesi Ortaçağ Roma hukuku doktrininin etkisiyle olmuştur¹.

Gerçekten de klâsik hukukçulara ait metinlerin tamamında, esaslı vasıf hatasının her zaman dikkate alındığını söylemek doğru olmaz².

Vasıf hatası ile ilgili olarak Romalıların kullandıkları iki kavram vardır: *Error in materia* ve *error in substantia*. Bu kavramlar Roma hukukunda eş anlamlı olarak kullanılmamıştır. Flume'ye göre Romalılar, bu iki kavramla esaslı vasıf hatası ve esaslı olmayan vasıf hatası arasındaki farkı ifade etmeye çalışmışlardır³. Ancak yazarlar bu iki kavram arasındaki farkı izah etmenin zorluğu-

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 KARADENİZ ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Şahsın Hukuku, Hakların korunması, Ankara, 1997, s. 232; HAUSMANINGER, H./ SELB, W., Römisches Privatrecht, Wien-Köln, 1981, s. 289.

2 Hangi vasıf hatalarının sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağı hususunda Romalı hukukçular tarafından genel bir kural geliştirilmemiştir. Bu konuda sadece münferit kararlar mevcuttur. WINDSCHEID, B., Lehrbuch des Pandektenrecht, 9. Auflage von Theodor KIPP, Band I, Frankfurt am Main, 1906, s. 393.

3 FLUME, W., Eigenschaftsirrthum und Kauf, Regensburg-Münster, 1975, s. 68.

nu da ifade etmektedirler⁴.

A - Error in Materia

Error in substantia ile **error in materia** eş anlamlı değildirler⁵. Aksine her ikisi de farklı olaylara ilişkindir. **Substantia** ve **materia** rastgele kullanılan kelimeler değildirler. **Substantia**, Roma hukuku kaynaklarında, malın özünü, kendisini ifade etmektedir. **Error in substantia**'da belirli bir madde yerine, bir başkası zannedilmek sureti ile (aliud pro alio), bir maddenin belirlenmesi üzerinde yanılma olmuştur. D.18.1.9.2'de şarap yerine sirke, altın yerine bakır satılmaktadır ve **error in substantia** mevcuttur. **Error in materia** ise, satılan şeyin niteliklerine ilişkindir ve bu örnekte böyle bir hata söz konusu değildir⁶.

4 MAYER-MALY, T., Römisches Privatrecht, Wien, 1991. s. 91; ZIMMERMAN, R., The Law of Obligations Roman Foundations of The Civilian Tradition, Regensburg-München, 1992., s. 512; SCHMIDLIN, B., Das Obligationenrecht, Bern, 1993., s. 15.

5 WOLF, J. G., Error im Römischen Vertragsrecht, Köln/Graz, 1961, s. 121.

6 Modern hukuklarda hata ile ilgili tartışmalarda bu ayırım hâla yaşamaktadır. Bir şeyin ya da kişinin vasıflarında hata, bazen o şeyin ayniyetinde ya da kişinin hüviyetinde hataya (identitätsirrtum) düşülmesine sebep olmaktadır. Bir eşyanın vasıflarında hata ile aynında hata arasındaki fark çok net değildir. Yani vasıf hatası beyan hatası sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, A mektupla B'ye "Su Perisi" adlı yarış atını belirli bir bedel karşılığında satmayı teklif ediyor. B, aynı adı taşıyan, A grubu bir arap atının söz konusu olduğunu sanarak kabul cevabını bildiriyor. Halbuki, A'nın satmayı teklif ettiği at C grubu bir arap atıdır. Burada, alıcı, hiç görmediği, yalnızca adı ile tanıdığı A grubu yarış atı sanmıştır.

Bir alıcının gerçekte altın olmayan bir yüzüğü altın zannederek satın almak istemesi ya da alıcının van Gogh'un bir tablosunu orijinal olmadığı halde orijinal olduğu kanaatiyle satın alması ihtimallerinde de beyanın muhtevasında esaslı hataya düşülmüştür. Daha doğrusu, vasıf hatası hukuki işlemin konusunda hatanın sebebini oluşturmaktadır.

Bu hukuki problemlerin çözümünde yazarların farklı fikirleri ileri sürmeleri ve hatta, klâsik Roma hukukçularının benimsemiş oldukları fikirleri ifade etmeleri mânidardır. Bir görüşe göre bu durumda sözleşme konusunun ifasının imkânsız olması yüzünden sözleşme hükümsüz kabul edilecektir. LARENZ, K., Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl., München, 1983, s. 383; TITZE, H., Vom sogenannten Motivirrtum, (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, N., Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 55'den naklen.); ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Tübingen, 1960. (STAUDINGERS/DILCHER, H., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, Berlin, 1980, s. 256'dan naklen); Bir diğer görüşe göre ise, olayda imkansızlık hükümlerinin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bunun yerine ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması daha mantıklıdır. FLUME, Eigenschaftsirrtum, s.108; "...satılan şeyi, kendisi (özü) ve vasıfları diye iki ayrı kısma ayırmanın caiz olmaması...", "Şu halde kopya tablo teslimini sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi kategorisine sokmaktan başka çare yoktur". KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Hata, s. 75-77; BECKER, H., Kommentar zum

Örneğin, tarafların bir altın parçasının satımı üzerinde anlaşmaları durumunda, şayet taraflardan her ikisi ya da biri, bakır bir metali altın zannediyorlarsa, **error in substantia** vardır. Burada eşyanın özünde bir yanılma vardır. Satım konusunun görünüşte yalnızca madde olarak belirlenmesi satım sözleşmesinin meydana gelmesi için yeterli değildir. Çünkü, satım konusu olarak altın yoktur. Bundan dolayıdır ki, burada satım sözleşmesi meydana gelmeyecektir.

Satım sözleşmesi, satılan şeyin vasıflarını kapsamadığında, alıcının ya da her iki tarafın şeyin bir vasfı üzerinde hatası, örneğin, aslında altın suyuna batırılmış olan satılan vazanın altın olduğu ve bakire olmayan bir kölenin bakire olduğu düşüncesi, sonuçta satım konusunun belirlenmesini engellemektedir. İşte, bu hataya **error in materia** denmekteydi ve klâsik hukukçular satım konusunun belirlenmesini engellemeyen hatanın (**error in materia**) satımın geçerliliğini engellemeyeceği düşüncesindediler⁷.

Sözleşmenin taraflarının buradaki yanılması, bakır bir metali altın, kadın köleyi erkek zannetmelerinden farklıdır. Bakır bir metalin altın olduğu düşüncesi ya da kadın kölenin erkek köle olarak kabulü, satım konusunun belirlenmesini engellemektedir. Dolayısıyla böyle bir hata (**error in substantia**) durumunda sözleşme geçerli olarak kurulmayacaktır. Halbuki, altın suyuna batırılmış bir metali altın zannetmek, bakire olmayan bir köleyi bakire zannetmek ya da düşük kalitede olan bir altını yüksek kalitede zannetmek sadece malın niteliklerinde hata oluşturur ve konunun belirlenmesini engellemez. Bundan dolayıdır ki, böyle bir hata (**error in materia**) durumunda sözleşme geçerli olarak kurulur.

Roma hukukunda vasıf hatasının (**error in materia**) genellikle dikkate alınmadığını gösteren metinler mevcuttur:

1. Paul. D.19.1.21.2:

“Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de **qualitate** autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non essa deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreat emat, quae non sunt”.

“Madde üzerinde irade birliği olduğu halde, kalitesi üzerinde irade uyuşması olmasa bile, alım satım vardır. Taraflar satılan mal üzerinde anlaş-

Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 1941, s. 133.

⁷ WOLF, a.g.e., s. 151 vd.

mişlardır, fakat alıcı masayı limon ağacından zannetmektedir”⁸.

2. Paul. D.18.1.10:

“Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet”

“Altının alıcının tahmininden daha düşük değerinde olması halinde alım satım geçerlidir”.

3. Ulp.D.18.1.11:

“Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio”.

“Eğer ben, bakire olduğunu düşünerek bir kadın köle satın almışsam, kölenin benim düşündüğümün aksine bakire olmaması halinde alım satım geçerlidir, çünkü cinsiyet konusunda yanlışlık yoktur. Buna karşılık ben, kadın köle satmak istediğim halde, sen erkek köle almak istiyorsan, alım satım geçersizdir. Çünkü cinsiyette yanlışlık söz konusudur”.

4. Paul.D.45.1.22:

“Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris”.

“Eğer ben, aslında bronz olan, fakat benim altın olarak düşündüğüm bir şeyi, stipulatio yoluyla senden talep etsem, sen bana karşı bronzdan sorumlu olursun. Çünkü, biz konu üzerinde anlaşmışız. Eğer sen beni bilerek aldatmış isen, sana karşı **clausula doli mali**'den dolayı dava açarım”.

Bu metnin değerlendirilmesi ise kolay görünmemektedir. Çünkü, metinde alacaklının konuşurken ne tür bir hata yaptığı açıkça belirtilmemiştir. Ancak stipulatio kurulurken, alacaklı ve borçlunun kullandığı kavram aynıdır. Alacaklının “bana şu bronz şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun?” sorusuna, borçlunun “taahhüt ediyorum” şeklinde cevap vermesi ile kurulan **stipulatio certa**'da borçlunun bronz olan şeyi borçlandığı açıktır.

Bazı yazarlar, Paulus'un buradaki hatayı, sözleşmenin konusunun belirlenmesini engellemeyen, dolayısı ile de sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olmayan bir vasıf hatası olarak değerlendirdiğini düşünmektedir-

⁸ ERDOĞMUŞ, B., /TAHİROĞLU, B., Roma Hukuku (Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar), İstanbul, 2000, s. 157, dn.171; WOLF, a.g.e., s. 157; FRIER, W. B., Roman Law and Wine Trade: The Problem of “Vinegar Sold As Wine”, SZ. 100 (1983), s. 271.

ler⁹. Bu görüşe göre, sözleşmede altın yada bronz ifade edilmemiş, sadece gerçekte bronz olan, fakat alıcının altın olduğunu düşündüğü “bu şey” söz konusu edilmiştir. Ayrıca Paulus'un burada tek taraflı hatadan dolayı stipulatio'nun geçersiz olup olmadığı sorununu ele almamış olması da bu görüşün bir delili sayılabilir. **Stipulatio certa**'da geçerliliğinin sebebi, satım sözleşmesinde olduğu gibi, satılan şeyin vasıflarının edimin belirlenmesi açısından önemsiz kabul edilmesidir¹⁰.

5.Iul. D. 18.1.41.1:

“Mensam argento coopertam mihi ignorantanti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur”.

“Saf gümüşten olduğu zannedilerek, gümüş kaplama masanın satın alınması halinde satım hükümsüzdür”.

Iulianus'un tarafların sözleşmenin konusu üzerinde anlaşmalarına rağmen, vasıflarındaki eksiklik (**error in materia**) dolayısı ile hükümsüzlük kararı vermiş olması, diğer klâsik hukukçuların fikirleri ile bağdaştırılması zor bir durumdur¹¹.

Iulianus, burada ya satılan şeyin belirlenmiş olmasından hareket ederek, sözleşmeyi geçerli sayacak ve vasıf eksikliğinden dolayı semenin indirilmesine hükmedecekti ya da sözleşmenin konusu belirlendiği halde vasıflardaki eksikliklerden dolayı sözleşmeyi geçersiz sayacaktı. O, ikincisini tercih etmiştir ve sözleşmenin geçersizliğine hükmetmiştir¹².

B - Error in Substantia

Savigny, **error in substantia**'yı tıpkı **error in corpore**'de olduğu gibi, “iradesiz beyanlar” başlığı altında incelemiştir. Savigny'e göre, yanılan kimseye bir itiraz hakkı vermek sureti ile, **error in substantia**'da hukuki işlemi

⁹ WOLF, a.g.e., s. 164; FLUME, W., Zum Römischen Kaufrecht, SZ. 54 (1934), s. 333.

¹⁰ WOLF, a.g.e., s. 165; Konusu belirli olan stipulatio'da her iki tarafın şeyin vasıfları üzerinde birlikte hataları da sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engellemez. FLUME, Kaufrecht, s. 333; Ancak bu metnin bazı bölümlerinin Kompilatörler tarafından eklendiği yönünde iddialar mevcuttur. Buna göre, “**quoniam in corpore consenserimus**” (çünkü biz konu üzerinde anlaşmışız) cümlesini Kompilatörler, stipulatio'nun geçerli olarak kurulduğunu göstermek için metne dahil etmişlerdir. BESELER, G., Miscellanea, SZ, 45, (1925), s. 222; FLUME, W., Irrtum und Rechtsgeschaeft im Römischen Recht, Festschrift Schulz, I., 1959, s. 251; SIMONIUS, A., Bemerkungen zur Römischen Irrtumslehre, Festschrift Paul Koschaker, c. I., 1939, s. 361; VOCI, BETTI, (WOLF, a.g.e., s. 165'den naklen).

¹¹ FLUME, Irrtum, s. 332.

¹² WOLF, a.g.e., s. 162.

geçerli saymak mümkün iken, Roma hukuku, **error in substantia**'ya **error in corpore** ile aynı sonuçları bağlamıştır.

Bu konu ile ilgili en tartışmalı metin ise Ulpianus'a aittir.

1. Ulp.D.18.1.9.2:

§. 2. "Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed **in substantia error sit**, ulputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio et veditio sit? Marcellus sciripsit libro sexto digestorum, emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ?, id est, substantia est, si modo vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, id est, intinetus, **aluid pro alio venisse videtur**. In caeteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur".

§ 2. "Yalnız, eğer satımın konusunda yanılma yoksa, fakat vasıfta (**substantia**) bir hata varsa, örneğin, sirke şarap olarak, bronz altın olarak, kurşun ya da gümüşe benzeyen başkası gümüş olarak satıldığında, satımın geçerli olup olmayacağı sorunu vardır. Marcellus, Digesta'nın altıncı kitabında, satımın geçerli olduğunu yazıyor, çünkü satımın konusunda uyuşulmuştur, madde (niteliği) üzerinde yanılmış olunduğu halde. Şarap bakımından gerçi ben tamamen aynı düşüncedeyim, çünkü o (sirke), hemen hemen aynı öz (esas-cevher)'dür, şarap tamamıyla ekşi olduğunda. Eğer, şarap ekşitilmez, aksine başlangıçta sirkede varsa, sirkenin imalinde olduğu gibi, **kasdedilenden tamamen başkası satılmış kabul edilirse**, bu son durumda ben satımın hükümsüz olduğunu kabul ederim, çünkü öz'de bir hata vardır".

a- Marcellus'un Görüşü

Ulpianus'un naklettiğine göre, Marcellus, hatanın malın luzumlu vasıflarına (malın özüne) ilişkin olduğu durumlarda (**error in substantia**), tarafların sözleşmenin konusu üzerinde anlaştıklarını ve alım satım sözleşmesinin geçerli olduğunu belirtmektedir¹³. Ancak Ulpianus kendisinin bu görüşe katılmadığını da ifade etmektedir.

Marcellus'a atfedilen görüşün doğruluğunu kabul edecek olursak, bu bizleri şu sonuca götürür: Bir eşyanın belirlenmesi için esas olan onun dış görünüşüdür, yoksa maddenin vasıfları (özü) değildir. Sözleşmenin taraflarının madde üzerindeki farklı subjektif değerlendirmeleri anlamsızdır. Yani, yalnızca **error in corpore** esastır. Hatanın şekli **error in substantia** ve **error**

¹³ ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, a.g.e., s. 157; KASER, M., Römisches Privat Rechts, Juristische Kurz lehrbücher, München, 1986, s. 54; FLUME, Irrtum, s. 333.

in materia'ya ilişkin ise, esaslı olarak kabul edilemez.

b- Ulpianus'un Görüşü

Buna karşılık Ulpianus, şekil üzerinde uyuşmanın yeterli olmadığını, maddenin (özü) vasıfları üzerinde de irade birliğinin aranması gerektiğini savunmaktadır¹⁴. Şarap yerine sirke, altın yerine bakır, gümüş yerine kurşun satılması durumlarında, Ulpianus'a göre, satım hükümsüzdür¹⁵. Ancak Ulpianus'un bu hükümsüzlüğü neyin üzerine bina ettiği hususunda görüş farklılıkları mevcuttur. Eskiden beri, Ulpianus'un burada esaslı vasıf hatasından dolayı (**error in substantia**) hükümsüzlüğe hükmettiği kabul ediliyordu. Ancak LENEL'in değerlendirmelerinden sonra, burada, "satım konusunun niteliklerine ilişkin, taraflardan birinin değil, her iki tarafın da birlikte hatasının bulunduğu" fikri paylaşılmaya başlanmıştır¹⁶.

Lenel¹⁷ ve Zitelmann¹⁸'a göre, vasıf hatası bir saik hatasıdır ve bu yüzden dikkate alınmaz. Onların düşüncelerine göre, klâsik hukukçular, satım konusuna ilişkin tek tarafın hatasını dikkate almamışlar, yalnızca, satım konusunun esaslı vasıfları üzerindeki, her iki tarafın birlikte hatasının satımı hükümsüz kılacağını kabul etmişlerdir¹⁹.

Bir görüşe göre de, satım konusunun niteliklerine ilişkin bir hata burada söz konusu değildir. Çünkü, bakırı altın olarak sanmanın, sözleşmenin her iki tarafına mı, yoksa sadece alıcıya mı ilişkin olduğu hususunda metinde açıklık yoktur. Çünkü, Romalılar **error in substantia** problemini tamamen satım konusunun belirlenebilmesi açısından ele almışlardır. D.18.1.9.2'den tarafların birinin ya da her ikisinin yanıldığı sonucunu çıkarmak mümkün

¹⁴ WUNNER, S.E., *Contractus*, Köln/Graz, 1964, s. 215; PFEFFERMANN, B., *Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschäften*, Berlin, 1903., s. 64; FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 2. Band, *Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, Newyork, 1975., s. 436.

¹⁵ APATY, P./KLINBERG, G./STIEGLER, H., *Einführung in das Römische Recht*, Wien, Köln, Weimar, 1994., s. 177.

¹⁶ FRIER, a.g.m., s. 266.

¹⁷ LENEL, O., *Der Irrtum Über Wesentliche Eigenschaften*, *Archiv für die Zivilistische Praxis* 123, (1925), s. 161 vd.

¹⁸ ZITELMANN, E., *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, s. 199 vd.

¹⁹ KUNKEL, W., *Römisches Privatrecht*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949, s. 109; SCHULZ, Fritz., *Classical Roman Law*, Oxford, 1969, s. 529; BESELER, a.g.m., s. 213; SIMONIUS, a.g.m., s. 361; PRINGSHEIM, VOCI, BETTI, ARANGIO-RUIZ'de aynı düşüncüyü paylaşmaktadır (WOLF, a.g.e., s. 114'den naklen).

değildir²⁰.

Bu görüşü savunan Flume'ye göre, klâsik hukukçuların hükümsüzlük kararlarının temelinde, satım konusunun niteliklerine ilişkin tarafların birlikte hatası değil, satım konusu üzerinde tarafların anlaşamaması, yani satım konusunun belirlenememesi bulunmaktadır²¹. Bu düşünceye göre, Roma hukukçuları, parça satımlarında uzlaşmanın, satım konusunun (belirlenmesine tesir eden) vasıflarına da şamil olması gerektiğini kabul etmektedirler. Ulpianus, satım konusunun farklı olmasına ilişkin kararında, satıcının maldaki maddi ayıplardan dolayı sorumluluğuna ilişkin kurallara da dayanmaktadır. Buradan da anlaşılıyor ki, sözleşme geçerli olarak kurulmamıştır. Alıcının korunması için tek çıkış yolu satım sözleşmesinin hükümsüzlüğünü kabul etmektir²².

Yazara göre, Ulpianus, tarafların yalnızca satımın konusu üzerinde uyuşmalarını, satım sözleşmesinin geçerliliği için yeterli görmemektedir. Satım konusunun belirlenmesi, onun (esaslı) vasıfları üzerinde (**error in substantia**) de tarafların anlaşmış olmalarını gerektirmektedir. Örneğin, belirli bir sıvının şarap olarak, bir metalin altın ya da gümüş olarak satılmasında olduğu gibi. Eğer şarap olarak satılan sıvı, şarap değil de sirke ise, satım konusunun esaslı vasıflarında bir hata dolayısıyla değil, satım konusunun bu eksikliklerden dolayı belirlenememesi ve farklı şey satımı (**aliud pro alio**) dolayısıyla, satım sözleşmesi hükümsüzdür²³.

Rabel, altın metal yerine bakır metalin satılması sorununun, hatanın hukuki etkisini göstermesi için yeterli olmadığını söylemektedir. Ona göre, ya sözleşme geçerli kabul edilmelidir, çünkü, satım konusu üzerinde consensus vardır; ya da sözleşme geçersizdir, çünkü, satım konusu üzerinde uzlaşılammıştır. Rabel de, Ulpianus'un satım konusunun belirlenememiş olmasından dolayı satımın meydana gelmediğine hükmettiği hususunda Flume'nin fikirlerine katılmaktadır²⁴. "**nec emptio nec venditio sine re**

²⁰ FLUME, Kaufrecht, s. 328 vd.

²¹ FLUME, Eigenschaftsirrthum, s. 64 vd.

²² FRIER, a.g.m., s. 261; Flume de maddi ayıplardan satıcının sorumluluğunun alıcıyı tamamen koruyacak şekilde düzenlenmemiş olmasını, hükümsüzlük kararına gerekçe olarak göstermektedir. Alıcı ödemiş olduğu semmeni bu şekilde geri alabilecektir. FLUME, Rechtsgeschäft, s. 437.

²³ FLUME, Kaufrecht, s. 332-333; Flume buradaki vasıf hatasının (BGB. 119/II'de olduğu gibi) beyan hatası olarak değerlendirildiğini ifade etmektedir. FLUME, Rechtsgeschäft, s. 436.

²⁴ RABEL, E., Grundzüge des Römischen Privatrecht, II. Auflage, Darmstadt, 1955, s. 169; FLUME, Rechtsgeschäft, s. 438.

quae veneat potest intellegi". Yani, yazar'a göre, Ulpianus da malın luzumlu niteliklerinde hatayı (**error in materia**) dikkate alarak hükümsüzlük sonucuna varmamıştır. Ulpianus'a göre hükümsüzlük, satım konusunun belirlenememiş olmasından (**error in substantia**) kaynaklanmaktadır.

Ulpianus, şarabın satıldıktan sonra ekşimesi durumunda alım satımın geçerli olacağını söylemektedir²⁵. Yani satılan şeyin nitelikleri hususunda satım sözleşmesinin kurulması anında yanılma varsa bu sözleşme geçersizdir. Ancak, sözleşme kurulurken, nitelikleri üzerinde uyuşma olan bir malın niteliklerinin, sözleşmenin kurulmasından sonra değişmesi, sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir²⁶.

Flume'ye göre, bir parça altın yerine bir parça bakır satımı ile masa yerine sandalye satımı arasında fark yoktur. Masa yerine sandalye satımında nasıl sözleşme meydana gelmiyorsa, altın metal yerine bakır metal satımında da sözleşme kurulmamalıdır²⁷. Flume'nin görüşü şu noktada özellik arz etmektedir: Yazara göre Ulpianus'un hükümsüzlük kararının temelinde klâsik dönemin anlayışını yansıtan ve sözleşmenin konusunun taraflarca belirlenememiş olmasını ifade eden **dissensus** bulunmaktadır. Yoksa tarafların tek taraflı hatası hükümsüzlüğün sebebi olamaz²⁸.

c- Ulpianus ve Marcellus'un Görüşlerinin Farklı Olmadığı Görüşü

Wolf ve Rabel'in değerlendirmelerine göre ise, Marcellus ve Ulpianus'un fikirleri arasında fark yoktur. Her iki klâsik hukukçuya göre de, **error in substantia**, Savigny'nin de ele aldığı gibi, **error in corpore**'ye benzemektedir ve sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Aynı şekilde yine her iki hukukçuya göre **error in materia**, sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamaktadır²⁹.

Wolf'a göre, aslında Marcellus'un Ulpianus'dan farklı bir cevap vermesi düşünülmeydi. Şarap yerine sirke, altın yerine bakır (**acetum pro vine, aes pro auro**) satılıp satılmadığı hususunda, alımın gerekleri, yani, satım konu-

²⁵ ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, a.g.e., s. 157, dn. 170.

²⁶ MAYER-MALY, a.g.e., s. 91; FRIER, a.g.m., s. 264.

²⁷ FLUME, Rechtsgeschâft, s. 438. Ancak, Roma hukuku metinlerinde olmadığı halde, Flume'nin vermiş olduğu masa yerine sandalye satımı örneği ile, altın bir metal yerine bakır metalin satımının farklı şeyler olduğu ileri sürülmüştür. Hatacn, görüntüş olarak birbirine benzeyen altın metal yerine bakır metal satılması mümkün iken, masa yerine sandalye satılması mümkün değildir. WOLF, a.g.e., s. 118.

²⁸ FLUME, Rechtsgeschâft, s. 438.

²⁹ WOLF, a.g.e., 121; RABEL, a.g.e., 182 vd; SCHWIND, F., Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Wien, 1950, s. 266.

sunun belirlenmesi gerçekleşmemiştir. Bu durumda satımın meydana gelip gelmediğinin tartışılması imkansızdır. Bundan dolayıdır ki, Marcellus'un sözleşmenin geçerliliğine hükmettiği kararının, başka bir olay için geçerli olduğu söylenebilir: D.18.1.9.2'nin ifadesine göre, bu karar **error in materia** ile ilgilidir. Wolf'un ileri sürdüğüne göre, bu metinde geçen **substantia** kelimesi, interpolatio değişiklikleri sırasında **materia** kelimesinin yerine metne dahil edilmiştir. Bunun sonucu olarak, Marcellus'un **error in materia** için ifade ettiği fikirler bugün, sanki **error in substantia** için ifade edilmiş gibi algılanmaktadır. Bu metindeki karışıklığın sebebi budur³⁰.

SONUÇ

Bütün bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, Klâsik Roma hukukçularının **error in substantia**'nın, tıpkı **error in corpore**'de olduğu gibi, hükümsüzlük sonucunu doğurduğu konusunda fikir ayrılıkları yoktu. Onlara göre satım konusunun belirlenmesini engelleyen nitelik hatası esastır ve sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır³¹.

Roma hukukçuları arasında fikir ayrılıkları, **error in materia**'nın sözleşmenin konusunun belirlenmesini engelleyen bir hata olarak kabul edilip edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Ulpianus, Marcellus, Paulus, Marcianus gibi klâsik hukukçular³² böyle bir hatayı sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran bir hata olarak kabul etmemişlerdir³³. Iulianus³⁴ ise, böyle bir hatanın sözleşmeyi hükümsüz kılacağını savunmaktadır.

Ancak Ulpianus'un Marcellus'un fikrini naklettiği metnin³⁵ yeterince açık olarak ifade edilmemesinden ve interpolatio değişikliklerinden kaynaklanan bir takım tartışmalar mevcuttur. Gerçekten de metnin ifade ediliş biçim-

³⁰ WOLF, a.g.e., s. 121.

³¹ "Klâsik Hukukçular, **error in materia**'nin, malın maddi hüviyeti üzerine müteveccih olmadığı kistasını kabul etmek sureti ile, sözleşmenin geçerliliğini kabul etmeye temayül etmekte idiler. Iustinianus hukuku ise böyle bir hatayı (**error in materia**), nazarı itibara almaya daha fazla meyilli idi". DI MARZO, S., Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul, 1959, s. 81; WUNNER, a.g.e., s. 211.

³² Paul.D.19.1.21.2; Paul.D.18.1.10; Paul.D.45.1.22; Marci. D. 18.1.45; Ulp.D. 18.1.9.2 (Marcellus Zitât); Ulp. D. 18.1.11; Ulp. D.18.1.14.

³³ FLUME, Rechtsgeschâft, s. 437; BESELER, a.g.m., s. 213; RABEL, a.g.e., s. 169; KUNKEL., a.g.e., s. 109; SCHULZ, a.g.e., s. 529; SIMONIUS, a.g.m., 365 vd.; KASER, M., Das Römische Privatrecht, Das Alte Römische, Das Vorklassische und Klassische Recht, II. Aufl., München, 1971, s. 234; PRINGSHEIM, VOCI, BETTI, ARANGIO-RUIZ de aynı düşüncüyü paylaşmaktadır. (WOLF, a.g.e., s. 114'den naklen).

³⁴ Iul.D.18.1.41.1.

³⁵ Ulp.D. 18.1.9.2 (Marcellus Zitât).

den Marcellus'un **error in substantia** ve **error in materia** durumunda sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kanaatinde olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, Marcellus'un bu düşüncesi sadece **error in materia** durumunda geçerlidir. Konunun belirlenmesini engelleyen vasıf hataları (**error in substantia**) durumunda sözleşme O'na göre de kurulmayacaktır³⁶.

Son olarak şunu da ifade etmek gerektiği kanaatindeyim: Roma hukukunda bir hata problemi olarak ele alınan ve sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran **error in substantia** durumunu, yani, sözleşme konusunu teşkil eden şeyin (parça borcunun) belirlenmesini engelleyen vasıfları haiz olmamasını, İsviçre-Türk ve Alman hukukları bir hata problemi olarak ele almamaktadırlar. İsviçre-Türk hukukunda, (OR. m. 23, BK. m. 23 VE BGB, 119/II'nin tamamen dışında kalan) borcun hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlere göre çözülmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, van Gogh'un tablosunun kopyasının orjinal olarak satılması sorununu ya da bakır bir metalin altın zannedilerek satın alınması sorununu, Roma hukuku bir hata problemi olarak ele almakta ve Roma hukukundaki hakim fikre göre, konunun niteliklerinde yanılma, sözleşmenin konusunun belirlenmesini engellediğinden dolayıdır ki, sözleşme geçerli olarak kurulmamaktadır. Modern hukuklara göre ise, bu durumda sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Ancak ifanın kararlaştırılan edime uygun olarak yerine getirilip getirilmemesi probleminde hiç ifa etmeye ilişkin hükümler ile ayıplı ifaya ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanacağı konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir³⁸.

³⁶ WOLF, a.g.e., s. 152; FLUME, Eigenschaftsirrthum, s. 64. vd.

³⁷ BÜYÜKAY, Y., Roma Borçlar Hukukunda Hata, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s. 32 vd; FLUME, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, Newyork, 1975, s. 487; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 77.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKAY, a.g.t., s. 32, dn.91; ŞENOCAK, Z. Borçlar Kanunu'nun 96 vd. ve 194 vd. maddeleri açısından "aliud" (başka şeyin) teslimi, BATİDER, 1989, s. 131 vd.

İLÂM NİTELİĞİNDE SAYILAN NOTER SENETLERİNE DAYANARAK YAPILAN İLÂMLI İCRA TAKİBİNDE TAKİBİN İCRA TETKİK MERCİİNCE GERİ BIRAKILMASININ İSTENMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Seyithan Deliduman**

I- Genel Olarak

İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca, re'sen düzenleme biçiminde gerçekleştirilen kayıtsız ve şartsız tek taraflı para borcu ikrarını içeren re'sen düzenleme biçimindeki noter senetleri ilâm hükmündedir¹.

İİK m. 38 hükmü ile, ilâmlı icra takibinin başka bir dayanağını da, ilâm niteliğinde belge sayılan re'sen düzenleme biçiminde gerçekleştirilen kayıtsız ve şartsız tek taraflı para borcu ikrarını içeren noter senetleri oluşturmaktadır².

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 “Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet, münderecatı itibarıyla İİK'nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup, ilâmların icrasına dair hükümlere tabidir...” (12. HD 12.2.1985,1984-11667/1164: Uyar, T., İlâmlı Takipler, Manisa 1991, s. 113-114). “Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecatı itibarıyla İİK'nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup ilâmların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir. Anılan noter senedinin...” (12 HD 12.2.1985, 11667/1164: YKD 1985/6, s. 844-845). “Takip İİK'nun 38. maddesinde yazılı ilâm hükmünde sayılan noterden re'sen düzenlenmiş borç senedine dayanılarak yapıldığına göre, icra emrinin borçlunun bu senette yazılı adresine gönderilmesinde İİK'nun 21. maddesine aykırı bir durum yoktur. (12. HD 1.4.1976, 200/3997: YKD 1976/9, s. 1328-1329). İlâm niteliğinde sayılan noter senetleri konusunda geniş bilgi için bkz. Deliduman, S., Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 173 vd.

2 Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ilâm niteliğinde sayılan noter senetleri ile ilâmlar arasında hukuki nitelik ve gördükleri işlevler bakımından farklar bulunmaktadır. Herşeyden önce, ilâmlar, kural olarak, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmasına karşın, ilâm hükmünde sayılan noter senetleri bu özelliğinden yoksundur. Bunun dışında da farklar mevcuttur (geniş bilgi için bkz. Tanrıver, S., İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara

Kanun koyucunun re'sen düzenleme biçimindeki noter senetlerini ilâm hükmünde saymasının arkasındaki sebep bu senetlerinin İİK m. 38'da belirtilen ve ilâm hükmünde sayılan diğer belgeler gibi, hak sahiplerinin, haklarını açık ve kesin olarak bir başka ifade ile çekişmeden uzak bir biçimde ortaya koymasından kaynaklanmaktadır³.

Kayıtsız ve şartsız tek taraflı para borcunu içeren noter senetlerinin ilâm hükmünde sayılması, onların icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı statüye tabi olduğunu ifade etmektedir⁴.

İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi ilâm hükmünde sayılan belgeleri son derece sınırlı tuttuğu gibi, noter senetlerinin de tamamını ilâm hükmünde saymamıştır. Noterin sadece imzasını onayladığı ya da re'sen düzenleyip de, paradan başka bir taahhüdü içeren noter senetleri ilâm mahiyetinde değildir. İİK m. 38 hükmü uyarınca mücerret borç ikrar edilen noter senetleri değil, bilakis sadece para borcu ikrarını içeren noter senetleri ilâm hükmündedir⁵. Bundan başka, re'sen düzenleme biçimindeki noter senetleri sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur⁶.

II- Noter Senedine Dayanan İlâmlı İcra Takibinin Tetkik Merciiince Geri Bırakılması (İcra Emrine İtiraz)

İcra emrine itiraz⁷ suretiyle icra tetkik merciiinin takibi durdurmasını

1996, s. 83 vd).

³ Deliduman, s. 174.

⁴ Bu senetlerin ilâmların icrası bakımından ilâmlardan farklı olduğu hususları kanun koyucu ayrıca belirtmiştir. Örneğin İİK m. 39, II' de bu senetler hakkında farklı bir düzenleme yapılmıştır

⁵ "Takip dayanağı belgeler noterce düzenleme (re'sen) şeklinde oluşturulmamıştır. Noterin yaptığı işlem imza onaylamasıdır. Açıklanan bu nitelikleri nedeniyle bu belgelerin İİK'nun 38. maddesi kapsamında kabul edilmeleri olanaksızdır. Bu durum karşısında borçlulara icra emri çıkarılması yasaya uygun bulunmadığından bu yoldaki şikayetin kabul edilmemesi isabetsizdir" (12. HD 26.10.1990, 3319/10563 : Uyar-İlâmlı Takipler s. 101).

⁶ Bu husus Hükümet Gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir "Maddeye vüzuah verilmek suretiyle, ilâma muadil vesikaların cebri icra bakımından ilâmların rejimine tabi tutulduğu katiyetle beyan edilmiş ve vesikalar arasındaki muadelete rağmen tatbikatta bunların icrası hakkında yaratılmak istenen farklılara nihayet verilmek istenmiştir" denmektedir [6.9.1962, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılması ve bu kanuna bazı madde ve fıkralar eklenmesine dair kanun tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280) sa. 461, s. 5-6: Tanrıver, s. 83, dn. 2].

⁷ İİK'nun 33. Maddesinde "itiraz" terimine yer verildiğinden ve uygulamada da (özellikle Yargıtay kararlarında) "itiraz" terimi kullanıldığından, burada da itiraz deyimi kullanılmıştır. Ancak borçlunun itiraz olarak ifade edilen bu talebi, ilâmsız icradaki (teknik) anlamda bir itiraz değildir. Çünkü bu talep icra dairesine yapılmamakta ve yalnız böyle bir talep ile icra

düzenleyen İİK m. 33, 33a para ve teminat verilmesi hakkındaki ilâmlar için öngörülmüşse de, bu hükmün ilâm niteliğinde sayılan noter senetlerine dayanan ilâmlı takiplerde de uygulanması gerekir⁸.

1. Takibin Durdurulmasını İsteme Hakkı

İlâm hükmünde sayılan noter senedine dayanarak yapılan ilâmlı icra takibi üzerine, icra emrini alan borçlunun, takibin icrasını durdurabilmek için, icra tetkik merciinden icranın geri bırakıldığına dair bir karar getirmesi gerekir (İİK. m. 33, 33a). İlâm niteliğinde sayılan noter senedi ile borç altına giren borçlu, borcunu rızası ile ödemiş olabilir. Bu durumda normal olan, alacaklının borçluya senedi iade etmesi, iade etmezse bile en azından onu takibe koymaması, ona karşı takipte bulunmamasıdır. Ancak alacaklı, alacağını almış olmasına rağmen, borçlunun senedini iade etmemiş ve borçluya karşı bir ilâmlı icra takibi başlatması durumunda, böyle kötü niyetli bir alacaklı karşısında borçluyu korumak için, borçluya icra tetkik merciinden icranın geri bırakılmasını isteme hakkı tanınmıştır.

2. Takibin Durdurulmasını İsteme (İcra Emrine İtiraz) Süresi

İtiraz süresi, itfa, imhal veya zamanaşımının icra emrinin tebliğinden önceki veya sonraki dönemde gerçekleşmiş olmasına göre, ikiye ayrılır.

a- İcra Emrinin Tebliğinden Önceki Dönemde Gerçekleşen İtfa, İmhal veya Zamanaşımı İddiasında İcra Emrine İtiraz Süresi

Borçlu, icra emrinin tebliğinden önceki dönemde borcun itfa edilmiş veya ertelenmiş veya zamanaşımına uğramış olduğu iddiasında ise, icra emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde, icranın geri bırakılmasını isteyebilir; başka bir ifade ile yedi gün içinde icra emrine itiraz edebilir (İİK m.33, I)⁹.

Borçlu, yedi gün içinde icranın geri bırakılmasını istemezse (icra emrine itiraz

takibi kendiliğinden durmamaktadır (Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2000, s. 431).

⁸ Postacıoğlu, İ. E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 647; Kuru, s. 2309; Deliduman, s. 194; 12. HD 9.10.1990, 2447/9739; 24.11.1988, 1753/14210; 12.3.1980, 1193/2336; 30.10.1990, 3286/10684 (Uyar-İlâmlı Takipler, s. 450-451)

⁹ “53 örnek icra emri borçlulara 12.5.1994 günü tebliğ edilmiş, İİK'nun 33/1. maddesinde yazılı yedi günlük süre geçtikten sonra 25.5.1994 tarihinde icranın geri bırakılmasını istemişlerdir. Başvurunun süreden reddi gerekirken...“(12. HD 30.9.1994, 10713/11397; aynı doğrultuda: 12. HD 4.7.1994, 8933/9089 24.6.1994, 7943/8589 : Uyar, T., İcra ve İflas Kanunu, C I, İzmir 1996, s. 563).

etmezse), ilâmlı icra takibi kesinleşir ve borcu ödemek zorunda kalır¹⁰.

b- İcra Emrinin Tebliğinden Sonraki Bir Dönemde Gerçekleşen İtfa, İmhal ve Zamanaşımı İddiasında İcra Emrine İtiraz Süresi

Borçlu icra emrinin tebliğinden sonraki bir dönemde, borcun itfa edilmiş veya ertelenmiş veya zamanaşımına uğramış olduğu iddiasında ise, her zaman icranın geri bırakılmasını isteyebilir (İİK m. 33, II)¹¹. Bu durumda, ilâmlı icra takibi son buluncaya, başka bir ifade ile, ilâm hükmünde sayılan noter senedindeki alacak tahsil edilinceye kadar, icra emrine itiraz edilebilir¹².

3. İcra Emrine İtirazın Yapılacağı Mercii ve İtirazın Yapılış Şekli

İcra emrine itiraz, icra tetkik merciine yapılır. İtirazın yapılacağı tetkik mercii, ilâmlı icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinin bağlı bulunduğu icra tetkik merciidir (İİK m. 33, I)¹³.

Tetkik merciine değil de icra dairesine yapılan itiraz geçerli değildir¹⁴. Yargıtay önceleri "icra memurunun hiç bir işlem yapmadan dilekçeyi görevli tetkik merciine göndermesi gerektiği"ni¹⁵ belirtmişken, sonra hatalı olan bu görüşünü terk ederek, borçlunun icra dairesine yaptığı itirazın geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında¹⁶ bu hususu şöyle ifade

¹⁰ "İİK'nun 33/1 maddesi gereğince, ödeme itirazında bulunan borçlunun, icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile, icra tetkik merciine başvurması zorunlu olup, aksi halde takip kesinleşir. Borçluya icra emri 10.4.1980 tarihinde tebliğ edilmiş, borçlu 8.10.1980 ve 14.1.1980 tarihlerinde toplam (10.000) lira ödediğinden bahisle 5.6.1980 tarihinde tetkik merciine başvurmuştur. Şu duruma göre, 33. maddenin birinci fıkrasında gösterilen 7 günlük itiraz süresinin geçirilmiş olmasına..." (12. HD 25.11.1980 7071/8407 : Uyar-İlâmlı Takipler s. 469).

¹¹ Tanju, F., İcra ve İflas Kanunu'nun Noterleri ve Noterlikleri İlgilendiren Hükümleri, (TNBHD 1984/42, s. 14-22) s.15. "İcra emri borçluya 16.8.1991 tarihinde tebliğ edilmiş, İİK'nun 33. maddesi gereğince 7 gün içinde borcun itfa edildiğinden bahs ile tetkik merciine itiraz edilmemiş, takip kesinleşmiştir. Ancak icra emrinin tebliğinden sonraki devrede tahakkuk etmiş itfaya dayanan geri bırakma istekleri her zaman yapılabilir..." (12. HD 2.6.1992, 13303/7659 : Kuru, B., İcra İflas Hukuku, C III, Ankara 1993, s. 2276-2277).

¹² Çünkü, ondan sonra icra takibi son bulmaktadır. İlâmlı takibin son bulmasından sonra, borçlu ancak bir istirdat davası açabilir (İİK m. 33, IV; m. 33a, III; m. 72, VII).

¹³ "... itirazın 33. maddede yazılı şartlar çerçevesinde, icra tetkik merciine yapılması zorunludur...." (12. HD 8.10.1973, 9052/8712 : RKD 1974/4-5, s. 183-184; YKD 1975/2, s. 88).

¹⁴ Kuru, s. 2280; Uyar-İlâmlı Takipler s. 425.

¹⁵ Bkz. İİD 25.1.1963, 909/974 (Uyar-İlâmlı Takipler s. 425, dn. 15).

¹⁶ İİD 12.3.1971, 3066/2920 (RKD 1971/5, s. 133-134; ABD 1971/6, s. 1024). Aynı şekilde; İİD

etmiştir; “Re’sen düzenli ve bu itibarla ilâm hükmünü haiz olduğu iddia edilen noter senedine dayanılarak, ilâmların icrası yolu ile takibe girişilmiş, borçlulara icra emri tebliğ edilmiş olduğuna göre, borcun zamanaşımına uğradığına, imhâl veya itfa olduğuna dair itirazların, 33 üncü madde uyarınca ve takibin şekline ve sair sebeplere değinen şikayetlerin ise 16 ila 18 inci maddeler uyarınca ve 7 gün içinde tetkik merciine yapılması lazımdır. İcra memurunu yapılan itiraz ve şikayet takibi etkilemez”¹⁷.

İcra emrine itirazın mutlaka dilekçe ile yapılması gerekir (İİK m. 33, I). Borçlunun, yedi gün içinde olsa bile, tetkik merciine sözlü olarak yaptığı itiraz geçersizdir; sözlü itiraza rağmen ilâmlı icra takibi kesinleşir¹⁸.

İtirazın ispatını itiraz sebeplerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir. Bu yüzden itfa, imhâl ve zamanaşımı hallerinde itirazın ispatını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Borçlu, ilâm hükmünde sayılan noter senedine dayanarak yapılan ilâmlı icra takibi üzerine tebliğ edilen icra emrine, icra emrinin tebliğinden önceki veya sonraki bir dönemde, senetteki borcun itfa edilmiş olduğunu bildirerek itiraz edebilir (İİK m. 33, I ve II). Buradaki itfa deyimi; ödeme, hibe, ibra, her çeşit af, terkin ve takas¹⁹ gibi borcun son bulması sebeplerini kapsar²⁰.

Borçlunun, borcu itfa ettiğini ispatlaması, borcun icra emrinin tebliğinden önce veya sonra itfa edilmiş olmasına göre farklılık arz etmektedir. Buna göre:

- İcra Emrinin Tebliğinden Önceki Dönemdeki İtfanın İspatı

Borçlu, icra emrinin tebliğinden önceki bir dönemde borcun itfa edilmiş olduğunu, tetkik merciinde ancak belli belgeler ile ispat edebilir. Bu belgeler şunlardır:

Yetkili mercilerce (örneğin noterlerce) re’sen yapılmış veya usulüne uygun

3.11.1960, 10787/10868 (RKD 1967, S: 4, s. 117-118; 12. HD 26.11.1987, 12396/12188 (ABD 1988/2, s. 288-289); 12. HD 28.11.1988, 2513/14498 (YKD 1989/7, s. 984).

17 Yargıtay’ın aynı yönde kararları için bkz. 12. HD 9.3.1990, 2431/2344; 5.3.1990, 9089/2063 (Uyar-İlâmlı Takipler s. 425, dn. 16)..

18 Kuru, s. 2281. “İİK’nun değişik 33 üncü maddesinde belirtildiği gibi, ilâmların icrasının ertelenmesine müteallik isteklerin icra tetkik merciine verilecek istida ile yapılması ve maddede yazılı kanuni sebeplere ve vesikalara istinad ettirilmesi zaruridir. Tetkik mevzuu hadiseye gelince, borçlunun usulüne uygun bir talebi sebk etmiş olmadığına göre varit bulunmayan temyiz sebeplerinin reddine” (İİD 26.10.1961, 10107/9694 : AD 1962/1, s. 83).

19 “Takas def’inin 33. maddede yazılı itfa niteliğinde bulunduğu düşünülmeden ... “(12. HD 20.1.1983, 9968/187 : Uyar-İlâmlı Takipler s. 467).

20 Karaca, A., İlâmlı İcra Tatbikatı, İstanbul 1949, s. 222; Kuru, s. 2282; Uyar-İlâmlı Takipler s. 428.

olarak onaylanmış belgeler (İİK m. 33, I)²¹.

İmzası (icra dairesinde, tetkik merciinde veya mahkeme önünde) alacaklı tarafından ikrar edilmiş olan belgeler (İİK m. 33, I)²².

Tetkik mercii yukarıdaki belgeler dışındaki bir belgeye dayanarak, itirazın kabulüne (icranın geri bırakılmasına) karar veremez. Örneğin, ilâm hükmünde sayılan noter senedine dayanarak ilâmlı takip yapan alacaklı, borçlunun gösterdiği (dayandığı) adi bir ödeme belgesindeki imzayı inkar ederse, tetkik mercii İİK m. 68' V'e göre imza incelemesi yapamaz, borçlunun icranın geri bırakılması talebini (icra emrine itirazını) reddetmekle yükümlüdür. Yargıtay verdiği bir kararında bunu şöyle ifade etmiştir; "Takip 38. maddeye göre ilâm hükmündeki belgeye dayandığı takdirde ödeme def'inin 30. maddeye (33. madde olması gerekirdi) göre resmi veya ikrar edilmiş belge ile ispatı muktezidir. Binaenaleyh alacaklının inkar eylediği ödeme belgesindeki imzanın tatbiki cihetine gidilemez"²³.

- İcra Emrinin Tebliğinden Sonraki Dönemdeki İtfanın İspatı

Borçlu, ilâm hükmünde sayılan noter senedine dayanarak yapılan ilâmlı takip üzerine, icra emrinin tebliğinden sonraki bir dönemde borcun itfa edilmiş olduğunu, ancak noterlikçe düzenleme veya onaylama biçiminde yapılmış bir belge veya icra zaptı ile ispat edebilir; makbuzlar ve normal belge de noterlikçe düzenlenebilir ispat açısından (İİK m. 33, II)²⁴.

Burada (İİK m.33, II'de) imzası alacaklı tarafından ikrar edilen belgelere yer verilmemiştir. Kanımızca, ilâm hükmünde sayılan noter senetlerine dayanılarak yapılan ilâmlı takipte İİK m. 33, I hükmü kıyasen uygulanarak, borçlunun itfa itirazını, imzası (icra dairesinde, tetkik merciinde veya mahkeme önünde) alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge ile de ispat edebilmesi gerekir²⁵.

21 12. HD 13.11.1986, 1853/12173 (Uyar-İlâmlı Takipler s. 461-462). Bu belgeler konusunda geniş bilgi için bkz. Kuru, B. İcra İflas Hukuku, C I, İstanbul 1988, s. 367.

22 12. HD 28.6.1979, 5777/6039 (Uyar-İlâmlı Takipler s. 470).

23 İİD 25.10.1962, 10472/11307 (Kuru, s. 2283). "Takip dayanağı belgenin özel kanuna göre ilâm mahiyetinde bulunduğu, bu nedenle de icra emri tebliğ edildiği, borçlunun İİK'nun 33. maddesinde yazılı nedenlerle takibe itiraz edebileceği, imza inkarının söz konusu olamayacağı düşünülmeyen yetki dışına çıkılarak şahitler dinlenmek suretiyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir" (12. HD 24.11.1988, 1753/14210 : YKD 1989/5, s. 687-688).

24 "İİK'nun 33. maddesinin 2. fıkrasında açıklandığı gibi, icra emrinin tebliğinden sonraki devrede tahakkuk etmiş ifaya dayanan itirazların mutlaka noterlikçe yapılmış veya tasdik olunmuş veya icra zaptına istinat olunmalıdır. Kanunun bu açık hükmüne rağmen, haricen düzenlenmiş ve imzası ikrar olunmayan belgeler üzerinde bilirkişi tetkikati yapılarak itirazın kabul olunması isabetsizdir" (12. HD 12.6.1990, 13571/7328 : YKD 1990/9, s. 1338).

25 Erman, E. S. 538 sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler, AD, 1965/5-6, s. 565; Kuru, s. 2284;

Borçlu, İİK m. 33'teki belgelerden biri ile ilâmlı takibin dayanağı olan noter senedindeki borcun itfa edildiğini ispat ederse, tetkik mercii, icranın geri bırakılmasına karar verir (İİK m. 33, I, c.2). Bu karar ile, ilâmlı icra takibi durur. Daha doğrusu, itfa sebebine dayanılarak icranın geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, icra takibi son bulur (iptal edilir)²⁶.

Borçlu, İİK m. 33, I'de sayılan belgelerden biri ile borcun itfa edildiğini ispat edemezse, tetkik mercii, borçlunun icranın geri bırakılması hakkındaki talebinin reddine karar verir.

Tetkik merciinin, gerek icranın geri bırakılması hakkındaki kararı gerekse icranın geri bırakılması talebinin reddi kararı (alacakta ihtilafı kalan değer veya miktarın yirmi milyon lirayı geçmesi şartıyla) temyiz edilebilir (İİK m. 363/1)²⁷.

Borçlu, icra emrinin tebliğinden önceki veya sonraki dönemde borcun imhal edilmiş olduğunu, yani alacaklının borçluya borcunu ödemesi için bir süre vermiş olduğunu bildirerek, icra emrine itiraz edebilir (tetkik merciinden takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir). İmhal iddiasının ispatı onun icra emrinin tebliğinden önceki veya sonraki bir dönemde gerçekleşmiş olmasına göre farklılık arz etmektedir. Şöyle ki:

Borçlu, alacaklının icra emrinin tebliğinden önceki bir dönemde, kendisine borcunu ödemesi için bir süre vermiş olduğunu yetkili mercilerce (noterlerce) düzenleme veya onaylama biçiminde düzenlenmiş veya onaylanmış bir senet veya imzası icra dairesinde, tetkik merciinde veya mahkeme önünde alacaklı tarafından ikrar olunmuş bir belge ile ispat edebilir (İİK m.33, I).

Borçlu, ilâm hükmünde sayılan noter senedine dayanarak aleyhine ilâmlı icra takibinde bulunan alacaklı tarafından icra emrinin tebliğinden sonraki bir dönemde, borcunu ödemesi için kendisine mehil verildiğini iddia ediyorsa bunu mutlaka noterlikçe düzenleme veya onaylama biçiminde düzenlenmiş belgeler veya icra zaptı ile ispat etmelidir (İİK m 33, II).

Burada (İİK m.33, II'de) da imzası alacaklı tarafından ikrar edilen belgelere

Uyar-İlâmlı Takipler s. 429.

26 "... 33. maddede yazılı belgelerle sabit olan müdafanın kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi doğrudur" (dn. 435'te belirtilen kararın devamı).

27 "İcra emrine itiraz üzerine verilen kararların temyizi kabil bulunduğundan... "(12. HD 27.12.1989, 12674/16074 : Uyar-İlâmlı Takipler s. 455). İcraın geri bırakılması kararı alacaklı tarafından İİK ve HUMK'da yer alan şartlara göre temyiz edilebilirken, icranın geri bırakılmasının reddine ilişkin kararın temyiz edilebilmesi için kanun ek bir temyiz şartı aranmıştır (İİK m. 33, III). Bu hükmü göre borçlu, tetkik merciinin, geri bırakılma talebini reddettiği takdirde bunu temyiz etmek istiyorsa, temyiz süresi içinde bir teminat yatırması gerekir (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Karşlı, A., İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s. 86 vd.).

yer verilmemiştir. Kanımızca, ilâm hükmünde sayılan noter senetlerine dayanılarak yapılan ilâmlı takipte İİK m. 33, I hükmü kıyasen uygulanarak, borçlunun itfa itirazını, imzası (icra dairesinde, tetkik merciinde veya mahkeme önünde) alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge ile de ispat edebilmesi gerekir.

Borçlu, borcun noter senedindeki borcun ertelendiğini (imhal edildiğini) ispat ederse, tetkik mercii, icranın geri bırakılmasına karar verir (İİK m.33, II, c. 2).

Tetkik mercii, kararında, icranın ne kadar süre ile geri bırakıldığını (ertelendiğini) bildirmelidir. Bu karar ile, icra sadece durur, erteleme süresi geçtikten sonra, alacaklının talebi ile icra dairesi ilâmlı icra takibine devam eder²⁸. Borçlu, borcun ertelendiğini (imhal edildiğini) ispat edemezse, tetkik mercii, borçlunun icranın geri bırakılması talebinin (imhal -erteleme itirazının) reddine karar verir.

Tetkik merciinin imhal sebebi ile takibin durdurulmasına ve takibin durdurulmasının reddine ilişkin olarak verdiği karar temyiz olunabilir. Buradaki temyiz itfa itirazının kabulü veya reddine ilişkin tetkik mercii kararının temyizinde olduğu gibidir (İİK m. 363/1 ve m. 33, III).

İcranın geri bırakılması talebi reddedilen borçlu, borcu icra dairesine ödemek zorundadır, aksi takdirde zorla tahsil edilir.

Borçlu, noter senedindeki alacağın zamanaşımına uğradığı iddiası ile de tetkik merciinden takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

İlâm niteliğinde sayılan noter senedine dayanan icra takibinde zamanaşımı İİK m. 39, II'de düzenlenmiştir. Buna göre, noter senedine dayanan takip, senedin mahiyetine göre borçlar veya ticaret kanunlarında muayyen olan zamanaşımına tabidir (İİK m. 39, II).

IV- Borçlunun Borcu Ödememesi

İcra emrini alan senet borçlusu, yedi gün içinde (veya daha sonra) borcunu (faizi ve giderleri ile birlikte) icra dairesine öderse, icra dairesi bu parayı alacaklıya öder ve ilâmlı icra takibi son bulur²⁹. Ancak, icra emrini alan borçlu, yedi gün içinde borcunu ödemez ve tetkik merciinden icranın geri bırakıldığına dair bir kararı da gösteremezse, alacaklının talebi ile cebri icraya devam edilir. Burada alacaklı, iflasa tabi olan (İİK m. 43) borçlusu hakkında haciz veya iflas istemekte serbesttir (İİK m. 37).

²⁸ Kuru, s. 2296.

²⁹ Paranın alacaklıya ödenmesi (birden fazla alacaklı varsa, paylaşılması), tamamen gencl haciz yolunda olduğu gibidir (İİK m. 41, m. 138-142).

ŞAHSİYET HAKKINA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI*

*Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN***

I. ŞAHSİYET HAKKI

Şahsın hayatı, vücut tamlığı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, hürriyeti, özel hayatı ve sırları, kısaca insan olarak doğuştan sahip olduğu ve toplum içinde yaşamasının sonucu olarak kazandığı varlıkların tümü onun şahsiyetini oluşturur ve aynı zamanda şahsiyet hakkının konusunu teşkil ederler¹.

Türk ve İsviçre Hukuklarında, hayatı, bedeni, sağlığı, hürriyeti, şerefi, ismi ve resmi münferit olarak koruyan Alman Hukukundan farklı olarak²,

* Bu çalışma ilk olarak 1993 yılında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, fakat yayımlanmamıştır. Çalışmanın konusunu oluşturan önleme davasının, şahsiyet hakkının korunması bakımından arz ettiği öneme rağmen, aradan geçen süre içerisinde Türk Hukuk uygulamasından gereken ilgiyi görmediği gözlenmiştir. Bu bakımdan yayımlanmasının faydalı olacağı düşüncesiyle çalışma yeniden gözden geçirilmiş, bazı bölümler özetlenirken bazı bölümlere ilaveler yapılmıştır. Bunlar yapılırken doktrin ve uygulamadaki gelişmeler ve kanun değişikliği göz önünde tutulmuştur.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ Tandoğan, H., Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFD. 1963, C.XX, S.1-4, s.1-36, 12 (Şahsiyet); Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, E., Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası Ankara, 2000, 396; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 1995, 95; Özsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979, 97; Akipek, J./Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, C.I, 3. Bası, Ankara, 1998, 344; Serdar, İ., Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara, 1999, 27; Helvacı, S., Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, 14, 41(Koruyucu Davalar), Ataay, A., Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul, 1978, 122; Tekinay, S. S., Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1992, 249 (Genel Esaslar); Arpacı, A., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul, 1993, 97.

² Alman Medeni Kanunu (BGB) tanımamakla beraber, Federal Mahkeme 25 Mayıs 1954 tarihinde verdiği bir kararla genel bir şahsiyet hakkının varlığını ve korunmasını kabul

genel bir şahsiyet hakkının kabul edilip, korunması yoluna gidilmiştir³. Bu genel şahsiyet hakkı, inhisari (tekelci) bir nitelik taşır ve şahsın varolmak, varlığını serbestçe geliştirmek, hür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkını ifade eder⁴. Şahıs bu hakkı dolayısıyla şahsi varlıklarını başkalarının müdahalelerinden koruma ve bu hakka saygı gösterilmesini herkesten talep etme yetkisine sahiptir⁵. Şahsiyet hakkı şahıs varlığı hakları arasında yer alan, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla intikal etmeyen, haciz ve iflas yoluyla takibe konu oluşturmayan bir mutlak haktır.

Genel şahsiyet hakkının konusunu oluşturan şahsi varlıklar, şahsiyetin çeşitli görünümünden ibarettir⁶. 4721 sayılı Medeni Kanunun⁷ 23, 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerinde şahsiyet hakkı (kişilik hakkı) kavramına yer verilmiş, bununla beraber şahsi varlıklar tek tek sayılmamıştır. Böylece zaman içerisinde toplum hayatındaki gelişmeler ve teknikteki ilerlemeler sonucu ortaya

etmiştir, BGHZ, 13, 334. Bu konuda bkz., Merz, T., Die Unterlassungsklage nach Art.28 ZGB, Diss., Zürich, 1973, 100. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Diederischen, Edenhofer, Heinrichs, Heldrich, Putzo, Thomas, 49. Auflage, München 1990, 932. Diğer yandan İtalya ve Avusturya Medeni Kanunlarında da genel bir şahsiyet hakkı düzenlenmemiş olmakla beraber, doktrin ve uygulama tarafından böyle bir hakkın varlığı kabul edilmektedir, bkz., Merz, 109 vd. Fransa'da ise Medeni Kanunda ne genel bir şahsiyet hakkı ne de münferit şahsi varlıklar üzerinde ayrı ayrı şahsiyet haklarına yer verilmiştir. Doktrinde ise genel bir şahsiyet hakkının kabulü yönünde görüşler bulunmaktadır. Mahkemeler ise genel bir şahsiyet hakkını kabul etmezken münferit şahsiyet haklarının korunmasına ilişkin kararlar vermektedirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Merz, 104 vd.

- 3 Caemmerer, Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması, (çev.: Özsunay, E.) MHAD. 1972, S.10 (Yeni Seri), s.69-83, 70 (Caemmerer/Özsunay); Scrozan, R., Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD. 1977, S.14 (Yeni Seri), s.93-112, 93; İmre, Z., Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan 1971, s.797-846, 798 (İsim); Siebert, W., Şahsiyet Hakkı İle İlgili Meseleler, (çev.: Öztan, B.) AHFD. 1969, C.XXVI, S.1-2, s.217-230, 219 (Siebert/Öztan). Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich, 1995, 93; Arpacı, 99; Hatemi, H., Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, 103; Serdar, 22; Akipek/Akıntürk, 344, 347.
- 4 Tandoğan, Şahsiyet, 12; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 396; Scrozan, 93; Dural, 98; Egger, A., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, (çev.: Çernis, V.), Ankara, 1947, 291 (Egger/Çernis); Akipek/Akıntürk, 344.
- 5 Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 396; Siebert/Öztan, 228; Tandoğan, Şahsiyet, 12; Akipek/Akıntürk, 344.
- 6 Simonius, A., Şahsiyet Hakkı, (çev.: Arık, F.), SBFD. 1955, S.1, s.186-198, 198 (Simonius/Arık); Özsunay, 97; Tandoğan, Şahsiyet, 14; Serdar, 23.
- 7 RG 8.12.2001, S.24607. Bundan önce yürürlükte olan 743 sayılı Medeni Kanunun 23, 24 ve 24a maddelerinde de bazı farklılıklarla beraber aynı hükümler yer almaktaydı.

çıkacak yeni şahsi varlıklar ve bunlara yönelik yeni ihlal türleri karşısında kanunun dinamizmi korunmuş olmaktadır. Ayrıca bu düzenleme tarzı şahsiyet hakkının kullanılmasını ve tecavüzlere karşı korunmasını da kolaylaştırmaktadır. Kanun koyucu bu çerçevede hükümlerle, şahsiyet hakkının muhtevasını sınırlayıcı bir şekilde belirlememekle hakime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır⁸. Hakim, bu hakkın muhtevasını yazılı ve yazılı olmayan hukuktan yararlanarak tespit edecektir ve gerekirse bu konuda kendisi hukuk yaratacaktır⁹.

Şahsiyet hakkı, şahsa şahıs olması sebebiyle tanınan bir haktır. Herkes doğumundan itibaren hayatı, vücut tamlığı, ismi, resmi, özel hayatı ve sırları ve diğer bütün şahsi varlıkları üzerinde şahsiyet hakkına sahiptir. Şahsın bu hakkı hukuk düzeninin koruması altındadır¹⁰. Gerçek kişilerin yanı sıra toplum hayatındaki fonksiyonları ve tesirleri bakımından büyük öneme sahip olan başta devlet olmak üzere, hukuk düzeninin şahsiyet tanıdığı tüzel kişiler de şahsiyet hakkına sahiptirler ve tanınan korumadan yararlanırlar¹¹.

II. ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASI

Hukuk yönünden en değerli varlık insandır. İnsanın en değerli varlığı ise onun şahsiyetidir. Günümüzün hızla gelişen teknolojisi ve toplum hayatındaki değişimler, her türlü tecavüze açık olan şahsiyet hakkının korunmasının önemini giderek artırmaktadır¹². Bilim ve teknikteki ilerlemeler, şahsın özel hayat ve gizlilik alanına yapılan tecavüzleri çok kolay hale getirmiştir. Bu-

⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 398; Tandoğan, Şahsiyet, 14; Dural, 99; Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö., Kişiler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1993, 82; Öztan, B., Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 8. Bası, Ankara 1999, 115.

⁹ Dural, 99; Tandoğan, Şahsiyet, 15 vd.; Egger/Çernis, 270; Kılıçoğlu, A., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarda Hukuksal Sorumluluk, 2. Bası, Ankara, 1993, 5 (Şeref); Helvacı, Koruyucu Davalar, 44.

¹⁰ Özsunay, 149; Siebert/Öztan, 226; Oğuzoğlu, H. C., Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, C.1, Şahsın Hukuku, Ankara, 1963, 286.

¹¹ Öztan, 152; Palandt, 933; Oğuzman/Seliçi, Kişiler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1993, 84; İmre, İsim, 804; Köprülü, B., Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 1-2. Kitaplar, İstanbul, 1984, 289; Taşkın, A., Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması, AHFD. 1992, C.XLII, S.1-4, s.210-245, 212; Tuor/Schnyder/Schmid, 87; Helvacı, Koruyucu Davalar, 15-16. Serozan, tüzel kişilerinde bu korumadan yararlanabileceklerini kabul etmekle beraber, korunması istenebilecekleri değerleri isim ve iktisadi faaliyet serbestliği ile sınırlamakta ve elden geldiğince dar tutulmasının uygun olacağını savunmaktadır, bkz., Serozan, 109.

¹² "Kişilik hakkının korunması, bir şahsın kişiliğine üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek hukuka aykırı tecavüzleri önlemeye, yok etmeye, tazmin etmeye yönelik özel hukuk kurallarının bütünüdür", bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 13.

nun sonucu olarak, bu alana yönelik tecavüzler ve tecavüz yolları zamanla son derece artmıştır. İzni olmaksızın bir şahsın fotoğrafını çekebilmek, çok uzakta da olsa teleobjektifli makinelerle mümkün hale gelmiştir. Yine şahsın izni olmadan, sesini banda kaydedebilmek veya çok küçük dinleme araçlarını kullanarak gizli konuşmaları dinleyebilmek de mümkündür¹³. Kamerayla kaydedilen görüntülerden dudak okuma yöntemiyle yapılan konuşmalar tespit edilebilmektedir¹⁴. Bu yollarla öğrenilen şahsın özel hayatına ve gizlilik alanına ilişkin bilgiler basın, radyo, televizyon ve internet yoluyla çok geniş kitlelere kısa zamanda aktarılabilmektedir. Görevi kamuyu aydınlatmak ve belli konularda kamuoyu oluşturmak olan basın, teknik gelişmelerden de yararlanarak şahısların özel hayatlarına ve sırlarına ait bilgileri ve resimleri, halkın bayağı duygularına hitap edecek şekilde yayımlamaktadır¹⁵. Radyo ve televizyon kanallarındaki artış da bu tür saldırıları artırmaktadır. Radyo ve televizyonun geniş kitleler üzerindeki etkisi, bu yolla şahısların şeref ve haysiyetlerine yönelik olarak yapılacak yayımların daha ağır sonuçlar doğurmasına sebep olmaktadır.

Teknik gelişmenin bir başka ürünü de bilgisayarlardır. Bilgisayarlar aracılığıyla kurulan bilgi bankalarında şahıslara ait gizli kalması gereken bilgiler toplanabilmektedir. Bilgi bankaları, devlet ve büyük işletmeler açısından büyük kolaylıklar sağlamakla beraber, bununla doğru orantılı olarak şahsiyet hakkı bakımından da tehlike arz etmektedir. Çünkü bu yolla, şahsın özel hayatına ilişkin bilgilerin onun rızası olmaksızın başkalarına yayılabilmek tehlikesi doğmaktadır¹⁶. İnternet de bu ihlalleri artıran ve hızlandıran bir etkiye sahiptir. İnternet sitelerinde yazı ve resim yoluyla kişinin gerek şeref ve haysiyeti gerekse özel hayatı ve sırları ihlal edilebilmektedir. Elektronik gazetecilik, basılı olanlardan daha hızlı ve kolay şekilde okuyucu ulaşabilmektedir.

¹³ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 419-420, 426; Zeren, Y., Teknik Gelişme ve Özel Hayata Saygı, ABD. 1971, S.3, 420; Şen, E., Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD. 1993, C.68, S.7-8-9, s.502-531, 502. Özel hayatın bu tür ihlallerinin tabii hukuk bakımından bir değerlendirmesi için bkz., Özdeş, O., Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği, Danıştay Dergisi 1974, C.4, S.14-15, s.87-95, 87 vd.

¹⁴ Serdar, 70.

¹⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 2.

¹⁶ Kılıçoğlu, Şeref, 10; İşgüzar, H., 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ABD. 1990, s.6, s.855-876, 855; İmre, Z., Şahsiyet Hakkının Özel Hayatın ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM. 1974, C.XXXIX, S.1-4, s.145-173; 148 (Özel Hayat).

Başka amaçlarla oluşturulan web sitelerinde de şahsiyet hakkını ihlal edecek, özellikle reklam amacıyla resmin yayımlanması gibi yayımların yapıldığı görülmektedir. Bunlara ilaveten elektronik posta (e-posta/e-mail) yoluyla da şahsi varlıklara yönelik saldırılar gerçekleştirilmektedir.

İktisadi hayatta da sendikalar, karteller gibi büyük birliklerin, menfaatlere aykırı hareket eden şahısların iktisadi varlığı ve geleceği üzerinde önemli etkileri söz konusu olmaktadır. Bu da, bu alanda şahsiyet hakkının korunmasını zorunlu kılmaktadır¹⁷.

Siyasi alanda, şahısların siyasi rakiplerinin özel hayatlarına ait olayları açıklayarak, onları yıpratmaya yönelik faaliyetleri yanı sıra, basının da yayımladığı siyasi dedikodularla siyasetle uğraşan şahısların özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine tecavüzleri söz konusu olmaktadır¹⁸.

Bütün bunlar, şahsiyet hakkının hukuk düzeni tarafından korunmasını zorunlu kılan sebeplerden bazılarıdır. Şahsiyet hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi ise hem kamu hukuku hem özel hukuk alanında bu korumanın sağlanmasıyla mümkün olabilir. Kanun koyucu bu korumayı sağlamak için gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında çeşitli düzenlemeler yapmıştır¹⁹. Aşağıda şahsiyet hakkının özel hukuk alanında, özellikle de medeni hukuk bakımından korunması üzerinde durulacaktır.

III. ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ DÜZENLEMELER

A) GENEL OLARAK

Şahsiyet hakkı özel hukuk alanında muhtelif düzenlemelerle korunmuştur. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin çerçeve hüküm niteliğindeki Medeni Kanunun 23, 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddeleri genel bir korunma sağlamaktadır (İMK m.27, 28 vd., İBK m.49). Belirtmek gerekir ki, şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak İMK ve TMK'da yer alan bu hükümler diğer hukuk sistemlerine göre daha geniş kapsamlı, etkili ve ol-

¹⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 426; Tandoğan, Şahsiyet, 2.

¹⁸ Tandoğan, Şahsiyet, 3.

¹⁹ Kamu hukuku alanında özellikle milletlerarası andlaşmalar, Anayasa, Ceza Kanunu ve Basın Kanunundaki şahsiyeti koruyucu düzenlemeler için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 26 vd.; Doğan, M., Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1993, 31 vd.

dukça cesur hükümlerdir²⁰. Bunlara ek olarak Medeni Kanunda ve Borçlar Kanununda şahsiyet hakkının korunmasına yönelik bir çok özel düzenlemeye yer verilmiştir. Medeni Kanununun 26. maddesindeki (743 sayılı MK m.25) isim hakkının korunmasına ilişkin düzenleme bunlardan biridir. Bunun gibi, Medeni Kanununun 121, 174/2 maddelerinde (743 sayılı MK m.85, 143), Borçlar Kanununun 45-48. maddelerinde şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu dışında da şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-19. maddelerinde fikir ve sanat üzerindeki manevi hakların korunması, 69-71. maddelerinde fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara tecavüz halinde açılacak davalar, 85-87.maddelerinde şahsın mektupları, hatıraları ve resimleri üzerindeki haklarının korunması hükme bağlanmıştır.

Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddelerinde haksız rekabet yoluyla şahsiyet hakkının ihlalinin önlenmesine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

B) ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN MEDENİ KANUNDAKİ DÜZENLEMELER

Medeni Kanunda şahsiyet hakkını doğrudan doğruya korumaya yönelik olarak, birer çerçeve hüküm olan 23, 24 ve 25. maddeler yer almıştır²¹. Bunlar dışında da şahsiyet hakkını korumaya yönelik hükümler bulunmakla beraber, kanun koyucu daha geniş çerçeveli ve etkin bir koruma sağlayabilmek amacıyla bu genel hükümleri öngörmüştür. Bu hükümler içi boş, doldurulması gereken birer çerçeve hüküm niteliğindedirler²².

Medeni Kanunun 24. maddesiyle şahsiyet hakkı, şahsın rızası dışında meydana gelecek hukuka aykırı tecavüzlere karşı korunmaktadır. Medeni Kanunun 24. maddesinin birinci fıkrasında şahsiyet hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz edilen şahsın, hakimden şahsiyet hakkının korunmasını iste-

20 Aynı yönde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 86. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümlerin tarihi gelişimi için bkz., Helvacı, S., İsviçre Medeni Kanununun 28. Maddesi İle İsviçre Borçlar Kanununun 49. Maddesinin Tarihi Gelişimi, Hukuk Araştırmaları 1994, C.8, S.1-3, s.237-253, 237 vd. (Tarihi Gelişim).

21 Öztan, 114; Oğuzman/Seliçi, 82; Tandoğan, Şahsiyet, 11.

22 Simonius/Arık, 192; Tandoğan, 11; Özsunay, 106; Kılıçoğlu, Şeref, 5; Serdar, 23; Helvacı, Koruyucu Davalar, 44.

yebileceği hükme bağlanmıştır²³.

Medeni Kanunun 25. maddesinde şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir tecavüze uğrayan veya bir tecavüze uğrama tehlikesi karşısında bulunan şahsın açabileceği davalar öngörülmüştür²⁴. Buna göre, bir kimse şahsiyet hakkına yönelik saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması istenebileceği gibi maddi ve manevi tazminat talepleri ve saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre verilmesini isteme hakları da bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusunu tecavüzün önlenmesi davası oluşturmaktadır.

IV. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI

A) GENEL OLARAK ÖNLEME DAVASI

Önleme davası mal varlığı veya şahıs varlığına yönelik hukuka aykırı tecavüzlerin gerçekleşmesini engelleme amacı taşıyan bir davadır. Bazı mutlak hakların korunması bakımından Medeni Kanunda ve özel kanunlarda önleme davası öngörülmüş bulunmaktadır. Medeni Kanunun 730/2 maddesinde mülkiyetin (743 sayılı MK m.656), 983/2 maddesinde zilyetliğin (743 sayılı MK m.896), Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 69. maddesinde fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların korunmasına, Ticaret Kanununun 58. maddesinde haksız rekabet yoluyla meydana gelecek tecavüzlerin önlenmesine ilişkin olarak önleme davasının açılabileceğini öngören hükümler mevcuttur.

²³ Tekinay, tecavüze karşı soyut olarak korunma davası açılmayacağı için bu hükmün tamamen lüzumsuz olduğunu ileri sürmektedir. Böyle bir taleple açılacak davanın içeriksiz kalacağını, bu sebeple bu hükmün gereksiz olduğunu, kanun koyucunun hukuka aykırı ihlale karşı müeyyideler ve dava hakları öngörmesi gerektiğini savunmaktadır, Tekinay, S. S., Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s55-66, 56 (Kişilik); Tekinay, Genel Esaslar, 258-259. Dural ise, (743 sayılı) Medeni Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasının kişiliğin hukuka aykırı tecavüzlere karşı korunacağı ilkesini koyduğunu, 24a maddesinin ise bu ilkedden somut olarak nasıl yararlanılacağını, yani hangi davaları açma imkanının bulunduğunu düzenlediğini ifade etmektedir, Dural, 141-142:

²⁴ 743 sayılı Medeni Kanunda 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 24a maddesi eklenerek bu dava yolları öngörülmüştü.

B) ŞAHSİYET HAKKINA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI

1. GENEL OLARAK

Şahsiyet hakkının korunması bakımından, bu davaya 743 sayılı Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yer verilmiş olmakla beraber, değişiklikten önce de doktrinde ve uygulamada tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesi kabul edilmekteydi²⁵. Bu konuda bir görüş, isim hakkının da şahsi varlıklardan olmasını göz önünde tutarak, diğer şahsi varlıklar bakımından hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi bulunan hallerde 743 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinin kıyasen uygulanarak önleme davası açılabilmesini ileri sürmekteydi²⁶. Buna karşılık bir diğer görüş ise, önleme davasının 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinde öngörülen durdurma davasının mantıki sonucu olduğunu, durdurma davası içine önleme davasının da gireceğini ve bu sebeple önleme davası açılabilmesinin 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesi çerçevesinde mümkün olduğunu kabul etmekteydi²⁷. Görüldüğü gibi, her iki görüşün ortak yanı şahsiyet hakkının korunması için önleme davasının kabulünü zorunlu görmeleridir²⁸.

Kanun koyucu da Medeni Kanunda bu doğrultuda bir düzenleme yapmıştır. 743 sayılı Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun bazı maddeleri 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bu değişiklikler kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı 12.5.1988 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir²⁹. Bu değişiklikle Medeni Kanunun şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin 24. maddesi değiştirilmiş, ayrıca dava yollarını düzenleyen 24a maddesi Medeni Kanuna eklenmiştir.

²⁵ İmre, İsim, 805; Saymen, F. H., Türk Medeni Hukuku, İstanbul, 1948, 132; Egger/Çernis, 310; Dural, 149; Akipek/Akıntürk, 398; Oğuzman/Seliçi, 94; Köprülü, 297; Serozan, 95-96; Tandoğan, Mesuliyet, 247; Franko, N., Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara, 1973, 28; Ulusan, İ., Türk Medeni Kanunu Öntasarısında Kişilik Haklarını Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, 1985, S.10-12, s.888-896., 891; Y. 4. HD. 8.7.1977 T., E. 1976/3518, K. 1977/7947, YKD. 1979, C.5, S.2, 183.

²⁶ Egger/Çernis, 305; Kılıçoğlu, Şeref, 197; İmre, İsim, 809.

²⁷ Tandoğan, H., Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, 247 (Mesuliyet); Egger/Çernis, 310; Kaplan, İ., Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması, Adalet Dergisi 1979, s.3-4, s.200-230, 223; Oğuzman/Seliçi, 96.

²⁸ İmre, İsim, 808; Tandoğan, Mesuliyet, 247.

²⁹ RG 12.5.1988, S.19812.

Medeni Kanunun 24a maddesinde, doktrindeki görüşlere uygun olarak şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davalar arasında önleme ve tespit davalarına da yer verilmişti. Bu değişikliklere, 1984 yılında hazırlanan Medeni Kanun Öntasarısında da, İsviçre'de aynı maddelerde 1983 yılında yapılan değişikliklere paralel olarak yer verilmişti³⁰.

Bu düzenlemelerle, Türk ve İsviçre Hukukunda şahsiyet hakkının korunması bakımından açılabilmesi kabul edilen, ancak kanunda yer almayan önleme davası hukuki dayanağa kavuşturulmuş olmaktadır³¹.

743 sayılı Medeni Kanunun 24a maddesine göre, önleme davası tecavüz tehlikesinin varlığı halinde açılabilirdi. Oysa tecavüz tehlikesinin önlenmesi değil, ancak tecavüzün önlenmesi sözkonusu olabilir. Bu sebeple kanunun ifade biçimi haklı olarak eleştirilmekteydi³². Bununla beraber, burada kastedilenin, işin mahiyeti gereği, tecavüzün önlenmesi davası olduğu çoğunlukla kabul edilmekteydi³³. Buna rağmen, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinde de aynı hatalı ifadeye yer verilerek "saldırı tehlikesinin önlenmesinin" istenebileceği öngörülmüştür. Yukarıda belirtilenler doğrultusunda burada ifade edileni saldırının önlenmesi davası olarak anlamak gerekir.

30 Türk Medeni Kanununda yapılan bu değişikten önce İsviçre Medeni Kanununda da 16 Aralık 1983 tarihinde revizyona gidilmiş ve bu değişiklikler 1 Temmuz 1985'de yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerle 28. madde değiştirildiği gibi kanuna 28a-28l maddeleri ilave edilmiştir. Bu değişikliklerin şahsiyet hakkının özel hukuk alanında korunmasını genel olarak ve özellikle medya ihlallerine karşı güçlendirme amacı taşıdığı yönünde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 88. İsviçre'dekinin aksine, Türk Medeni Kanununda yapılan değişiklikte tasarıda yer almasına rağmen basınla ilgili hükümler kanunlaşmamıştır. İsviçre'de ise tasarıda yer alan bilgilerin korunmasına ilişkin hükümler Medeni Kanununa alınmayarak Bilgilerin Korunması Kanunu adıyla müstakil bir kanun olarak çıkarılmıştır. Bu kanun, 19 Haziran 1992 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Temmuz 1993'de yürürlüğe girmiştir.

31 Alman Hukukunda şahsiyet hakkının korunması bakımından önleme davası düzenlenmemiştir. Bazı şahsi varlıkların ve mülkiyet gibi bazı hakların korunması bakımından önleme davası açılabilmesi öngörülmüştür (BGB § 12, 1004). Doktrin ve uygulama şahsiyet hakkı bakımından da önleme davasının açılabilmesini kabul etmektedir, bkz., Merz, 102 vd. Avusturya Hukukunda ise sadece isim hakkına yönelik tecavüzler bakımından önleme davasının açılabilmesi öngörülmüştür (ABGB § 43). Bkz., Merz, 112.

32 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Serdar, 250.

33 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474. Nitekim, Kanunun gerekçesinde "haksız ihlalin önlenmesi davası" tabirine yer verilerek burada kastedilenin tecavüzün önlenmesi olduğu açıkça kavuşturulmuştur, bkz., ABD, 1988, S.3, 371.

2. TERİM

Türk Hukukunda önleme davasının adlandırılması hususunda bir birlik bulunmamaktadır. İsviçre Hukukunda “Unterlassungsklage” olarak adlandırılan³⁴ önleme davası, Türk Hukukunda içtinap, kaçınma, önleyici kaçınma, saldırının yasaklanması ve önleme davası olarak adlandırılmaktadır.

Bununla beraber doktrinde çoğunlukla davanın tecavüzü önleyici niteliği göz önünde tutulduğunda, daha uygun olan “tecavüzün önlenmesi davası” veya kısaca “önleme davası” adı kullanılmaktadır³⁵. Gerçekten, önleme davasını şahsiyet hakkını koruyan diğer davalardan ayıran en önemli özelliği önleyici nitelikte olmasıdır. Davayla henüz yapılmamış bir tecavüzün önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple, davanın karakterini bu önleyici niteliği belirlemektedir. Medeni Kanununun 25. maddesi de “...saldırı tehlikesinin önlenmesini ...isteyebilir” ifadesiyle önleme davası adını benimsemiştir.

3. ÖNLEME DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONUSU

a) Hukuki Niteliği

aa) Genel Olarak

Önleme davası, şahsiyet hakkı tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın, bu hakkının korunması için hakime başvurabileceği hukuki bir yoldur. Bu sebeple de bir koruyucu davadır³⁶. Önleme davası, şahsiyet hakkını koruyan diğer davalardan farklı olarak tecavüz sonuçlarına değil, tecavüz fiiline yönelen bir davadır³⁷. Dava, şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edecek hukuka aykırı fiillerin gerçekleşmesini önlemek üzere açılır. Bu davanın açılabilmesi için şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı nitelik taşıyan, ciddi ve yakın bir

³⁴ Egger/Çernis, 310; Merz, 13.

³⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 196; Özsunay, 154; Dural, 149-150; Öztan, 153; Köprülü, 297; Tekinay, Genel Esaslar, 269; Kocayusufpaşaoğlu, N., Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, MHB Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara-1970), İstanbul, 1980, s.141-180, 141 vd.; Oğuzman, M. K., İsviçre ve Türkiyede Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s.7-53, 23.

³⁶ Helvacı, Koruyucu Davalar, 79. Diğer koruyucu davalar durdurma ve tespit davalarıdır.

³⁷ Kılıçoğlu, Şeref, 198; Merz, 15; Kocayusufpaşaoğlu, 151; Serdar, 251; Helvacı, Koruyucu Davalar, 95.

tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin varlığı gerekir³⁸. Yani, tecavüzde bulunulacağına ilişkin güçlü delillerin bulunması halinde önlenmesi davası açılır³⁹. Ancak, tecavüz meydana gelmişse artık önleme davası değil, tecavüzü durdurma davası açılabilir. Çünkü artık bir tecavüz fiili değil tecavüz fiilinin doğurduğu tecavüz durumu söz konusudur⁴⁰.

Buna karşılık bir görüş, devam eden tecavüz fiillerine karşı da önleme davası açılabileceğini savunmaktadır⁴¹. Buna göre, durdurma davası ancak tecavüz durumuna (tecavüz fiilinin sonuçlarına) karşı açılabilir. Tecavüz fiiline karşı ise yalnız önleme davası açılabilir. Önleme davasıyla bir tecavüz fiilinin gerçekleşmesinin önlenmesi veya devam eden tecavüz fiiline son verilmesi, yani tecavüz fiilinin gelecekte var olmasına şimdiden engel olunması istenebilir⁴².

Diğer bir görüş ise, durdurma davası açılabilmesi için başlamış ve sürmekte olan bir tecavüzün söz konusu olması gerektiğini, bu şekilde başlamış olan bir tecavüz fiiline karşı önleme davası açılmayacağını kabul etmektedirler⁴³. Başlamış ve devam etmekte olan tecavüz fiili bu görüş tarafından tecavüz durumu olarak nitelendirilmektedir ve buna karşı durdurma davası açılabileceği ileri sürülmektedir⁴⁴.

Bu iki görüş arasındaki ayrılık, tecavüz durumunun neyi ifade ettiği konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tecavüz durumuna verilecek anlamı tespit ederek, hangi hallerde durdurma davasının açılabileceği, hangi hallerde ise önleme davasının açılabileceğini belirlemek gerekmektedir.

Öncelikle tecavüz durumundan anlaşılması gerekenin, meydana gelmiş bir tecavüz fiilinin halen devam etmekte olan sonuçları olduğunu belirtmek gerekir. Tecavüz durumu iki ayrı şekilde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, tecavüz durumu, şahsiyet hakkını ihlal eden hususların, maddi alemde bir

³⁸ Merz, 15; İmre, Medeni, 457; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Helvacı, Koruyucu Davalar, 128, 130.

³⁹ Arpacı, 144; Tekinay, Genel Esaslar, 269.

⁴⁰ Oğuzman, 20; Kılıçoğlu, Şeref, 201; Kocayusufpaşaoğlu, 153; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 472; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Helvacı, Koruyucu Davalar, 128, 130; Tekinay, Genel Esaslar, 268; Serdar, 256; BGE 100 II 177, 103 II 161.

⁴¹ Egger/Çernis, 310; Merz, 15; Kocayusufpaşaoğlu, 153.

⁴² Merz, 15-16; Kocayusufpaşaoğlu, 153.

⁴³ Kılıçoğlu, Şeref, 202; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Özsunay, 137; Dural, 149-150; Oğuzman, 20; Köprülü, 296-297.

⁴⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Oğuzman, 20 dn.49.

eşyaya sürekli şekilde bağlanmış olarak ve insanların duyularıyla algılayabilecekleri şekilde piyasaya çıkarılması veya herkesin gözü önünde sergilenmesi şeklinde, maddi aleme ilişkin olarak ortaya çıkabilir⁴⁵. Örneğin, bir kitap, broşür veya afiş, bir teyp bandı, vitrinde sergilenen bir fotoğraf, internette bir web sitesinde yapılan yayım bu şekilde bir tecavüz durumu teşkil eder. Bunlar devamlı bir tecavüz kaynağı oluştururlar. Durdurma davasıyla bu tecavüz durumuna son verilmesi, yani kitap, broşür veya afişlerin toplattırılması, teyp bandının silinmesi veya imhası, vitrindeki fotoğrafın kaldırılması, internetteki yayımın durdurulması istenebilir⁴⁶. Bunun yanı sıra maddi aleme ilişkin olarak ortaya çıkan tecavüz durumunun, insanların zih-

⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 208; Serdar, 258.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 154; Egger/Çernis, 310; Zevkliler/Acabcy/Gökyayla, 473; Arpacı, 143; Akipek/Akıntürk, 400; Tuor/Schnyder/Schmid, 96. Bununla beraber, Yargıtay bir kararında "İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlemler konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleştirilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internette çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımından verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir olgu arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken, bunun yerine yazılı olduğu üzere kabul kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir" sonucuna ulaşmıştır, bkz., Y. 4. HD 8.2.2001 T., E. 755, K. 1157, YKD. 2001, C.27, S.7, 994-996. Bu, gerek ulaştığı sonuç gerekse gerekçeleri itibariyle isabeti tartışmalı bir karardır. Bir konuda yasal düzenleme olmaması haki-me, o konuyla ilgili olarak önüne gelen olayda karar vermektan kaçınma yetkisi vermez (AY. m.36/2, HUMK m.573-574, MK m.1/1). Hakim, mevcut hükümleri kıyasen uygulamak ya da doğrudan doğruya kendisi hukuk yaratmak yoluyla olaya uygulanacak kuralı belirleme ve uygulamakla yükümlüdür. 4721 sayılı MK m.24 ve 25. (743 sayılı MK m.24, 24a) hükümleri şahsiyet hakkına yönelik her türlü tecavüze uygulanabilecek hükümler olduğuna göre, bu hükümlere dayanarak internet yoluyla gerçekleşen tecavüzlerin durdurulması da istenebilir. Bu konuda yasal düzenleme boşluğu sadece kararın infaz safhasındadır. Burada da, hakim, infaz edilememe ihtimali sebebiyle karar vermektan kaçınmaz. Kaldı ki, internet yayınları bakımından durdurma kararlarının infaz edilememe durumu da mutlak değildir. Özellikle, karara konu olan olayda olduğu gibi yayımın yer aldığı web sitesinin yayınlayıcısının bulunduğu hallerde, ona karşı verilecek yayıma son verme veya aynı nitelikte yayım yapmama kararlarının uygulanmasında diğer kararlara göre hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Eğer, yayımlayan bilinmiyorsa, yayımı sağlayan servis sağlayıcı aracılığıyla yayımın durdurulması veya önlenmesi yine mümkün olacaktır. İnternet servis sağlayıcının yurt dışında olduğu hallerde ise milletlerarası özel hukuk kurallarından faydalanılarak bu infaz yine gerçekleştirilebilir. Bu sebeplerle söz konusu karar isabetli gözükmemektedir.

ninde devam eden bir tecavüz durumuna yol açması da mümkündür⁴⁷. Bu durumda fikri aleme ilişkin bir tecavüz durumu söz konusudur. Bu tecavüz durumunun hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi ve bu kararın yayımlanması tespit veya durdurma davasıyla gerçekleştirilebilir (MK m.25/2)⁴⁸.

Durdurma davasının konusunu teşkil eden tecavüz durumunun, maddi aleme ilişkin tecavüz durumu olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı yoktur. Durdurma davasının devam etmekte olan tecavüzlere karşı açılacağı- nı savunanlar gibi, tecavüz fiilinin sonuçlarına karşı açılacağı- nı savunanların

⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 155; Kılıçoğlu, Şeref, 208; Serdar, 258-259.

⁴⁸ Durdurma ve tespit davaları, burada olduğu gibi, aynı amaca hizmet edebilmektedir. Benzer bir çok durumda da bu iki dava arasında ince bir fark vardır. Aynı yönde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 96. Benzer bir görüş için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 132. 743 sayılı MK m. 24a'ya göre bu tecavüz durumunun hukuka aykırı olduğunun tespiti ve buna ilişkin kararın yayımlanması istenebilmekteydi. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce ise bunun durdurma davasıyla mümkün olduğu kabul edilmekteydi, bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 155; Kılıçoğlu, Şeref, 209, 212 vd.; Öztan, 137; Köprülü, 297; Egger/Çernis, 310; İmre, Medeni, 456; Arpacı, 143; Serdar, 239. 3444 sayılı Kanunla MK m.24a'da tecavüze uğrayanın "... sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini ..." talep edebileceği bağımsız bir dava yolu olarak öngörülmüştür. Bu hükmün lafzına bağlı kalarak yapılacak dar bir yorumla, tecavüzün hukuka aykırı olduğu yönündeki mahkeme kararının yayımlanmasının ancak tespit davasıyla mümkün olacağı sonucuna varmak mümkündür. Oysa, kararın yayımlanması durdurma davasının mahiyetine daha uygundur. Bu sebeple, söz konusu hükmü geniş yorumlayarak, tespit davası yani sıra durdurma davasında da böyle bir yayım kararı verilebileceğinin kabulü gerektiği ileri sürülmekteydi. Bu yönde bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 214; Akipek/Akıntürk, 403; Öztan, 156; Helvacı, Koruyucu Davalar, 140-141. Farklı bir yaklaşım için bkz., Oğuzman/Seliçi, 95. 4721 sayılı Medeni Kanun 25. maddesinde düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması taleplerinin önleme, tespit ve durdurma davalarından biriyle birlikte ileri sürülebileceğini öngörerek bu talepleri hukuki dayanağa kavuşturmuştur. Ayrıca, BK m.49 çerçevesinde manevi tazminat olarak tecavüzü kınayan bir karar verilmesi ve bu kararın basın yoluyla ilanına hükmedilmesi de mümkündür. Bununla birlikte, Kılıçoğlu, basın yoluyla, Serdar, radyo ve televizyon yoluyla şahsiyet hakkına tecavüz halinde, hukukumuzda cevap ve düzeltme hakkı kabul edilmiş olduğu için, okuyucu, seyirci ve dinleyicilerin zihninde oluşan yanlış düşünce ve değer yargılarının giderilmesi amacıyla durdurma davası açılmasında, basın, radyo ve televizyon yayınları açısından hukuki yarar bulunmadığını ileri sürmektedirler, bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 209-210; Serdar, 260. Oysa, durdurma davası tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve tekrarını yasaklayan bir karar ihtiva eder. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında, yayının hukuka aykırılığı konusunda bir tespit olmadığı gibi, bu yönde bir yayının tekrarını yasaklayan bir emir de bulunmaz. Ayrıca bu hakkın belli süreler içerisinde kullanılması gerekmektedir (Basın Kanunu m.19; TRT Kanunu m. 27; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.28) . Dolayısıyla, her iki yol mahiyetleri itibarıyla tamamen farklıdır ve biri diğerine başvurulmasını engellemez.

da bu hale aynı örnekleri verdikleri gözönünde tutulursa, görüş ayrılığının bir adlandırma farklılığından ibaret olduğu görülmektedir. Pratikte de çoğu zaman bir tecavüz fiili, bir kere işlenmesiyle birlikte sona erdiğinden, böyle bir fiile, ister önleme davasıyla olsun isterse durdurma davasıyla olsun, işlenirken son verilmesi sözkonusu olmaz⁴⁹. Bu durumda, ya tecavüz fiili işlenmeden önce bir önleme davası açılabilir veya işlenmiş fiilin doğurduğu tecavüz durumuna son verilmesini sağlamak amacıyla bir durdurma davası açılabilir⁵⁰. Ancak halen işlenmekte olan tecavüze karşı önleme davası açılmaz.

Konuları arasındaki bu farklılığa rağmen, tecavüz durumu teşkil eden bazı hallerde, tecavüzün durdurulması (tecavüze son verilmesi) talebi aynı zamanda önleyici bir talep niteliği de taşır⁵¹. Nitekim, bu hallerde verilecek bir tecavüzün durdurulması kararıyla ilerdeki tecavüzler de önlenmiş olur⁵². Örneğin, bir tecavüz durumu teşkil eden teyp bandının imhası, bu bandın ileride yayınlanmasını ve dolayısıyla bu yolla doğacak tecavüzleri önlemiş olur. Ancak, bu tür hallerde, her zaman durdurma davasıyla ilerdeki tecavüzlerin önlenmesi mümkün olmaz. Bu sebeple durdurma davasıyla tecavüze son verilmesinin talep edilmesi yanı sıra bundan ayrı olarak açılacak bir önleme davasıyla da yeni bir tecavüzün önlenmesinin talep edilmesi gerekir⁵³. Örneğin, bir kimsenin şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eden birkaç ciltlik kitabın yayımlanmış ciltlerinin dağıtımına son verilmesi talebi yanı sıra, henüz yayımlanmamış ciltlerinin yayımlanmamasına karar verilmesi ancak bir önleme davasıyla istenebilir⁵⁴. Bu durum, önleme davasıyla durdurma davası arasındaki konu ve nitelik farkının bir sonucudur.

49 Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 130.

50 Bu sebeple, önleme ve durdurma davalarının terditli açılmasında davacının hukuki yararı bulunduğu gibi, bu durum usul ekonomisine de uygundur. Bu yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 81.

51 İmre, Medeni, 457; Oğuzman, 21; Dural, 151. Egger, bu gibi hallerde durdurma davası açılabileceği gibi önleme davası da açılabileceğini ve her iki davada da verilen kararların aynı olacağını ileri sürmektedir, bkz., Egger/Çernis, 310.

52 Arpacı, 144.

53 Ancak bu önleme talebinin, açılmış bulunan durdurma davasında ayrıca ileri sürülmesi de mümkündür. İmre, Medeni, 457; Oğuzman, 22; Dural, 151. Bu yönde bir talebi kabul eden bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz., MHAD. 1973, y.7, S.10 (Yeni Seri), 218.

54 Oğuzman, 22.

bb) Önleyici Nitelikte Olması

Önleme davası, önleyici nitelikte bir davadır⁵⁵. Davacı bu davayla şahsiyet hakkına yönelik ciddi ve yakın bir tecavüzün varlığını iddia ederek, bunun önlenmesini talep eder. Davadan beklenen, sözkonusu tecavüzün gerçekleştirilmesinin mahkeme kararıyla yasaklanmasıdır⁵⁶. Bu yasağa rağmen tecavüz gerçekleşirse bu durumda tecavüzün durdurulması yoluna gidilebilir.

cc) Eda Davası Olması

Önleme davası, bir eda davasıdır⁵⁷. Eda davalarında davacı, davalının bir işi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkum edilmesini ister⁵⁸. Bu bakımdan davalının, davacının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edecek nitelikte olan belli bir davranışı yapmamasına karar verilmesi talebiyle açılan önleme davası da bir eda davasıdır.

Önleme davası bir eda davası olması sebebiyle tespit davasından ayrılır. Önleme davası henüz gerçekleşmemiş bir tecavüze karşı açılabilmesi halinde, tespit davası gerçekleşmiş ve etkisi devam eden tecavüzlere karşı açılabilir (MK m.25/1). Bununla beraber, bütün eda davalarında olduğu gibi⁵⁹ önleme davasında da öncelikle bir tespit hükmü verilir. Hakim, muhtemel tecavüzün varlığını ve bunun hukuka aykırı olacağını tespit ederse önleme kararı verir. Ancak, önleme davasının amacı muhtemel tecavüzü önlemek olduğu için, tespit hükmünden sonra esasa ilişkin olarak bir yapmama emri verilir. Tespit davasında ise bir durumun mevcut olup olmadığının tespiti söz konusudur. Şahsiyet hakkı bakımından, tespit davasıyla, hukuka aykırı bir tecavüzün gerçekleşmiş olup olmadığı belirlenir.

Medeni Kanununun 25. maddesinde, tespit davasının, sona ermiş olmasına rağmen etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığını tespit amacıyla açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Hukuki yarar bulunmak kaydıyla henüz

⁵⁵ Merz, 10; Kılıçoğlu, Şeref, 198; Dural, 151; Serdar, 252. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin diğer davalar ise, daha çok onarıcı bir nitelik taşırlar, Egger/Çernis, 310.

⁵⁶ Caemmerer/Özsunay, 78.

⁵⁷ Merz, 60; Kılıçoğlu, Şeref, 198; Serdar, 251.

⁵⁸ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 1405 (Usul-II); Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara, 1995, 262; Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, 249; Berkin, N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul, 1981, 392-393; Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, 389.

⁵⁹ Kuru, Usul-II, 1407; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 263; Bilge/Önen, 389.

tecavüz gerçekleşmeden de tespit davası açılabilir. Bununla beraber, önleme davası açılacaksa tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmadığı için bu dava açılmaz. Çünkü eda davası açılacak hallerde, doğrudan bu davaya başvurulması gerekir⁶⁰.

Diğer taraftan, önleme davası, birer eda davası olan tazminat davalarından da farklıdır. Tazminat davaları tecavüz sonucu ortaya çıkan zararların giderilmesi amacı taşırken, önleme davası, tecavüzün ve dolayısıyla bunun doğuracağı zararların henüz tecavüz gerçekleşmeden önlenmesi amacı güder.

Aradaki bu amaç farkı, tazminat davalarıyla önleme davasının şartlarında da kendini gösterir. Maddi tazminat davası açabilmek için şahsiyet hakkına yapılan hukuka aykırı bir tecavüzün parayla ölçülebilir bir zarar doğurması gerekir. Manevi tazminat davasında ise zararın manevi bir nitelik taşıması gerekir. Her iki davada da failin bu zarara kusuruyla sebebiyet vermiş olması aranır. Önleme davasında ise ne bir zararın doğmuş olması ne de failin kusurlu olması gerekir.

Tazminat davaları da birer eda davasıdır. Ancak bunlar bir şeyin verilmesine ilişkin eda davalarındandır. Önleme davası ise bir şeyin yapılmasına karar verilen bir davadır. Son olarak tazminat davaları zamanaşımına tabi olmalarına rağmen, önleme davası bir zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi değildir.

b) Konusu

Önleme davasının amacı, şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir tecavüzün henüz doğmadan engellenmesidir⁶¹. Dava, ilk defa meydana gelecek tecavüzlere karşı, açılacağı gibi tecavüzün gerçekleşmesine rağmen, tekrarlanması söz konusu olan durumlarda da açılabilir. Bu bakımdan, tecavüzün bir veya birkaç defa gerçekleşmesi önem taşımaz. Eğer halen tekrarlanma tehlikesi varsa, bunları önleme amacıyla önleme davası açılabilir. Tecavüz fiilinin önlenmesi tecavüzden doğacak zararın da önlenmesi sonucunu doğurur⁶².

4. ÖNLEME DAVASININ ŞARTLARI

Önleme davası her şeyden önce, bir tecavüz tehlikesinin varlığını ge-

⁶⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, 134.

⁶¹ Merz, 16; Kılıçoğlu, Şeref, 199; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Caemmerer/ Özsunay, 79.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, 155.

rektirir. Önleyici niteliği gereği henüz doğmamış bir tecavüz söz konusu olmalı ki, bu tecavüzün doğmadan önlenmesi için bu dava açılabilir.

Ayrıca, muhtemel tecavüzün hukuka aykırı bir nitelik taşıması ve bir hukuka uygunluk sebebine dayanmaması gereklidir.

Önleme davasının şartları arasında, tecavüz tehlikesi doğuran kimsenin kusurlu olması ve bir zararın doğmuş olması yer almaz⁶³. Bu, önleme davasını tazminat davalarından ayıran en önemli farktır. Bir kimsenin şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan şahıs, kusurlu olmasa dahi ona karşı önleme davası açılabilir. Bunun gibi, ortada henüz gerçekleşmiş bir tecavüz olmadığı için zarardan da söz edilemeyecek ve dolayısıyla zarar doğmuş olması şartı aranmayacaktır.

Diğer taraftan davadan feragat edilmemiş olması gerekir. Çünkü davadan feragat, rıza gibi, davanın açılmasını engellemekte geçerli olur⁶⁴.

Görüldüğü gibi, önleme davasının açılabilmesi için, bir tecavüz tehlikesinin varlığı ve bunun hukuka aykırı olması gerekli ve yeterlidir.

a) Tecavüz veya Tecavüzün Tekrarlanması Tehlikesinin Varlığı

Önleme davası, şahsiyet hakkına yönelik tecavüzleri daha doğmadan sonra erdirmeye amacını güttüğünden, davanın açılabilmesi için, bir tecavüz tehlikesinin varlığı zorunlu bulunmaktadır. Tecavüz tehlikesi, bir kimsenin şahsiyet hakkını ihlale yönelmiş, ama henüz gerçekleştirilmemiş fiillerin doğduğu bir durumu ifade eder⁶⁵. Bu tecavüz tehlikesi ilk defa meydana gelmesi söz konusu olan bir tecavüz fiilinden doğabileceği gibi, daha önce meydana gelmiş ancak tekrarlanması ihtimali bulunan bir tecavüz fiilinden de doğabilir⁶⁶.

İster ilk defa ortaya çıkan bir tecavüz tehlikesi olsun, isterse gerçekleşmiş bir tecavüzün tekrarlanması tehlikesi olsun, her iki halde de ciddi ve

⁶³ Palandt, 937; Caemmerer/Özsunay, 78; Öztan, 154; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Kocayusufpaşaoğlu, 162; Serozan, 96-97; Akipek/Akıntürk, 406; Merz, 83; Ataay, 152; Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Helvacı, Koruyucu Davalar, 86; Serdar, 252; BGE 91 II 406.

⁶⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, 87.

⁶⁵ Şahsiyet hakkını koruyucu davaların ortak şartı olarak "tecavüz"e ilişkin geniş açıklamalar için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 91 vd.

⁶⁶ Merz, 15; Caemmerer/Özsunay, 78-79; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129; Serdar, 252; İmre, Medeni, 457; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474.

yakın bir tecavüz söz konusu olmalıdır⁶⁷. Tecavüz tehlikesi, şahısta şahsiyet hakkına belli bir tecavüzün yapılacağı hususunda ciddi bir endişe doğurmuş olmalı ki, şahıs önleme davasıyla bunun önlenmesini talep etsin. Bir kimse- nin özel hayatına ilişkin açıklamaların yer aldığı bir kitabın basılmakta olduğunu veya gizlice çekilmiş çıplak fotoğraflarının bir dergide veya internette web sitesinde yayımlanacağını öğrenmesi halinde ciddi bir endişeye kapılması doğaldır. Ancak, henüz ortada tecavüz yapılacağına ilişkin bir belirti yokken, bazı davranışlardan abartılı sonuçlar çıkarılarak ileride, herhangi bir zamanda tecavüz yapılabileceği varsayımıyla önleme davasının açılabilceğini kabul etmemek gerekir. Aksi halde, bu tür bir iddiaya dayanan önleme davasının kabulü başkalarının hareket serbestisinin ve dolayısıyla hürriyetinin sınırları belirsiz bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğurur⁶⁸.

Varlığı idda edilen tecavüzün ciddi olması yanı sıra pek yakında yapılacak olması da gerekir⁶⁹. Yakın bir tecavüzden sözedebilmek için, bu yönde başlamış birtakım hazırlık fiillerinin bulunması gerekir. Öyle ki, bu hazırlık fiileri kısa zamanda durdurulmazsa, tecavüz doğacaktır. Hukuka aykırı bir bojkota çağrı için afişler hazırlanmışsa, şahsın özel hayatına ait bilgiler içeren kitap baskıya girmişse, gizlice çekilmiş fotoğrafların yayımlanacağı dergi basılmışsa artık yakın bir tecavüzden söz edilebilir. Çünkü bu afişlerin asılmasıyla başkaları bojkot çağrısını öğrenecek ve kısa bir süre sonra da bojkot başlamış olacağı gibi, kitap ya da derginin satışa sunulmasıyla şahsın özel hayatı ve resmi üzerindeki şahsiyet hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.

Tecavüz tehlikesi iddiası, objektif bir nitelik taşımaktadır⁷⁰. Tecavüz tehlikesi iddiasının üçüncü şahıslar bakımından kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Şahsın vehimlerine, birtakım davranışlara verdiği abartılı anlamlara dayanan, ciddi nitelik taşımayan tecavüz tehlikesi iddialarına dayanarak önleme davası kabul edilmemelidir. Telefonun dinlenerek konuşmaların kaydedildiği veya gizlice fotoğrafların çekildiği iddia edilmekle beraber, bunları ispata yarayacak hiçbir delil sunamayan kişinin önleme talebi kabul edilemez

Hakim, tecavüz tehlikesi iddiasını bu ölçüler çerçevesinde değerlendirir-

⁶⁷ Egger/Çernis, 310; Oğuzman, 23; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Öztan, 154; Akipek/Akıntürk, 400; Dural, 150; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129; Serdar, 253

⁶⁸ Egger/Çernis, 311.

⁶⁹ Oğuzman, 23; Öztan, 154; Serdar, 253.

⁷⁰ Kılıçoğlu, Şeref, 200.

meli, önleme davasının kabulü için, gerçekleşmiş bir tecavüzün niteliklerini aramamalıdır. Eğer tecavüz yapılacağı hususunda açık belirtiler varsa, tehditlerden, hazırlık hareketlerinden, daha önce meydana gelen tecavüzlerin şeklerinden, sistematik hücumlardan, tecavüz tehlikesinin varlığına kanaat getirilebiliyorsa dava kabul edilmelidir⁷¹. Bir gazetede bir kimsenin sırlarının yazı dizisi şeklinde yakında yayımlanacağı açıklanmışsa, bir reklam kampanyasında kullanılmak üzere şahsın resminin kullanıldığı ve bu resimlerin yer aldığı afişlerin yakında tüm şehre asılacağı duyurulmuşsa, hukuka aykırı bir boykot için afişler hazırlanmış ancak henüz asılmadığı için boykot başlamamışsa, belirli bir olayla ilgili bir kimseye ait ses bandının radyodan yayınlanacağı duyurulmuş fakat henüz yayınlanmamışsa, gizli kamerayla filme alınan bir olaya ilişkin görüntülerin televizyonda bir haber programında yayınlanacağı açıklanmışsa, hatta televizyonlarda son zamanlarda sıkça görülen şekilde kamera şakası adıyla yayınlanmak üzere gizlice çekilmiş filmin yayınlanacağı öğrenilmişse⁷², bütün bu hallerde tecavüz tehlikesi var olduğu ve devam ettiği için önleme davası kabul edilmelidir.

Tarafların karşılıklı ilişkilerinden ve olayların akışından da tecavüz tehlikesinin varlığı anlaşılabilir⁷³. Örneğin, taraflar daha önce de yazı yazdıkları gazetede birbirleri hakkında incitici yazılar yazmışlarsa veya birbirlerinin özel hayatlarına ilişkin açıklamalar yapmışlarsa, bu gibi durumlarda bir tecavüz tehlikesinden, daha çok da tecavüzün tekrarlanması tehlikesinden söz edilir⁷⁴. Bunun gibi, başkalarının özel hayatına ait topladığı bilgileri bilgisayarlara yükleyen ve bunlara para karşılığı ilgilenenlere satan bir bilgi bankasının kendisi hakkında da bilgi topladığını öğrenen bir kimsenin tecavüz tehlikesi iddiası haklıdır. Çünkü bu bilgilerin başkalarına satılması yapılan iş gereği kaçınılmazdır. Dolayısıyla böyle bir durumda önleme davasının kabul etmek gerekir⁷⁵.

⁷¹ Egger/Çernis, 311; Kılıçoğlu, Şeref, 201; Saymen, 135; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129.

⁷² Radyo ve televizyon yayınları bakımından benzer örnekler için bkz., Serdar, 253.

⁷³ Egger/Çernis, 310.

⁷⁴ Türk basınında da bazı yazarlar arasında zaman zaman bu tür karşılıklı atışmalar görülmektedir. Hatta bunlar birbirlerinin şahsiyet hakkını ağır derecede ihlal edici boyutlara varabilmektedir.

⁷⁵ Nitelikim İsviçre'de benzer bir olayda Federal Mahkeme önleme talebini haklı bularak kabul etmiştir. Olayda başkalarına ait adresleri listeler şeklinde çoğaltarak satan bir adres firmasının, üyelerinin ismini ve adreslerini gizli tutan bir derneğin üyelerinin adreslerini de aynı şekilde çoğaltarak satması üzerine bunun tekrarının önlenmesi talep edilmiş ve

Önleme davasının açılabilmesi ve davaya devam edilebilmesi için şahsiyet hakkına yönelik tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin devam ediyor olması gerekir⁷⁶. Eğer tecavüz gerçekleşmiş ve tehlike sona ermişse, artık önleme davası konusuz kalacağından duruma göre şahsiyet hakkını koruyan diğer dava yollarına başvurulabilir⁷⁷.

b) Hukuka Aykırılık

aa) Genel Olarak

Önleme davasının açılabilmesi için varlığı iddia edilen tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin hukuka aykırı bir nitelik taşıması gerekir.

Hukuka aykırılık, genel anlamda hukuk düzenine ters düşen, onun tarafından reddedilen bir fiil ve davranışı ifade eder⁷⁸.

Medeni Kanununun 24. maddesinin eski metninde, “Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hakimden tecavüzün men’ini talep edebilir” hükmü yer almaktaydı. Buradaki “haksız tecavüz” deyimiyile hukuka aykırılığın kastedildiği doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmekteydi⁷⁹. Ayrıca, buradaki hukuka aykırılığın, Borçlar Kanununun 41. maddesi anlamındaki hukuka aykırılık olduğu da kabul edilmekteydi⁸⁰.

Hukuka aykırılık, Borçlar Kanununun 41. maddesinde olduğu gibi Medeni Kanununun 24. maddesinde de tanımlanmamıştı. Bu sebeple, şahsiyet hakkına tecavüz eden hangi davranışların hukuka aykırı olacağına hakim tarafından yazılı ve yazılı olmayan hukuk gözönünde tutularak tespit edile-

mahkemece bu talep kabul edilmiştir. Kararın tercümesi için bkz., MHAD. 1973, y.7, S.10 (Yeni Seri), 209 vd.

⁷⁶ Oğuzman, 23; Kılıçoğlu, Şeref, 201.

⁷⁷ Böyle bir durumda HUMK m.83’e göre önlem davası durdurma davasına çevrilebilir. Aynı yönde bkz., Serdar, 254.

⁷⁸ Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi hususunda doktrinde iki ayrı teori ileri sürülmektedir. Sübjektif ve objektif teori adı verilen bu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz, Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, Ankara, 1998, 565-566; Kılıçoğlu, Şeref, 43; Tandoğan, Mesuliyet, 44; Siminous/Arık, 192 vd.; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul, 1993, 476.

⁷⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 41; Oğuzoğlu, 300; İmre, İsim, 805.

⁸⁰ Eren, 577; Kılıçoğlu, Şeref, 41; Öztan, 146; İmre, İsim, 805; Tuor/Schnyder/Schmid, 95.

ceği kabul edilmekteydi⁸¹.

3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinin ikinci fıkrasında hukuka aykırılık olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır⁸². Buna göre, “tecavüze uğrayanın rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan bir tecavüz hukuka aykırı” sayılır. Aynı hüküm bazı değişikliklerle 4721 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinde “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” şeklinde yer almıştır.

Hukuka aykırılığın tespitinde, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının ve bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı iddia ediliyorsa bunun var olup olmadığının belirlenmesinde hakime önemli bir görev düşmektedir⁸³. Önleme davasında, hakim hukuka aykırılığı tespit ederken özellikle, tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın, hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığına bakmalıdır⁸⁴. Kanun koyucu, Medeni Kanunun 24. maddesinde şahsi varlıkları tek tek saymak yerine bu hususta genel bir hüküm koymakla yetinmiş, şahsiyet hakkının belirlenmesi işini hakime bırakmıştır. Hakim önce tecavüz tehlikesine maruz kalan varlığın, şahsiyet hakkı olup olmadığını yazılı ve yazılı olmayan hukuka göre belirleyecektir⁸⁵. Bu belirlemeyi yaparken doktrin ve mahkeme kararlarında yer alan görüşlerden de faydalanır. Tecavüz tehlikesine maruz kalan varlığın şahsi varlıklardan olduğuna kanaat getirirse, buna yönelik tecavüzü hukuka aykırı kabul eder, meğer ki, kanunda sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut olsun⁸⁶.

Bu bakımdan, bir kimsenin beden sağlığını bozucu ve tehlikeye düşürücü tecavüzler hukuka aykırı olduğu gibi ruhi sağlığını bozucu ve tehlikeye

81 Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 460-461; İmre, İsim, 805; Köprülü, 295.

82 Tanımların yanlışlığı hususundaki haklı eleştirisi için bkz., Tekinay, Kişilik, 57.

83 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Tekinay, Genel Esaslar, 259.

84 Egger/Çernis, 295; Palandt, 933; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; İmre, Medeni, 455; Serdar, 128; Y. HGK. 20.3.1991 T., E. 1990/4-617, K. 1991/137, YKD. 1991, C.17, S.7, 984-985.

85 Tandoğan, Şahsiyet, 11; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Dural, 146.

86 Tuor/Schnyder/Schmid, 95.

düşürücü tecavüzler de hukuka aykırıdır⁸⁷.

Şahıstan ilişki içinde bulunduğu çevresinin beklediği ahlaki niteliklerden biri veya bazılarının eksik olduğu fikrini uyandıran her türlü yazılı ve sözlü beyan ve davranış şeref ve haysiyete tecavüz teşkil eder⁸⁸. Asılsız suçlamalar, eleştiriler ve söylentiler, şahsı toplum içinde küçültücü davranışlar, hakaret teşkil edici sözler, iftiralar şeref ve haysiyete hukuka aykırı bir tecavüz niteliği taşır⁸⁹. Mesleki şerefin ihlali de böyledir⁹⁰.

Şahsın özel hayat ve gizlilik alanına yönelik saldırılar, bu alana ilişkin olayları öğrenme ve öğrendiklerini başkalarına aktarma şeklinde ortaya çıkar⁹¹. Bir kimsenin gizlice evine girme, gizli dinleme, gizli gözleme, eşyalarını karıştırma, mektuplarını açma, gizli belgelerini okuma, teknik araçlarla sesini kaydetme, fotoğrafını çekme ve filme alma yoluyla özel hayat ve gizlilik alanına tecavüz gerçekleşir. Teknolojik gelişmeler bu tür tecavüz yollarını ve dolayısıyla tecavüzleri son derece artırmıştır⁹². Örneğin, internet yoluyla bir bilgisayardaki tüm bilgileri başka bir bilgisayara aktarabilen virüsler gönderilebilmektedir⁹³.

Hiç kimse rızası olmaksızın resminin çekilmesine, yapılmasına, çoğaltılmasına, yayımlanmasına, dağıtılmasına ve teşhir edilmesine katlanmak zorunda değildir. Bu tür davranışlar, şahsın resmi üzerindeki şahsiyet hakkı-

87 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 407; İşgüzar, 855.

88 Dural, 126; Öztan, 129; İmre, Medeni, 465; Serdar, 75; Helvacı, Koruyucu Davalar, 69.

89 Y. 4. HD. 12.12.1978 T., E. 3302, K. 13995, "Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çoğu kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir" YKD. 1979, C.5, S.6, 791.

90 BGE 119 II 100.

91 Öztan, 134-135; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 419-420; Tandoğan, Şahsiyet, 27; İmre, Özel Hayat, 154. "Bu tür tecavüzler özel nitelikte olabileceği gibi resmi nitelikte de olabilir", Özsunay, 130; Ataay, 131.

92 Teknikteki bu gelişmeler sonucu özel hayata ve gizlilik alanına saldırıda kullanılan araçlar ve bunlarla yapılan saldırılar hakkında geniş bilgi için bkz. Zeren, 420; Özsunay, 131; İmre, Özel Hayat, 147; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 419-420.

93 Bu konuda son örnek Zoher adında bir virüstür. E-posta yoluyla bilgisayara ulaşan virüs İnternet Explorer 5.01, 5.5 ve 6.0 versiyonlarında bir açık bulursa aktif hale gelebilmektedir. Aktif hale geçince kendisini servis olarak kaydetmekte ve daha sonra varsayılan e-posta adresini ve Windows adres defterinin içeriğini almaktadır. Ardından <http://banners.interfree.it//list.txt> sitesine bağlanan virüs e-posta mesajının içeriğini bu sitye indirebilmektedir.

na tecavüz teşkil eder⁹⁴. Şahsın rızası bulunsa bile, resmin izin verilenden daha geniş bir çevreye yayılması veya yer ve zaman itibariyle şahıs hakkında yanlış kanaat uyandıracak şekilde kullanılması da şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eder⁹⁵. Örneğin, çekilmesine rıza gösterilen bir düğün resminin, sonradan reklam amacıyla kullanılması hukuka aykırıdır.

Diğer bir halde, bir kimsenin hakkı olmaksızın başkasının ismini kullanması, yani ismin gasbıdır (4721 sayılı MK m.26/2; 743 sayılı MK m.25). Bu muhtelif şekillerde ortaya çıkabilir. Boşanmış olan bir kadının halen eski kocasının soyadını taşıması; roman, şiir, hikaye gibi edebi eserler yazan bir kimsenin, bu eserlerde kendi adı yerine başkasının adını kullanması hallerinde ismin gasbı söz konusudur. Bunun gibi, bir kimseyi küçük düşürmek amacıyla isminin bir hayvana takılması veya ticari amaçlarla meşhur bir şahsın isminin bir eşyaya konulması da ismin gasbına girer⁹⁶. Bir kimsenin isminin onun izni olmaksızın internette alan ismi olarak tescili ve kullanılması da isim üzerindeki hakkı ihlal eder⁹⁷.

Doktrin ve mahkeme kararlarında çoğunlukla hakimin, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığını belirlerken tecavüz edenin ve tecavüze uğrayanın çatışan yararları (menfaatleri) arasında bir denge kurması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁸. Buna göre, hakim, tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı yanı sıra, tecavüzde bulunmaya hazırlanan kimsenin de bu hususta daha üstün bir menfaati olup olmadığını tespit edecektir. Hakim, tecavüzde bulunmaya

⁹⁴ Serdar, 44. Bir kimsenin hayat hikayesi, yaşantısı ve davranışlarıyla sağlanan düşünce görüntüsünde oluşan ruhsal alandaki görüntüsü de şahsiyet hakkı kapsamında yer alır. Örneğin, şahsın ismi ve fiziki görüntüsü verilmeden, onun hayatına ilişkin olayların, bir televizyon filminde veya romanda anlatılması da onun tanınmasını sağlar. Bu sebeple, söz konusu değer, şahsiyet hakkı kapsamında kabul edilerek, korunması gerekir, aynı yönde bkz., Serdar, 45.

⁹⁵ Dural, 136; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 414; Franko, 48-49; Ataay, 146-147.

⁹⁶ İmre, İsim, 833; Atalay, Ö., Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Mancı Zararın Tazmini-II, YD. 1980, C.6, S.1-2, s.107-119, 117 (Atalay-II). Bu halde ismin gasbı olmasa bile isme tecavüz söz konusu olduğu yönünde bkz., Hatemi, 110; Helvacı, Korumacı Davalar, 76. Aynı yönde BGE 92 II 309.

⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, M. F., Kişi İsimlerinin Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), Y.19-20, S.1-2, s.1003-1036.

⁹⁸ Tandoğan, Şahsiyet, 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Arpacı, 129-130; Tekinay, Genel Esaslar, 264; Serozan, 104; İmre, İsim, 805.

hazırlanan şahsın davranışının hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirirken uygun amaç ve uygun araç ölçülerinden faydalanır⁹⁹. Türk Hukukunda uygun amaçlar için uygun araçlarla yapılacak tecavüzler hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁰⁰. Bununla beraber, eğer gerçekte olmayan bir amaçla hukuka aykırılık teşkil edecek amaç gizlenerek, korunmaya değer olmayan bir amaç için hareket ediliyorsa, yani bir hakkın kötüye kullanımı söz konusu ise, bu durumda hukuka uygunluktan söz edilemez¹⁰¹. Örneğin, bir kimseyi bir partiye veya bir mezhebe girmeye zorlamak için yapılan boykot çağrısının iktisadi faaliyet serbestisini koruma amacıyla yapıldığının iddia edilmesi halinde böyledir¹⁰². Aynı şekilde, bir psikiyatrisin hastasına uyguladığı seansları, tedavi amacıyla kaydettikten sonra, başka amaçlarla kullanması da hukuka aykırılık teşkil eder¹⁰³. Bunun gibi, gazete patronuna siyasi veya iktisadi menfaat sağlamak amacıyla şahsın sırlarının açıklanması halinde, amaç kamuyu aydınlatmak olmadığı için hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur.

Amacın uygunluğu yanı sıra, bu amaca ulaşmada kullanılan aracın da uygun olması gerekir. Bu sebeple kullanılan aracın söz konusu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, daha az zarar doğuracak aracın seçilmesi ve

⁹⁹ Tandoğan, Mesuliyet, 26; Egger/Çernis, 297-298; Dural, 129.

¹⁰⁰ Tandoğan, Mesuliyet, 26; Serozan, 106; Kılıçoğlu, Şeref, 113; Y. 4. HD. 8.12.1978 T., E. 2086, K. 13877, "... çatışan hak ve ihlal edilen çıkar arasındaki sınırın MK.nun 1. maddesindeki ana kural uyarınca hakim tarafından büyük bir özenle çizilmesi gerekir. Çünkü, kişilik haklarına saldırıda bulunan kimse eğer üstün çıkarları korumak için davranmışsa, halele uğratılan kişilik hakkı korunmadan yararlanamaz. Ne var ki, tecavüzün izlediği hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez, başvuru araçları yönünden de aşırı davranılmaması gerekir", YKD. 1979, C.5, S.9, 1269.

¹⁰¹ Egger/Çernis, 298; Tandoğan, Şahsiyet, 18; Y. 4. HD. 18.3.1986 T., E. 1872, K. 2472, YKD. 1986, C.12, S.9, 1285.

¹⁰² Tandoğan, Şahsiyet, 19.

¹⁰³ Bkz., Helvacı, S., Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, 1999, s.863-880, 872 (Vesayet). Helvacı, bu tür kayıtların sadece tedavi amaçlı olduğu sürece sakınca taşımadığını, öğretim amacıyla derslerde ve konferanslarda kullanılırken ilgilinin (hastanın) kimliği belirlenebilir hale geldiği anda ise hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir. Bu durumda ancak tam ehliyeti kişinin tüm şartları bilerek vereceği bir rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilir, bkz., Helvacı, Vesayet, 872. Bankalar müşterilerinin, avukatlar müvekkillerinin, doktorlar hastalarının, vasisler vesayet altındaki şahsın sırlarını açıklamama yükümlülüğü altındadırlar, buna aykırı davranışlar şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eder. Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 64.

aşırı nitelikteki araçlara başvurulmaması gerekir¹⁰⁴. Şahsın daha üstün olan menfaatini korumak için, başka araçlar kullanılması, yani başka davranış biçimlerinde bulunma imkanı varken sonuçta daha büyük zararlar doğuracak aşırı davranışlarla menfaatini korumaya kalkması, hukuka aykırı bir tecavüz teşkil eder¹⁰⁵. Bir şahsın kendisi hakkında söylediği gerçek dışı sözleri yalanlamak için, o şahsın şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelik taşıyan gazete ilanları hazırlatması amaca uygun olmayan araç niteliği taşır. Bunun gibi, işyerinde düzeni bozanlara karşı toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma imkanı varken bunlara karşı boykot çağrısında bulunmak da uygun olmayan bir araç niteliği taşır¹⁰⁶.

İnternette şahsiyet hakkına yönelik tecavüzler bakımından göz ardı edilemeyecek bir araç haline gelmiştir. Bu yolla gerçekleştirilebilecek tecavüzler de çeşitlilik arz etmektedir. Web sitelerinde yapılan yayımlar ve elektronik posta (e-posta/e-mail) yoluyla gönderilen mesajlar bu konuda önem arz etmektedir. Gerek elektronik gazetecilik gerekse özel veya ticari amaçlı web sitelerinde yer alan yayımlarda kişilerin şeref ve haysiyetleri, özel hayat ve sırları, resim ve isim üzerindeki hakları tecavüze uğrayabilir. Benzer şekilde, bir kimse elektronik posta adresine gönderilecek e-posta mesajlarıyla taciz edilebilmektedir. E-posta şeklinde rahatsız edici, sıkıntı verici haberler olarak tanımlanan ve spam adı verilen bu tür tecavüzler, reklam veya farklı içerikte mesajların istenilmemesine rağmen, sürekli olarak kişinin e-posta adresine gönderilmesi tarzında ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Bunun gibi, bir kimse hakkında gerçeğe aykırı veya gerçek olmakla beraber onu küçük düşürmeye yönelik haberlerin ya da izni olmaksızın özel hayatını ve sırlarını ifşa edici bilgilerin veya uygunsuz fotoğraflarının yer aldığı e-postaların çeşitli elektronik posta adreslerine gönderilmesi de söz konusu olabilir. Bütün bu hallerde şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı tecavüzler bulunmaktadır.

¹⁰⁴ Buna ölçülülük veya aracın amaca uygunluğu ilkesi adı verilir. Bu yönde bkz., Serozan, 106; Paladt, 933.

¹⁰⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 462; Egger/Çernis, 298; Serozan, 106.

¹⁰⁶ Tandoğan, Şahsiyet, 19. Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz., Belgesay, M. R., Şahsiyet Hakları ve Boykot, Adalet Dergisi 1961, S.1-2, s.3-9, 6 vd.

¹⁰⁷ Bu konuda mukayeseli bir çalışma için bkz., Memiş, T., Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, [www.inet-tr.org.tr/inetcon\(7/bildiriler/12.doc](http://www.inet-tr.org.tr/inetcon(7/bildiriler/12.doc), s.1-8. Memiş, Türk Hukukunda bu tür e-postalara karşı kişilerin haksız rekabete ilişkin hükümler yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 16-17. ve Medeni Kanunun 24-25. maddeleri kapsamında korunabileceğini savunmaktadır, bkz., Memiş, 6-8.

Şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı tecavüz tehlikesi doğuracak araçlar bakımından basın, radyo ve televizyon özel öneme sahiptir. Kitle haberleşme araçları olarak adlandırılan basın, radyo ve televizyon¹⁰⁸, yaptıkları yayımlarla daha geniş bir kitleye ulaşma imkanına sahip olduklarından, bunlar vasıtasıyla gerçekleşecek şahsiyet hakkının ihlali daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Olayları ve düşünceleri yazı, resim, ses veya ışık yoluyla kitlelere ulaştıran kitle haberleşme araçlarıyla gerçekleşecek hukuka aykırı tecavüzler, şahsi varlıklardan şeref ve haysiyet, özel hayat ve gizlilik alanı ve resim bakımından söz konusu olur¹⁰⁹. Bu ve benzer araçlarla gerçekleştirilen ihlaller de Medeni Kanununun 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerine tabidir¹¹⁰.

Burada, şahsiyet hakkına basın yoluyla yapılacak tecavüzlerin, hangi hallerde hukuka aykırı olacağı incelenecektir. Bununla beraber, bu konuda yapılacak açıklamalar diğer kitle haberleşme araçlarını, özellikle internet ile radyo ve televizyonu da¹¹¹ mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde kapsayacak şekilde olacaktır¹¹².

bb) Basın Yoluyla Doğabilecek Tecavüzlerde Hukuka Aykırılık

Günlük dilde, sadece belirli zaman aralıkları ile yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserleri ifade eden basın¹¹³, gerçekte kitap, broşür, bildiri ve el ilanı gibi, düşüncelerin kağıt gibi maddeler üzerinde yazı ve resim kullanılı-

¹⁰⁸ Basın, radyo ve televizyon yanı sıra film, plaklar ve bantlar da kitle haberleşme araçları olarak kabul edilmektedir, bkz. İçel, K., Kitle Haberleşme Hukuku, Ankara, 1991, 9; Kılıçoğlu, Şeref, 17; Kaplan, 203, dn.8.

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 36-37; Kaplan, 207. Bununla beraber hayat, sağlık ve vücut tamlığı bakımından basın, televizyon ve radyo yoluyla doğrudan bir tecavüzden bahsetmek mümkün değildir. Ancak, dolaylı olarak, bir yayının şahsın sağlığı üzerinde etki doğurabilebilmesi sözkonusu olabilir. Nitekim, "İlksan Olayı" olarak bilinen mesele de yapılan yayımlar sonucu bir gazete sahibi kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmiştir.

¹¹⁰ Arpacı, 131.

¹¹¹ Radyo ve televizyon ile yazılı basın arasındaki farklılıklar için bkz., Serdar, 58 vd.

¹¹² Ataay, 141. Doktrinde de sözlü basın olarak adlandırılan radyo ve televizyon yayımları bakımından, gelişmişliğinden dolayı basın yoluyla yapılan yayımlar için geçerli olan ilkelerin geçerli olacağı kabul edilmekte, mahiyetleri gereği bazı özel durumlarda farklı ilkelere başvurulmaktadır. Bu konuda bkz., Dönmezer, S., Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, 13; Gölcüklü, F., Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo, TV., Ankara, 1970, 78; Serdar, 48 vd.

¹¹³ Ayiter, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972, 152; Kılıçoğlu, 16.

mak suretiyle kitlelere açıklandığı bütün basılmış eserleri ifade eder¹¹⁴.

Düşünce ve kanaat açıklama aracı olan basın, bu yolla bir kamu görevi ifa etmektedir¹¹⁵. Basının bu görevi kapsamına, kamuyu ilgilendiren veya ilgilendirmesi gereken konularda doğru ve gerçek haber verme yoluyla kamuyu aydınlatmak; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik olaylar hakkında halka doğru ve objektif bilgi vermek, onları düşünmeye sevk etmek; toplumun meselelerinin çözümü için fikir üretmek; devlet idaresi hakkında halkı bilgilendirmek ve idarecileri denetlemek; kısaca, kamuoyunu aydınlatma ve kamuoyu oluşturma, denetleme, eleştirme ve uyarma görevlerini yerine getirmek ve bu doğrultuda halka gerçekleri açıklamak girer¹¹⁶. Basının bu görevini yerine getirirken şahsiyet hakkını ihlal edecek yayımlardan kaçınması gerekir. Eğer, belirtilen amaçları aşarak, sırf başkalarına zarar verme amacıyla yayım yaparsa söz konusu hürriyetten istifade edemez¹¹⁷

Basın bu görevini, Anayasanın teminatı altındaki basın hürriyetine dayanarak yerine getirir (AY. m.28/1)¹¹⁸. Ancak bu sınırsız bir hürriyet değildir ve basına tanınmış bir ayrıcalık olarak değerlendirilemez¹¹⁹. Anayasanın 28. maddesi basının hür olduğunu belirttiğinden sonra, bu hürriyetin 26 ve 27. maddelerde belirtilen sınırlar çerçevesinde kullanılacağını da hükme bağlamıştır (AY. m.28/4). Buna göre, basın hürriyetinin sınırları arasında şahsiyet hakkından olan insanların şöhretleri, özel ve aile hayatlarının korunması da yer alır (AY. m.26/2).

Basının yüklendiği kamu görevini yerine getirmesi sırasında, basın hürriyeti ve şahsiyet hakkı karşı karşıya gelmektedir. Basının kamuoyunu aydınlatma görevini yerine getirirken bazı durumlarda başkalarının şahsiyet

¹¹⁴ Kılıçoğlu, 16.

¹¹⁵ İçel, 90; Kılıçoğlu, Şeref, 129; Eren, 795. Radyo ve televizyonda aynı mahiyette bir kamu görevi yerine getirmektedir. Bu konuda bkz., Serdar, 138 vd.

¹¹⁶ İmre, Medeni, 467; İçel, 90; Öztan, 130; Akipek/Akıntürk, 391; Özsunay, 119-120; Y. 4. HD. 28.4.1987 T., E. 2077, K. 3267, YKD. 1987, C.13, S.8, 1161.

¹¹⁷ Helvacı, Tarihi Gelişim, 246.

¹¹⁸ Radyo ve televizyon bakımından bu hürriyeti düzenleyen bir hüküm Anayasada yer almamakla beraber, Anayasanın 26. maddesindeki düşünce ve ifade hürriyeti ile 28. maddesindeki basın hürriyetinden benzer amaçlar taşıyan ve işlevler gören radyo ve televizyonda yararlanır. Bu yönde bkz., Serdar, 136. Bununla birlikte, radyo ve televizyon hürriyetinin basın hürriyetinden teknik, kamu yararı, bilgi alma hakkı ve iktisadi yönlerden farkları bulunmaktadır. Bu farklar konusunda geniş bilgi için bkz., Serdar, 63-65.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, A. M., Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri, Yargıtay Dergisi 1987, C.13, S.1-2, s.88-97, 93 (Sorumluluk).

hakkını ihlal edici yayımlar yapması mümkün olduğu için, basın hürriyeti ve şahsiyet hakkı arasında bir denge kurulması zorunludur¹²⁰. Bu dengeleme, yararların tartılması ve üstün olan yararın tespiti şeklinde yapılır¹²¹. Hakim, basının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eden yayımlarının hangi hallerde hukuka aykırı olacağını, basının yüklendiği kamu görevini de gözönünde tutarak tespit edecektir.

Doktrinde¹²² ve mahkeme kararlarında¹²³ basın açıklamalarının şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz niteliği taşımaması için kamu yararı amacıyla yapılması, yapılan açıklamanın gerçek olaylara dayanması ve güncel olması, kullanılan ifadenin amaca uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu şartları taşımayan basın açıklamaları hukuka aykırı nitelik taşır. Sırf başkalarına zarar vermek amacıyla yapılan yayımlar da hukuka aykırıdır¹²⁴.

Basın açıklamaları, olay açıklaması (haber) ve değer yargısı verme (eleştiri) şeklinde yapılır¹²⁵. Olay açıklamaları, geçmişte kalan veya mevcut olan durum ve olayların, değerlendirme ve eleştiri yapılmaksızın anlatılmasıdır¹²⁶. Eleştiri ise, basının belirli bir olay veya durum hakkında görüş bildirmesi, bir değerlendirme yaparak değer yargısı açıklamasıdır¹²⁷.

Şeref ve haysiyet varlıkları bakımından bir kimse ile ilgili gerçek olmayan olayların yayımlanması daima hukuka aykırı nitelik taşır¹²⁸. Hukuka

¹²⁰ Eren, 794; Öztan, 131; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 670, Kılıçoğlu, A., Basın Özgürlüğü ve Kişilik Hakları, ABD. 1989, S.2, s.315-322, 321 (Basın).

¹²¹ Kılıçoğlu, Şeref, 122; Arpacı, 129-130; Akipek/Akıntürk, 391-392.

¹²² Eren, 801-802; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 671; Kılıçoğlu, Şeref, 128; Kılıçoğlu, Basın, 222; İçel, 278; İşgüzar, 868; Oğuzman, 15; Akipek/Akıntürk, 391; Serdar, 147.

¹²³ Y. 4. HD. 14.3.1980 T., E. 335, K. 3334, YHD. 1980, S.7, 1022; Y. 4. HD. 12.4.1979 T., E. 1978/9042, K. 1979/4935, YKD. 1980, C.6, S.3, 358; Y. 4. HD. 3.2.1983 T., E. 1982/11527, K. 1983/1087, YKD. 1983, C.9, S.6, 834.

¹²⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, 246.

¹²⁵ Öztan, 131; Kılıçoğlu, Şeref, 26; Eren, 796; Serozan, 106; Kaplan, 208. Radyo ve televizyon yoluyla yapılan tecavüzler sözlü, görüntüye dayalı ve her ikisinde kullanımıyla gerçekleşebilir, Serdar, 80.

¹²⁶ Eren, 796; Kılıçoğlu, Şeref, 26.

¹²⁷ Eren, 796; Kılıçoğlu, Şeref, 26.

¹²⁸ Buna gerçeklik ilkesi adı verilir, bkz., Kılıçoğlu, Sorumluluk, 96. Ayrıca bkz., Oğuzman, 16; Serozan, 106; Eren, 796; Dural, 127; Arpacı, 128; Kılıçoğlu, Şeref, 74; Tekinay, Genel Esaslar, 264; Ataay, 139; Serdar, 77; Helvacı, Koruyucu Davalar, 69, 122; Y. 4. HD. 27.3.1986 T., E. 984, K. 3196, "Basının haber verme özgürlüğü yanı sıra gazetecinin, yayınladığı olayların doğruluğunu araştırma ödevi vardır. Şöyle ki: Gazetecinin bir haberi

uygunluktan söz edebilmek için hiç olmazsa yapılan ciddi ve titiz araştırma sonucunda haberi doğru kabul etmekte iyiniyetli olması gerekir¹²⁹. Diğer taraftan, gerçek olmakla beraber güncelliğini kaybetmiş, yayımlanmasıyla olayla ilgili şahsın toplumda zamanla kazandığı itibarı yeniden sarsacak nitelikteki olayların, kamu yararından çok o şahsı zor duruma düşürmek amacıyla yayımlanması da hukuka aykırıdır¹³⁰. “Radyo ve televizyon yayınlarında bu nitelikte saldırılar, bir kişinin hakkında gerçek olmayan kanıtlar uyandırarak açıklamalar yapmak, bilgi ve görüşleri kasten değişik yorumlara ve fantezilere yol açabilecek şekilde, kelime oyunları, mimik veya el, kol hareketleriyle açıklamak, bir kişi hakkında asılsız suçlama, iftira ve dedikodularda bulunmak, bir kişiye açıktan açığa küfredip hakarete bulunmak veya kişiyi küçük ya da gülünç duruma sokan davranışlarda bulunmak şeklinde oluşabilir”¹³¹.

Şeref ve haysiyetin, olay açıklamalarıyla ihlali, bir kimsenin resminin ilgisi olmayan bir olayda yayımlanması halinde de sözkonusu olur. Örneğin, bir zina haberinde olayla ilgisi olmayan bir kadının resminin yayımlanması

yayınlamadan önce kendisinde beklenen özeni gösterip, haberin ne ölçüde doğru olduğunu araştırıp soruşturduktan sonra o haberi yayınlaması gerekir. Hatta, yayımlanacak haber, üçüncü kişilere özel olarak ağır bir zarar verebilecek ise, doğruluğunu denetleme ödevi daha sert ölçülere bağlanacaktır. Haber başka bir yerden alınmış olsa bile doğruluğu soruşturulup saptanmalı böylece gerçek bir haber niteliğinde ise yayımlanmalıdır. Tamamen gerçek dışı olay açıklamaları ise daima hukuka aykırıdır”, YKD. 1986, C.12, S.5, 1129. Gazetecinin göstermesi gereken bu özen, haberler yanı sıra bunlara eşlik eden fotoğraflar bakımından da aranmalıdır.

¹²⁹ Akıntürk, T., Şahsiyetin Korunması, Basın Yoluyla Şeref ve Haysiyete Vaki Tecavüzler, Adalet Dergisi 1961, S.3-4, s.398-407, 403.

¹³⁰ Aynı yönde bkz., Tekinay, Genel Esaslar, 264-265; Kılıçoğlu, Sorumluluk, 97; Serdar, 192-193. Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihinde verdiği bir kararda, bir askeri cephanenin kundaklanmasıyla ilgili olarak asıl suçlulara yataklık yaptığı gerekçesiyle hapis-te bulunan bir şahsın, televizyonda yayımlanmak üzere hazırlanan bir programın, cezasının bitmesine az bir zaman kaldığı ve eğer program yayınlanırsa bunun adına ve resmine tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle ileri sürdüğü programın yayımlanmaması talebini kabul etmiştir, bkz. Özsunay, 122. İsviçre Federal Mahkemesi, 1931 yılında Zürich’te Nas-yonal Sosyalist İşçi Partisinin bir mahalli grubu kurulması üzerine bir gazetede bu grubun üyelerinin vatana ihanetle suçlanmasını, cezalandırılmalarının istenmesini ve “Hitlerzade”, “Hitlerist” gibi ifadelerle adlandırılmalarını haber açıklama sınırının aşılması ve yanlış bir hukuki varsayıma dayanan bir değerlendirme yapıldığı gerekçesiyle şahsiyet hakkının (özel olarak şeref ve haysiyetin) ihlali kabul etmiştir. Bu karar için bkz., Akıntürk, 404.

¹³¹ Serdar, 76. Bu konuda başka örnekler için bkz., Palandt, 935.

halinde hukuka aykırı bir tecavüz sözkonusudur¹³².

Eleştirilerin şeref ve haysiyete hukuka aykırı tecavüz teşkil etmemesi için, kamuoyunu uyarmak, kamuoyu oluşturmak amacı taşıması gerekir. Bu amacı aşan, şahsı haksız olarak kötüleme ve küçük düşürme amacı taşıyan eleştiriler hukuka aykırı olur¹³³. Eleştiri, bir olaya dayanılarak yapılıyorsa, bu olayın mutlaka gerçeğe uygun olması gerekir¹³⁴. Yapılan değerlendirme ve eleştirinin eğer olaylar gerçeğe uygunsa geçerli olacağı şeklindeki bir şarta bağlı açıklama, şeref ve haysiyete yapılan ihlali ortadan kaldırmaz¹³⁵. Bunun yanı sıra, eleştiride kullanılan ifadelerin amaca uygun olması gerekir. Konuyla ilgili olmayan mizah sınırını aşan, ağır ve kaba ifadeler de amaca uygunluğu ortadan kaldırır¹³⁶. Yargıtay, bir televizyon programı yapımcısının bir mizah dergisinde sulu, sıska, iğrendirici, soğuk nesne, dişlek şeklinde tasvir edilmesini amaca uygun olmayan ifadeler olarak kabul etmiştir¹³⁷.

Bir kimsenin özel hayatı ve sır alanı da basın yoluyla tecavüze uğrayabilir. Bu daha çok, olay açıklamaları şeklinde ortaya çıkar. Şahsın özel hayatına ve sırlarına ilişkin olay açıklamaları kural olarak hukuka aykırıdır¹³⁸. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kamuyu ilgilendiren konularda kamu-

¹³² Kılıçoğlu, Şeref, 77. Radyo ve televizyon yayınlarıyla gerçekleşecek benzer tecavüzler için bkz., Serdar, 82.

¹³³ Özsunay, 125; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 414, 464; Serozan, 106; Atalay-II, 117; Ataay, 140; Serdar, 79; Akipek/Akıntürk, 392.

¹³⁴ Eren, 796; İçel, 278; Helvacı, Koruyucu Davalar, 70; Akipek/Akıntürk, 390; Y. 4. HD. 21.3.1980 T., E. 1302, K. 3719, YKD. 1981, C.7, S.5, 567.

¹³⁵ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz., Akıntürk, 402.

¹³⁶ Eren, 803; Kılıçoğlu, Şeref, 173; İçel, 280; Serdar, 79.

¹³⁷ Y. 4. HD. 13.10.1975 T., E. 1974/11129, K. 1975/ 10592, Kılıçoğlu, Şeref, 173. Kamera şakalarıyla ilgili bir karar için bkz., Serdar, 80.

¹³⁸ Tandoğan, Şahsiyet, 30; Kaplan, 215. Özellikle teknikteki gelişmeler, kişilere farkettirmeden konuşma ve görüntülerin tespitini kolaylaştırmıştır. Örneğin, minyatür radyo alıcı ve aktarıcılıyla, enfraraj ışınlarıyla, karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleriyle, gizli televizyon alıcılarıyla, düğme iliklerinde, şapka bantlarında, telefon ağızlığında, dolma kalemde ve benzeri yerlerde gizlenen mini alıcı ve aktarıcılarla kişinin özel hayatına sızmak ve sırlarını öğrenmek mümkün olmaktadır. Örnekler için bkz., Serdar, 88. Ancak, bu tür olayların radyo ve televizyon yoluyla her zaman tekrar kullanılmalari riski bulunmaktadır. Bunların el altında bulundurulmaları, kişileri rahatsız ve tedirgin eder. Bu yüzden, kamuya açık alana ait de olsa, bu tür olaylardan yalnızca kişinin isteyerek kamuoyuna çıktığı ve aleniyet kazandırdığı olayların açıklanması hukuka uygun kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 91; Serdar, 84. Kamuya açık alana ilişkin açıklamalar ise, şahsı kötüleme veya küçük düşürme amacı taşımamak kaydıyla hukuka uygundur.

oyunu aydınlatma amacıyla yapılacak, gerçeğe uygun açıklamalar hukuka uygundur. Şeref ve haysiyet bakımından olduğu gibi, özel hayat ve gizlilik alanı bakımından da gerçeğe aykırı basın açıklamaları daima hukuka aykırıdır¹³⁹. Almanya'da bir gazetecinin gerçekte yapmadığı halde, Prenses Süreyya ile bir röportaj yapmış gibi yazı hazırlayarak, onun ağzından İran Şahı ile ilişkilerinin devam ettiğine ilişkin açıklamalar yapması bu konuda ilginç bir örnek teşkil eder¹⁴⁰. Bu tür açıklamalar hukuka aykırı olacağı için, henüz yayımlanmamışsa önleme davası açılabilir.

Yapılan olay açıklaması bu şekilde tamamen gerçek dışı olabileceği gibi, yapılan açıklamadan farklı bir şekilde cereyan etmiş veya açıklamada olaya ilişkin bazı hususlar gizlenmişse veya olay eklemeler yapılarak açıklanmışsa yine gerçek dışı bir nitelik taşıyacağından hukuka aykırı olur¹⁴¹.

Bir kimsenin uygun olmayan bir anına ilişkin fotoğraflarının çekilerek o kimseyi küçük düşürme veya güc duruma sokma amacıyla yayımı, şahsın şeref ve haysiyetini ihlal eder¹⁴². Böyle bir amaç güdülmese de, o şahsın izni olmaksızın, evinin bahçe duvarından veya penceresinden uygunsuz fotoğraflarının çekilmesi ve yayımlanması özel hayatına hukuka aykırı bir tecavüz teşkil eder¹⁴³.

Topluma mal olmuş politikacı, sanatçı ve kamu görevlileri hakkında yapılan basın açıklamaları, bu şahısların toplumun ilgisine daha fazla mazhar olmaları sebebiyle bazı özellikler taşır. Kural olarak, bunların şeref ve haysiyeti ve özel hayatları da diğer insanlara tanınan hukuki korumadan yararlanır. Ancak, bunların toplum içindeki konumları gereği, kamuyu yakından ilgilendirmeleri sebebiyle basın, bunlar hakkında yapacağı yayınlarda daha geniş bir imkana sahiptir¹⁴⁴. Bununla birlikte, kamuyu aydınlatma, kamu

139 Tandoğan, Şahsiyet, 30; Palandt, 935; Ataay, 116-117.

140 Bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 97.

141 Oğuzman, 16; İçel, 278; Palandt, 935; İşgüzar, 869; Helvacı, Koruyucu Davalar, 124; Y. HGK. 30.1.1991 T., E. 1990/4-571, K. 1991/29, ABD. 1991, S.5, 832; Y. HGK. 19.1.1983 T., E. 1981/4223, K. 1983/14, YHD. 1984, S.1, 72 vd.

142 Kılıçoğlu, Şeref, 173.

143 İmre, Özel Hayat, 153; Arpacı, 129.

144 Egger/Çernis, 298; Oğuzman, 16; Eren, 802; Öztan, 136; Tandoğan, Şahsiyet, 31; Palandt, 934; Tekinay, Genel Esaslar, 264, 272; Dural, 129; Ataay, 132; Kaplan, 219; Serozan, 107. Y. 4. HD. 23.12.1993 T., E. 3762, K. 15152 "...Devlet yönetiminde meydana gelecek usulsüz ve Devlet politikasına uygun düşmeyen işleri kamuoyuna duyurmak ve bu yolda tartışmaları başlatmak ve yapmak basının görevleri arasındadır. Davacı tamamen kendi iradesiyle yarattığı bir ortamın basın yoluyla eleştirilmesine katlanmak

adına denetleme ve eleştiri yapma amacını aşan, yayımlanmasında kamu yararı bulunmayıp sırf o şahsı küçük düşürme gibi amaçlar güden veya gerçek dışı olaylara dayanan veyahutta bu şahısların toplumdaki konumlarıyla ilgili olmayan basın açıklamaları hukuka aykırıdır¹⁴⁵.

Bir kimsenin resminin yayımlanması, o şahsın şeref ve haysiyetini, sırlarını ihlal etmemelidir. Bu anlamda, bir kimsenin resminin toplum içindeki konumuna uygun olmayan kullanımı gibi zaman itibarıyla uygun olmayan yayımı da hukuka aykırıdır¹⁴⁶. Buna ilaveten, şeref ve haysiyete ve özel hayata tecavüz teşkil etmese bile bazı hallerde resim üzerindeki hakkının ihlali sebebiyle hukuka aykırılık oluşabilir. Örneğin, şahsın izni olmaksızın resminin bir banka reklamında kullanılması halinde hukuka aykırı bir tecavüz söz konusudur¹⁴⁷. Resmin, reklam amacı olmaksızın yayımlanması halinde de hukuka aykırılık sözkonusu olabilir. Özellikle bir kimsenin resminin veya televizyon görüntüsünün onun tanınmasını sağlayacak şekilde verilmesindeki menfaati, kamu yararından fazla olduğu hallerde böyledir. Örneğin, acıyla kıvranan yaralı bir sporcunun veya kalp krizi geçirerek yere yığılan bir politikacının yüzündeki acı sebebiyle oluşan hoş olmayan görüntüsünün yayımlanmamasında böyle bir menfaati vardır¹⁴⁸. Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı'ndan önceki başbakanlarından Kont Bismark'ın ölüm yatağında bitkin haldeki yüzünün ve ölümünden sonra cesedinin fotoğrafının çekilmesi ve yayımlanması, onun yakınlarının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle Alman Federal Mahkemesince hukuka aykırı görülerek yayım önlenmiştir¹⁴⁹.

zorundadır. Dava konusu yazı gerçek olaylara dayandığından, böyle bir olayın basın yoluyla kamuoyu önünde tartışılmasında kamu yararı vardır" YKD. 1994, C.20, S.7, 1067-1068.

¹⁴⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 31; Oğuzman, 16; Kılıçoğlu, Şeref, 150; Dural, 129, 137; İmre, Medeni, 473; Tekinay, Genel Esaslar, 264-265; Kaplan, 219-220.

¹⁴⁶ Ataay, 146-147.

¹⁴⁷ Tekinay, Genel Esaslar, 261; Akipek/Akıntürk, 395; Serdar, 82; Helvacı, Koruyucu Davalar, 72. Yargıtay kararları arasında resmin reklam amacıyla kullanılmasının hukuka aykırı olacağına ilişkin bir çok karara rastlamak mümkündür. Bkz., Y. HGK. 3.10.1990 T., E. 4-275, K. 459, YKD. 1991, C.17, S.4, 522; Y. 2 .HD. 29.1.1976 T., E. 1975/9403, K. 1976/325, YKD. 1976, C.2, S.7, 957-958.

¹⁴⁸ Serdar, 92.

¹⁴⁹ İmre, Özel Hayat, 166. Benzer bir karar için bkz., BGE 72 II 130. Türk Hukukunda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86. maddesinin 1. fıkrasına göre eser niteliğinde olmasalar bile sahibinin, ölmüşse mirasçılarının rızası olmaksızın, ölümünden itibaren 10 yıl geç-

c) Hukuka Uygunluk Sebepleri

Medeni Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasında şahsiyet hakkına yapılan tecavüzlerin şahsın rızasına, üstün nitelikte bir özel yarara, üstün nitelikte bir kamusal yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanması halinde hukuka aykırı olmayacağı öngörülmüştür. Hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan bu hallerde, tecavüze uğrayan menfaat veya hukuki varlığın karşısında daha üstün bir menfaat veya hukuki varlık bulunmakta ve bu sebeple hukuka aykırılık gerçekleşmemektedir¹⁵⁰.

Eğer, bir kimsenin şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan kimse, bu hukuka uygunluk sebeplerinden birine dayanıyorsa, hukuka aykırılık sözkonusu olmayacağı için önleme davasının reddi gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunduğunu ispat, bunu iddia eden kişiye düşer (MK m.6)¹⁵¹.

aa) Şahsın Rızası

Medeni Kanun şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir (m.24/2). İlk olarak 3444 sayılı Kanunla 743 sayılı Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle getirilen bu düzenlemeden önce de şahsın, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bazı varlıklara yönelik tecavüzlere önceden vereceği geçerli bir rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği kabul edilmekteydi¹⁵².

Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrası hükmü rızanın herhalukarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracacağı şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum herşeyden önce Medeni Kanununun 23. maddesini anlamsız kılardı¹⁵³.

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için, bunun hukuka ve ahlaka aykırı bir nitelik taşıması gerekir¹⁵⁴. Bunun içinde rızanın kendinden vazgeçile-

medikçe bir resmin yayımlanmasını yasaktır. Ancak bu hüküm topluma mal olmuş kim-seler bakımından uygulanmaz, bkz., Ataay, 146.

¹⁵⁰ Eren, 584-585; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 462.

¹⁵¹ Dural, 147.

¹⁵² Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Tandoğan, Mesuliyet, 31-32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 490; İmre, Özel Hayat, 159; BGE 101 II 196.

¹⁵³ Tekinay, Genel Esaslar, 259.

¹⁵⁴ Dural, 147; Akipek/Akıntürk, 404; Helvacı, Koruyucu Davalar, 104 vd. Hatemi, mağdu-run rızasının hukuka aykırılığı her zaman ortadan kaldırmayacağını, özellikle rızanın Medeni Kanununun 23. maddesine aykırı olduğu hallerde rızanın ancak Borçlar Kanununun

bilen, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen varlıklara ilişkin olması gerekir. Aksi halde, rızanın varlığına rağmen tecavüz hukuka aykırı olur (MK m.23)¹⁵⁵. Bir kimsenin şeref ve haysiyeti üzerinde tasarruf edebilmesi söz konusu olamayacağından, bunlara yönelik tecavüzlere verilecek rıza geçerli olmaz¹⁵⁶. Bununla beraber, şahsın özel hayatı ve resmine yönelik tecavüzlere göstereceği rıza geçerlidir¹⁵⁷. Örneğin, resminin bir gazetede yayımlanmasına izin veren veya röportaj yapan televizyon muhabirinin çekim yapmasına rıza gösteren şahsın bu rızası hukuka uygundur¹⁵⁸.

Ayrıca rızaya dayanan tecavüzün hukuka uygun olabilmesi için, rızanın verildiği çerçeve içinde kalınması gerekir¹⁵⁹. Örneğin, bir kimse hatıralarının ölümünden sonra yayımlanması kaydıyla yayımına izin vermişse buna uyulmalıdır.

Rızadan her zaman rücu edilebilir¹⁶⁰. Böyle rücu edilmiş bir rızaya dayanan tecavüzlerin hukuka uygunluğu ileri sürülemez.

bb) Üstün Nitelikte Bir Özel Yarar

Medeni Kanununun 24. maddesinin yeni metninde tecavüzün üstün nitelikte bir özel yarara dayanması halinde hukuka uygun olacağı hükme bağlanmıştır¹⁶¹. Bu üstün nitelikte özel yarar, tecavüze uğrayana ait olabileceği

44. maddesi gereğince müterafik kusur sayılarak tazminattan indirim sebebi teşkil edileceğini, bu yüzden rıza beyanının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep gibi ifade edilmesinin doğru olmadığını, kanunun verdiği bir yetkiye dayandırılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir, bkz., Hatemi, 105. Rızanın genel ve mutlak olarak hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracağı ifadesinin yanlışlığı hakkında bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 103. Aksi yönde bkz., Dural, 147.

¹⁵⁵ Tekinay/Akman/Burçoğlu/Alttop, 490; Eren, 588; Tandoğan, Mesuliyet, 32; Kılıçoğlu, Şeref, 179.

¹⁵⁶ Eren, 800; Kılıçoğlu, Şeref, 179; Oğuzman, 12.

¹⁵⁷ Tandoğan, Şahsiyet, 33; Eren, 800; Kılıçoğlu, Şeref, 179; Oğuzman, 12; Arpacı, 123, 134; Helvacı, Koruyucu Davalar, 65.

¹⁵⁸ Ataay, 132.

¹⁵⁹ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 421; Kılıçoğlu, Şeref, 180; Arpacı, 123; Helvacı, Koruyucu Davalar, 65.

¹⁶⁰ Eren, 587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 490; İşgüzar, 866; Öztan, 148; Helvacı, Koruyucu Davalar, 109.

¹⁶¹ 743 sayılı Medeni Kanunda yer alan metninde hatalı olarak "bir özel ... yararına" ifadesi kullanılmış olmakla beraber bununla üstün nitelikte bir özel yararın kastedildiği kabul edilmekteydi, bkz. Oğuzman, 10; Tekinay, Kişilik, 57; Arpacı, 141; Tekinay, Genel Esaslar, 259-260; Dural, 141; Hatemi, 104. Üstün nitelikte bir özel yararın hukuka uygunluk

gibi, tecavüzde bulunana da ait olabilir¹⁶².

Önleme davasında ileri sürülebilecek üstün nitelikte bir özel yarar bakımından boykotlar önem taşır. İsviçre Federal Mahkemesi muhtelif kararlarında, iktisadi boykotların üstün nitelikte bir özel yarara dayanmaları halinde hukuka aykırı olmayacaklarını kabul etmiştir¹⁶³. Buna göre şahsiyet hakkından iktisadi faaliyette bulunma serbestisine yönelik bir tecavüz tehlikesi doğuran boykot çağrıları, eğer üstün nitelikte bir özel yararın korunmasına yönelikse ve bu özel yararın başka yollardan teminat altına alınma imkanı yoksa hukuka aykırılıktan söz edilemez¹⁶⁴. Aynı ticari alanda faaliyette bulunan işletmelerin oluşturdukları birlik ile bu alanda faaliyette bulunan işletmelerin hukuka aykırı olmayan belli fiyatlardan satım yapmasını, buna uymayanlara karşı boykota gidilmesini kararlaştırmaları halinde özel bir yarardan söz edilebilir¹⁶⁵. Buna karşılık, bir işçinin görüşünü paylaşmadığı bir sendikaya girmedigi için bu sendika tarafından boykot edilmesi, kara listeye alınması hukuka aykırıdır¹⁶⁶. Bununla birlikte, işverenin, işçilerin dürüst hareket etmelerini sağlamaya yönelik boykotu hukuka uygundur¹⁶⁷.

cc) Üstün Nitelikte Bir Kamu Yararı

Kamu yararının ağır bastığı hallerde, kamu yararı şahıs yararından üstün kabul edilir ve kamu yararına dayanan tecavüzler hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁶⁸.

Basının, radyo ve televizyonun kamuyu aydınlatma görevlerini yerine

sebebi sayılmasının hata olduğu, bir çok yanlış anlamalara ve kötüye kullanımlara sebep olacağı yönünde bkz., Arpacı, 142; Hatemi, 105.

¹⁶² Oğuzman, 13; Öztan, 149; İşgüzar, 866.

¹⁶³ Bu kararlar için bkz. Egger/Çernis, 301-302; Tekinay, Genel Esaslar, 262-263; Belgesay, 5-6.

¹⁶⁴ Egger/Çernis, 301-302; Tekinay, Genel Esaslar, 263; Dural, 148; İmre, Medeni, 477; Köprülü, 388; Belgesay, 5-6.

¹⁶⁵ Egger/Çernis, 301; Serozan, 106. İsviçre Federal mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz., Belgesay, 8.

¹⁶⁶ Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Köprülü, 288, dn.63.

¹⁶⁷ Belgesay, 5.

¹⁶⁸ Oğuzman, 14; Tandoğan, Şahsiyet, 31; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 463; İşgüzar, 867; Y. 4. HD. 14.3.1980 T., E. 335, K. 3334, YKD. 1980, C.6, S.7, 1021. Basının fonksiyonları ve buna benzer konular bakımından kendini gösteren özel durumlar dışında, üstün nitelikte bir kamu yararının hukuka uygunluk sebebi sayılmasının eleştirisi için bkz., Arpacı, 142; Hatemi, 105.

getirirken, başkalarının şahsiyet hakkını ihlal etmeleri, basın ve ifade hürriyeti sınırları içinde kalmak kaydıyla, hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁶⁹. Bu sebeple basın hürriyeti şahsiyet hakkının ihlalinde bir mazeret oluşturur¹⁷⁰.

Kamu yararı amacıyla yapılan boykotlarda hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁷¹. Örneğin, bazı malların fiyatlarındaki yüksek artışlara karşı tüketicinin korunması amacıyla, bu mallara karşı boykot çağrısı yapılmasında üstün nitelikte bir kamu yararının varlığı söz konusudur¹⁷². Türkiye'de yakın zamanda bu türden boykotlar yapıldı. Bakkallar ve Bayiler Federasyonunun kola ve deterjan fiyatlarındaki aşırı artışları protesto amacıyla bu mallara karşı başlattığı söz konusu boykotlar, tüketicinin korunması gibi üstün nitelikte kamu yararına dayandığı için, hukuka uygun nitelik taşımaktaydılar. Diğer taraftan, basında, radyo ve televizyon yayınlarında kuduz, AIDS gibi bir hastalığa yakalanmış kimsenin isminin, resminin, görüntüsünün yayınlanması, böyle bir hastalığının olduğunun duyurulması, kamu sağlığı gözetildiği için üstün nitelikte kamu yararından dolayı hukuka uygun olur¹⁷³.

dd) Kanunun Verdiği Bir Yetkinin Kullanılması

Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması sonucu başkalarının şahsiyet hakkı ihlal edilirse, bu ihlaller Medeni Kanununun 24. maddesi gereği hukuka aykırı olmaz. Kanunun verdiği bir yetkiye dayanılarak basın tarafından yayımlanması istenen bazı açıklamalar, şahsiyet hakkına tecavüz etse de yetkili makamın verdiği emri yerine getiren basın bakımından hukuka aykırı bir yayım olarak kabul edilemez¹⁷⁴. Buna göre, mahkemelerin ilanen tebliğ edilmesini öngördüğü kararların, kısıtlama kararının (4721 sayılı MK m.410; 743 sayılı MK m.360), failin kimliğinin de açıklandığı teslim ol çağrılarının, iflas ve konkordato ilanlarının yayımlanması halinde, şahsiyet hakkının ihlali hukuka aykırı olmaz¹⁷⁵. Yine, hakim kararıyla bir kimsenin mektuplarının müsadere edilmesi ve açılması, telefonlarının dinlenmesi de kanunun verdiği

¹⁶⁹ Kılıçoğlu, Sorumluluk, 94; Serozan, 106.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, Sorumluluk, 93; Serdar, 131 vd.

¹⁷¹ Serozan, 106; Arpacı, 125.

¹⁷² Arpacı, 125.

¹⁷³ Serdar, 130.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 121.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 121.

yetkiye dayanır¹⁷⁶. Buna ilaveten, yetkili makam emri doğrultusunda yapılan radyo ve televizyon yayınları da hukuka uygundur. Bu konuda 3984 sayılı Kanunun¹⁷⁷ 25. maddesinin 2. fıkrasına göre “Radyo ve televizyon kuruluşları Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirimlerini yayınlamakla yükümlüdür”.

5. ÖNLEME DAVASININ TARAFLARI

a) Davacı

Önleme davasını, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesine maruz kalan kimse açar. Bu sebeple gerçek kişiler yanı sıra tüzel kişiler de önleme davası açabilir¹⁷⁸.

Gerçek kişi, tam ehliyetli ise önleme davası açabilmesine bir engel yoktur. Mümeyyiz küçük veya kısıtlı ise, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları Medeni Kanunun 16. maddesi gereği bizzat kullanabileceği için, bu davayı kanuni temsilcisinin iznine veya icazetine ihtiyaç duymadan kendisi açabilir ve bizzat takip edebilir¹⁷⁹. Mümeyyiz küçük veya kısıtlının açık veya örtülü rızası

¹⁷⁶ Oehler, D., Postanın Gizliliği, (çev.: Armağan, S.) MHAD. 1971, y.5, S.7 (Yeni Seri), s.245-266, 254 vd.; Akipek/Akıntürk, 405. Alman Medeni Kanununun 1631. maddesine göre anne ve baba reşit olmayan çocuklarının mektuplarını, terbiye için gerekli ise açabilirler. Bunun, kanuna dayansa da tabii hukuk bakımından hukuka aykırı olacağı yönünde bkz., Özdeş, 88.

¹⁷⁷ RG. 20.4.1994 S.21911.

¹⁷⁸ Bkz. Kılıçoğlu, Şeref, 271; Özsunay, 118; Taşkın, 233; Öztan. 152; Oğuzman/Seliçi, 84; Helvacı, Koruyucu Davalar, 150; Serdar, 379.

¹⁷⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 288; Özsunay, 62; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 1034 (Usul-I); Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 225; Bilge/Önen, 229; Berkin, 354; Postacıoğlu, 211. Helvacı, Vesayet, 873. Serdar, manevi tazminat davası bakımından dava açma kararını mümeyyiz küçük veya kısıtlının vermesi gerektiğini, ancak, mali sonuçlu olan davanın açılabilmesinin kanuni temsilcinin iznine veya icazetine bağlı olması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz., Serdar, 274. Bu durumda, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasının diğer hakların kullanılmasından farkı kalmayacağı ortadadır. Medeni Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi karşısında bu sonucu, olan hukuk bakımından kabul etmek mümkün değildir. Temyiz kudretine sahip olmak kaydıyla küçük veya kısıtlı, şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davaları (manevi tazminat davası da dahil olmak üzere) kendi açabilir. Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 157; Y. 4. HD. 21.9.1995 T., E. 5439, K. 6448, YKD. 1995, C.25, S.11, 1766-1768. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan hangilerinin kullanılmasında kanuni temsilcinin izni veya icazeti gerektiği kanunda özel hükümlerle düzenlenmiştir (4721 sayılı MK m.12, 118/2, 126, 127, 308/3, 309/1; 743 sayılı MK m.12, 82/2, 90, 91, 254). Bunlar

olmadıkça, kanuni temsilcisi onun adına önleme davası açamaz¹⁸⁰.

Temyiz kudretinden yoksun kimse ise, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kural olarak ne kendisi kullanabilir ne de kanuni temsilcisi aracılığıyla kullanabilir¹⁸¹. Bununla beraber, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması tam ehliyetsizi zararlı bir sonuçtan kurtaracaksa, bu hakkın kanuni temsilci aracılığıyla kullanılabilmesini kabul etmek gerekir¹⁸². Bu bakımdan, bir tecavüz veya tecavüz tehlikesine maruz kalan tam ehliyetsiz adına kanuni temsilcisi önleme davası açabilir¹⁸³. Vesayet altındaki tam ehliyetsiz adına vasinin bu davayı açabilmesi, Medeni Kanununun 462. maddesinin 8. bendi (743 sayılı MK m.405/b.8) gereği sulh hakiminin onayıyla mümkün olur¹⁸⁴.

Ceninine yönelik bir tecavüz söz konusuysa, doktrinde çoğunluk, ancak sağ doğması halinde dava açılabileceğini kabul etmektedir¹⁸⁵. Bununla beraber, özellikle önleme davası bakımından, ceninin sağ doğması beklenirse, bu davanın açılması çoğu zaman tecavüz gerçekleştiği için mümkün olmayacaktır. Bunun için, Tercier tarafından savunulan görüş dorultusunda¹⁸⁶, eğer ceninin şahsiyet hakkına yönelik bir tecavüz tehlikesi varsa, doğumu beklemeden kanuni temsilcisi veya kayyım aracılığıyla tecavüzün önlenmesi davanın açılabilmesi gerekir

b) Davalı

Önleme davasında davalı, başkasının şahsiyet hakkını hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesine maruz bırakan kimsedir. Buna göre, hukuka aykırı bir

dışındaki bir durumu kanuni temsilcinin iznine veya icazetine tabi kılmak sadece olması gereken hukuk bakımından savunulabilir.

¹⁸⁰ Helvacı, Vesayet, 873; Helvacı, Koruyucu Davalar, 158.

¹⁸¹ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 326; Öztan, 89; Oğuzman/Seliçi, 45; Özsunay, 59.

¹⁸² Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 328; Öztan, 89; Özsunay, 59; Kuru, Usul-I, 1047.

¹⁸³ Oğuzman, 24; Özsunay, 59; Berkin, 354; Bilge/Önen, 229; Postacıoğlu, 211; Serdar, 376; Helvacı, Vesayet, 873; Helvacı, Koruyucu Davalar, 158.

¹⁸⁴ Helvacı, Vesayet, 873-874. Şahsiyet hakkına yönelik tecavüz tehlikesi bizzat vasiden kaynaklanıyorsa ve vesayet altındaki şahsın sırlarının ifşası gibi üçüncü şahıslara yansımaya ihtimali taşıyorsa, böyle bir durumda önleme davası açılabilmesi gibi, vesayet dairelerine şikayet yoluna da (4721 sayılı MK m.461/1; 743 sayılı MK m.404) başvurulabilir. Bu yönde bkz., Helvacı, Vesayet, 876.

¹⁸⁵ Bkz., Dural, 18; Helvacı, Koruyucu Davalar, 89; Özsunay, 20; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 202.

¹⁸⁶ Tercier, P., Le Nouveau Droit la Personnalité, Zürich, 1984, 74 (Helvacı, Koruyucu Davalar, 88'den naklen).

boycot çağrısı yapan, bir şahsın fotoğrafını ürettiği malın reklamında kullanmaya hazırlanan, bir kimsenin sırlarını ele geçirerek yayınlamaya hazırlanan kimseye karşı önleme davası açılabilir.

Dava açılacak kimseler bakımından, basın açıklamalarına karşı açılacak önleme davaları özellik arzeder. Basın açıklamalarından doğan sorumluluk hususunda Basın Kanunu özel hükümler öngörmüştür. Basın Kanununun 17. maddesi, hukuki sorumluluğu olan şahısları belirlemiş ve bunların müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Buna göre, basın yoluyla işlenecek tecavüzlerden doğacak maddi ve manevi zararlardan, 16. maddeye göre sorumlu olanlarla¹⁸⁷ birlikte Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre sürekli yayınlarda sahibi ve süreksiz yayınlarda yayınlayan müteselsilen sorumludurlar (Basın Kanunu m.17)¹⁸⁸. Burada sorumluluk sadece maddi ve manevi tazminat davaları bakımından belirlenmiş olup, önleme davası ve diğer davalar bakımından hüküm konulmamış olmakla birlikte, bu şahıslar bu davalar bakımından da sorumludurlar¹⁸⁹. Zararın tazmininden sorumlu tutulan kimselerin, bu zararın önlenmesinden sorumlu olmaması anlamsız olur. Ancak, önleme davası niteliği gereği, bu sorumlu şahıslardan yayını önleme yetkisine sahip olan yazı işleri müdürüne karşı açılabilir¹⁹⁰. Özellikle ihtiyari tedbir istemli davalarda, diğer sorumlu şahıslara karşı da dava açılması faydalı olacaktır.

3984 sayılı Kanunun 29. maddesinin ikinci fıkrası gereği özel radyo ve televizyon kuruluşlarının anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olduğundan, şahsiyet hakkı ihlali bakımından sorumlu şahıs bir anonim şirket olacaktır. Şahsiyet hakkına tecavüz tehlikesi oluşturan yayın TRT'de yayınlanacaksa, dava bir kamu tüzel kişisi olan TRT'ye karşı açılmalıdır (TRT Ka-

¹⁸⁷ Basın Kanununun 16. maddesi cezai sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, dava, sürekli yayınlarda suç konusu yazıyı yazan veya resmi yapan kimseyle yazı veya resmin yayımlandığı sürekli yayının sorumlu müdürüne karşı açılır. Süreksiz yayınlarda ise eserin yazarı, yazarı, çevireni veya çizerine, bunlar belli değilse veya bunlar aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmadığı veya kendisinin bilgi veya izni dışında yayımlandığı takdirde yayınlata, yayınlatan belli olmazsa basana, basan da belli değilse satana ve dağıtana karşı dava açılabilir.

¹⁸⁸ Y. 4. HD. 9.12.1993 T., E. 607, K. 14351, "Gazete sahibi, gazetenin sorumlu müdürü ve köşe yazısını yazıp köşesini düzenleyerek okuyucu mektubunu gazetede ki köşesine koymayı uygun gören köşe yazarı, gazetede yayınlanan okuyucu mektubu kişilik haklarına saldırı niteliğinde ise okuyucu mektubuyla yapılan kişiliğe vaki saldırıdan sorumludur" YKD. 1994, C.20, S.5, 726-728.

¹⁸⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 277.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, Şeref, 277.

nunu m.8/1). Gerek özel radyo veya televizyonun sahibi anonim şirkete gerekse TRT'ye karşı açılacak davalarda sorumluluk Medeni Kanunun 50. (743 sayılı MK m.48) veya Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanabileceği gibi, Borçlar Kanununun 100. maddesine de dayanabilir¹⁹¹.

Bir davranış, birden fazla şahsın şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakıyorsa, bunlardan herbiri diğerlerinden bağımsız olarak önleme davası açabileceği gibi hepsi birlikte de dava açabilirler¹⁹². Bu halde tecavüzün önlenmesine karar verilirse, bundan dava açmayan diğerleri fiilen yararlanırlar. Ancak birinin açtığı davayı kaybetmesi, diğerlerinin dava hakkını etkilemez¹⁹³.

Tecavüz tehlikesinin doğmasına birden fazla kimse sebep olmuşsa veya tecavüzü önleme yetkisine birden fazla kimse sahipse, dava bunlardan birine karşı açılabilir gibi birkaçına veya hepsine karşı da açılabilir¹⁹⁴.

6. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

4721 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinin son fıkrasına göre, "Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir". 3444 Sayılı Kanunla 743 sayılı Medeni Kanuna eklenen 24a maddesi de şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davalar bakımından bu özel yetki hükmüne yer vermişti¹⁹⁵. Değişiklikten önce, bu davaların hangi yer mahkemelerinde açılacağı genel hükümler çerçevesinde belirlenmekteydi (HUMK m.9-27). Değişiklikten sonra davacıya Medeni Kanunun 24a ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. maddeleri gereği kendisinin veya davalının ikametgahında (yerleşim yerinde) dava açabilme imkanı tanınmıştı. Böylece davacıya bir seçimlik yetki tanınmış olmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Serdar, 239 vd.

¹⁹² Oğuzman, 22-23.

¹⁹³ Oğuzman, 23.

¹⁹⁴ Egger/Çernis, 306; Oğuzman, 23.

¹⁹⁵ İsviçre Medeni Kanununun 28b maddesinde de aynı yönde bir hükme yer verilmişti. Ancak, Mahkemelerin Yetkisine Dair Kanuna (Gerichtsstandsgesetz) yapılan ilaveyle bu hüküm 24.3.2000 tarihinde kaldırılmış bulunmaktadır.

¹⁹⁶ Dural, 161; Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Y. 4. HD. 17.1.2000 T., E. 1999/11171, K. 2000/78, YKD. 2000, C.26, S.5, 689-690; Y. 4. HD. 9.11.1999 T., E. 10296, K. 10912, YKD. 2000, C.26, S.3, 363-364; Y. 4. HD. 4.10.1999 T., E. 6017, K. 7840, YKD. 2000, C.26, S.2, 201-202.

Önleme davasında görevli mahkeme, bu konuda özel bir düzenleme olmadığı için, asliye hukuk mahkemesidir (HUMK m.1, 8).

7. ÖNLEME DAVASINDA İSPAT

Önleme davasında şahsiyet hakkına yönelik ciddi ve yakın bir tecavüz tehlikesinin varlığı iddia edilerek bunun önlenmesi talep edilir. Medeni Kanunun 6. maddesinde hükme bağlanan genel kural gereği, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre, davacının ileri sürdüğü ciddi ve yakın tecavüz tehlikesinin varlığını ispat etmesi gerekir¹⁹⁷. Davacı bunu, hazırlık hareketleri, meydana gelmiş tecavüzlerin şekli, sistematik hücumlar gibi hakime kanaat verecek olayları ortaya koyarak yapar¹⁹⁸.

Hakim, davacının ileri sürdüğü bu olaylardan tecavüzün yakın ve ciddi olduğuna, hukuka aykırı nitelik taşıdığına karar verirse, davacı lehine söz konusu davranışın yasaklanmasına karar verir.

Davalı, davacının iddiasına karşı, bir hukuka uygunluk sebebine dayandığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmelidir¹⁹⁹. Eğer gerçekleştirmeye hazırlanıldığı tecavüzün, korunması gereken daha üstün bir menfaate dayandığını ispat ederse, hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği için önleme kararı verilemez ve dava reddedilir. Bununla beraber, şahsın rızasına, üstün nitelikte bir özel yarara veya üstün nitelikte bir kamusal yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayandığını iddia eden şahıs bunu ispat edemezse, hakim davayı kabul ederek söz konusu davranışın yapılmasını yasaklar.

8. ÖNLEME TALEBİNİN DEVREDİLEBİLMESİ VE MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

Önleme davası, şahsiyet hakkını hukuka aykırı tecavüzlere karşı koruma amacı güder. Davacının önleme talebi, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şahsiyet hakkının korunmasına ilişkindir. Şahsiyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle yalnız ait olduğu şahıs tarafından kullanılabilir²⁰⁰, temsilci aracılığıyla kullanılamaz. Dolayısıyla, bu hakka yönelik tecavüzlere karşı başvurulacak önleme davası da ancak şahsiyet hakkı sahibi

¹⁹⁷ Egger/Çernis, 310; Oğuzman, 23; Öztan, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Arpacı, 144; Serdar, 253.

¹⁹⁸ Egger/Çernis, 310.

¹⁹⁹ İşgüzar, 865.

²⁰⁰ Serozan, 94; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 115; İmre, Medeni, 446; Dural, 117.

tarafından açılabilir²⁰¹. Önleme davası açma hakkı başkalarına devredilemez. Eğer önleme talebinin devredilebileceği kabul edilseydi, bir kimsenin bir başkasının şahsiyeti üzerinde hak sahibi olması sonucu doğardı ki, bu sonucun şahsiyet hakkının mahiyeti ile bağdaşmadığı ortadadır.

Şahsiyet doğumla başlayıp ölümle sona erdiği için, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan şahsiyet hakkı da şahsın ölümüyle sona erecektir²⁰². Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin dava hakları da şahsiyetin sona ermesi ile ortadan kalkacağı için, ölmüş bir kimse adına önleme davası açılmaz²⁰³. Medeni Kanununun 28. maddesindeki (743 sayılı MK m.27) şahsiyetin ölümle sona ereceğine ilişkin hüküm karşısında, ölünün şahsiyet hakkına yönelik tecavüzlere karşı ölenin adına önleme davası açılmaz²⁰⁴. Bununla beraber söz konusu tecavüz, ölenin yakınlarının şahsiyet hakkı bakımından bir tehlike arz ediyorsa ölenin yakınları kendi şahsiyet haklarına dayanarak önleme davası açabilirler²⁰⁵.

9. ÖNLEME DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRE

Önleme davası, tazminat davalarının aksine, bir zamanaşımı süresine veya hak düşürücü süreye tabi değildir²⁰⁶. Bu dava mahiyeti gereği, tecavüz veya tecavüzün tekrarlanma tehlikesinin sürdüğü müddetçe açılabilir²⁰⁷. Eğer tecavüz gerçekleşmiş ve bundan bir zarar doğmuşsa, artık önleme davası açılmayacağı için zararın niteliğine göre açılacak davaya ilişkin zamanaşımı işlemeye başlar.

²⁰¹ Oğuzman, 24; Özsunay, 59; Kuru, Usul-I, 1034; Bilge/Önen, 229; Berkin, 354; Postacioğlu, 211; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰² Özsunay, 149; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 399; Egger/Çernis, 292; Kılıçoğlu, Şeref, 269; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰³ Kılıçoğlu, Şeref, 269; Oğuzman, 24. Bununla beraber Merz, şahsiyet hakkının ölümle tamamen sona ermeyeceğini, ölümden sonra da "ölünün etkileri devam eden şahsiyet hakkı" olarak varlığını sürdüreceğini, bu sebeple ölenin şahsiyet hakkına yönelik bir tecavüz halinde para ile zararın dengelenmesi söz konusu olamayacağından, maddi tazminat davası açılmamakla beraber durdurma ve önleme davalarının açılacağını ileri sürmektedir, bkz., Merz, 67.

²⁰⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 269.

²⁰⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 269; Egger/Çernis, 293; Öztan, 111; Köprülü, 275; Oğuzman, 24; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰⁶ Oğuzman, 22-23; Kılıçoğlu, Şeref, 292; Helvacı, Koruyucu Davalar, 162; Serdar, 389.

²⁰⁷ Oğuzman, 22-23; Kılıçoğlu, Şeref, 292; Serdar, 389.

10. ÖNLEME DAVASINDA İHTİYATİ TEDBİRLER

Önleme davasının beklenen hukuki korumayı sağlayabilmesi bakımından, ihtiyati tedbirler büyük önem taşır²⁰⁸. Önleme davası, muhtemel tecavüzlerin önlenmesi amacıyla yönelik olduğu için, söz konusu tecavüzden önce sonuçlanması ve önleme kararının tecavüz gerçekleşmeden icra edilmesi gerekir. Oysa çoğu zaman tecavüz, daha dava devam ederken gerçekleşir. Örneğin, bir dergide bir sanatçının sırlarının açıklanacağı ve bunun yanı sıra özel hayatına ilişkin fotoğrafların yayınlanacağı duyurulmuşsa, önleme kararının bu yayından önce verilmesi gerekir. Böyle bir davanın söz konusu yayından önce sonuçlanması ise normal şartlarda mümkün olmaz. Radyo ve televizyon yayınlarında bu durum daha fazla önem arz eder.

Bu durum önleme davasının etkili sonuçlar doğurabilmesini ve güvenilirliğini son derece azaltır, şahsiyet hakkının korunması bakımından bu davaya başvurulmaması sonucunu doğurur. Oysa şahsiyet hakkının korunmasında, henüz gerçekleşmemiş bir tecavüzün önlenmesi, doğmuş olan bir tecavüzün ve bunun doğuracağı zararların ortadan kaldırılmasından daha pratik ve şahsiyet hakkının mahiyetine daha uygun bir sonuçtur.

Şahsiyet hakkının korunmasında böylesine önemli bir fonksiyonu olan önleme davasının gerekli güveni ve beklenen korumayı sağlayabilmesi için, henüz bu davanın başında ihtiyati tedbir yoluyla geçici bir korumanın sağlanması gerekir²⁰⁹. Hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesinin varlığını tespit eden hakim, bir ihtiyati tedbir kararıyla muhtemel tecavüzün yapılmamasını emrederek davanın sonuçlanmasına kadar tecavüzün gerçekleşmesini önlemiş olur.

İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişikliklerle, durdurma ve önleme davalarında ihtiyati tedbirler alınabilmesi hükme bağlanmıştır. İsviçre Medeni Kanununa 16 Aralık 1983 tarihinde ilave edilen ve 1 Temmuz 1985 tarihinde yürürlüğe giren 28c-f hükümleri "İhtiyati Tedbirler" başlığı altında şahsiyet hakkına yönelik tecavüzlerde ihtiyati tedbirleri düzenlemektedir. Buna göre, bir kimse şahsiyet hakkını hukuka aykırı olarak ihlal edeceği ve söz konusu ihlal telafisi kolay olmayan zararlara yol açacağı hususunda hakimde kanaat oluşturmak kaydıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. (İMK m.28c/1). İhtiyati tedbirin karşı tarafa zarar verme ihtimali varsa, ha-

²⁰⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, 97.

²⁰⁹ Egger/Çernis, 306; Cacmmerrer/Özsunay, 79-80; Kılıçoğlu, Şeref, 187; Tuor/Schnyder/Schmid, 97.

kim, tedbir isteyenin teminat vermesine karar verebilir. Kanun alınabilecek ihtiyati tedbirleri tek tek saymamıştır. Bununla beraber, hakimin, özellikle tecavüzün yasaklanmasına veya durdurulmasına karar verebileceği, delillerin emniyeti için gerekli tedbirleri alabileceği öngörülmüştür (İMK m.28c/2 b.1,2). Periyodik yayınlarla ilgili tedbirler ise özel olarak düzenlenmiştir (İMK m.28c/3).

İsviçre Medeni Kanunu tedbire karar verilebilmesi için karşı tarafın dinlenmesini şart koşmaktadır (m.28d/1). Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, karşı taraf dinlenilmeksizin de ihtiyati tedbir kararı alınabilecektir (İMK m.28d/2). Bu durumda, doğabilecek zararın sorumluluğunu tedbiri isteyen üstlenmiş olması gereklidir (İMK m.28d/2).

İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan istenmişse, verilen kararın varlığını sürdürebilmesi, hakimin tayin ettiği süre içinde ve herhalukarda en geç otuz gün içinde asıl davanın açılmasına bağlıdır (İMK m.28e/2). İhtiyati tedbir bir zarara sebep olmuşsa, tedbir isteyen kusursuz olduğunu veya daha az kusurlu olduğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlüdür (İMK m.28f/1).

743 sayılı Medeni Kanunda değişiklik yapan 3444 sayılı Kanun hazırlanırken İsviçre'deki bu değişiklikler doğrultusunda kanun tasarısında önleme ve durdurma davalarında ihtiyati tedbirleri öngören 24b maddesine yer verilmişti²¹⁰. Buna göre, gerçekleşmesi muhakkak veya mevcut bir hukuka aykırı tecavüz karşısındaki bir kimse, eğer kolayca giderilemeyecek bir zararın doğması tehlikesi mevcut ise hakimden ihtiyati tedbirler alınmasını talep edebilecektir. Hakim tedbir olarak, tecavüzün önlenmesine veya geçici olarak durdurulmasına karar verebilecektir. Gerekliyse delillerin muhafazası için zaruri tedbirleri de alabilir. Bunun için, ihtiyati tedbir kararı almak isteyen şahsın, şahsiyet hakkının haksız bir tecavüze maruz kaldığını veya kalabileceğini gerçeğe yakın olarak ortaya koyması ve aynı zamanda bu tedbir kararının verilmemesi halinde tamiri çok güç bir zarara uğrama tehlikesi bulunduğunu da ispat etmesi gerekli ve yeterlidir.

Maddenin son fıkrasında ise, basın yoluyla işlenecek tecavüzlerle ilgili özel tedbir hükümleri öngörülmüştür. Buna göre, tecavüz önemli derecede ağır bir zarara sebebiyet verebilecek nitelikte ise ve yayımı haklı kılacak sebeplerin açık bir şekilde belirtilmemiş olması halinde, hakim yayımı engelleyebilecek veya geçici olarak durdurabilecektir.

Önleme ve durdurma davalarının etkisini artıracak nitelikte olması ba-

²¹⁰ Bu madde metni ve gerekçeleri için bkz., ABD. 1988, S.3, 372.

kımından olumlu sayılabilecek bu düzenleme, son fıkrasında yer alan basın yoluyla tecavüzlere ilişkin özel düzenleme sebebiyle yoğun eleştirilere uğramıştır²¹¹. Maddede yer alan, yayımı haklı kılacak sebeplerin açık bir şekilde belirtilmemiş olması halinde hakimin yayımı engelleyebilme veya geçici olarak durdurabilme yetkisinin bulunması, basın hürriyetini ortadan kaldırabilecek ağır bir hüküm olarak nitelendirilmiştir. Bunun dışındaki hükümler, önleme ve durdurma davaları bakımından zorunlu nitelik taşımalarına rağmen, özellikle son fıkraya yöneltilen yoğun eleştiriler sonucu 24b maddesine kanun metninde yer verilmemiştir²¹². 4721 sayılı Medeni Kanunda da ihtiyari tedbirlere ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Bununla beraber, önleme davasının beklenen korumayı sağlayabilmesi için, gerekli ihtiyati tedbirlerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi çerçevesinde alınabileceğini belirtmek gerekir²¹³. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu mahkemeden istenebilecek ihtiyati tedbirleri 101 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. 101. maddede ihtiyati tedbir istenebilecek belli durumlar sayılmış, 103. maddede ise geciktirilmesinde tehlike bulunan veya önemli bir zarar doğacağı anlaşılan hallerde hakimin tehlike ve zararı bertaraf etmek için gereken tedbirleri alabileceği hükme bağlanmıştır. Buradaki sayma, sınırlayıcı bir nitelik taşımadığı için, gecikmesinde tehlike bulunan veya önemli bir zarar olacağı anlaşılan her durumda mahkeme olaya uygun bir ihtiyati tedbir kararı verebilir²¹⁴. Bu sebeple şahsiyet hakkını önlemeye yönelik önleme davasında da mevcut tecavüz tehlikesine karşı mahkemeden ihtiyati tedbir kararı istenebilir. Örneğin, bir boykot hazırlığı varsa hakim bunun duyurulmasını ihtiyati tedbir yoluyla yasaklayabilir veya özel hayata ilişkin bir açıklama yapılacağı öğrenilmişse, bunun yapılması ihtiyati tedbir kararıyla geçici olarak yasaklanabilir.

İhtiyati tedbir talebinde, talebin hangi hakka dayanılarak ve hangi uyumsuzluk için istendiği, bu talebi haklı kılan sebepler ve istenen ihtiyati tedbir

²¹¹ Helvacı, *Tarihi Gelişim*, 250-251.

²¹² Dural, bu maddenin kanun metninden çıkarılmasının doğru olduğunu, bu hükmün Medeni Kanunda değil, Basın Kanununda yer alması gerektiğini vurgulamaktadır, bkz., Dural, 142.

²¹³ Oğuzman, 8, dn.7; Kılıçoğlu, Şeref, 188; Dural, 142; Arpacı, 144 dn.192; Berkin, 515. Bunun gibi durdurma davasında da aynı yola başvurulabilir. Diğer taraftan FSEK m.77'de fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali ve manevi haklara yönelik tecavüzlere karşı ihtiyati tedbir istenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

²¹⁴ Kuru, B., *Hukuk muhakemeleri Usulü*, C.IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 4310 (Usul-IV); Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul*, 557; Berkin, 515.

türü belirtilmelidir²¹⁵.

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce istenebileceği gibi dava açıldıktan sonra da istenebilir (HUMK m.101). Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir, bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer mahkemesinden veya esas dava için yetkili olan mahkemeden istenebilir (HUMK m.104). Buna göre, önleme davasında istenebilecek ihtiyati tedbirler için davacının veya davalının ikametgahı mankemesine başvurmak mümkündür. Dava açıldıktan sonra ise ihtiyati tedbir ancak davaya bakan mahkemeden istenebilir (HUMK m.104/2).

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı alınmışsa, bunun alınmasından itibaren on gün içinde esas hakkındaki davanın açılması gerekir (HUMK m.109). Eğer on gün içinde önleme davası açılmazsa ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden hükümsüz olur (HUMK m.109).

İhtiyati tedbir kararından sonra süresi içinde önleme davası açılmışsa ihtiyati tedbir dava süresince aksi yönde bir karar verilmedikçe varlığını sürdürür²¹⁶. Hakim aksini kararlaştırmamışsa, ihtiyati tedbir kararı esasa ilişkin hükmün verilmesiyle kendiliğinden kalkar (HUMK m.112). Ancak, hüküm ihtiyati tedbir isteyen lehine verilmişse, hükmün icrasını sağlamak için ihtiyati tedbirin uygun bir süre daha sürmesine karar verilebilir.

İhtiyati tedbir talebinde, tedbiri haklı kılan sebeplerin tam bir ispatı istenemez. Hakimin, davanın uzamaması için, ihtiyati tedbir isteyen hakkının mevcut olduğuna kanaat getirmesi yeterlidir²¹⁷.

Basın yoluyla tecavüzlerde ihtiyati tedbir olarak yayımın yasaklanması yoluna başvurulabilir. Ancak, Anayasanın 28. maddesi karşısında böyle bir karar verilemeyeceği ileri sürülebilir. Anayasanın 28. maddesinin altıncı fıkrasında “Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz” hükmü yer almaktadır. İhtiyati tedbir kararının, önleme davasının amacına ulaşmasını temin eden önemli bir araç olduğu gözönünde tutulursa, maddede yer alan “yargılama görevinin yerine getirilmesi için kanunla belirtilecek sınırlar” içerisine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi çerçevesin-

²¹⁵ Kuru, Usul-IV, 4325; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 559; Berkin, 523; Bilge/Önen, 373.

²¹⁶ Kuru, Usul-IV, 4354; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 562.

²¹⁷ Kuru, Usul-IV, 4326; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 560; Berkin, 524; Postacıoğlu, 488.

de alınacak ihtiyati tedbirler de girer²¹⁸. Çünkü bu tedbirler, önleme davasının amacına ulaşmasını temin etmektedirler. Bu sebeple 103. madde uygulanarak verilecek bir yayımlama yasağı Anayasaya aykırı olmaz²¹⁹.

İhtiyati tedbir kararının uygulanması sırasında verilen emre uymayan veya alınmış tedbire aykırı davrananlar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113a maddesi gereği bir aydan altı aya kadar hapis cezası uygulanır.

11. ÖNLEME DAVASININ HÜKMÜ

a) Kararın Muhtevası

Önleme davasıyla şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı nitelik taşıyan bir tecavüzün önlenmesi talep edilir. Hakimin bu talebe uygun bir karar verebilmesi için, öncelikle davacı tarafından varlığı iddia edilen tecavüz tehlikesinin mevcut olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Eğer böyle hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi tespit edilirse, bu tecavüze sebebiyet verecek davranışın yapılmaması emri verilir²²⁰.

Önleme davası bir eda davası olduğu için, bu davada verilen karar bir tespit hükmünü bir de yapmama emrini ihtiva eder²²¹. Bir başka deyişle hakim, önleme kararıyla ilerisi için hangi davranışların hukuka aykırı olduğunu ve bu sebeple yapılmaması, kaçınılması gerektiğini belirleyecektir²²². Buna göre, şahsın sınırlarının açıklanması, şeref ve haysiyetine tecavüz teşkil edecek bir ilan yayımı, bir boykot çağrısı, bir kimsenin banda alınmış sesinin yayınlanması, şahsın izni olmadan reklam amacıyla fotoğraflarının kullanılması halinde hukuka aykırı bir tecavüz gerçekleşeceği için bunların yapılması hakim tarafından yasaklanır²²³. Önleme davasında verilen karar icra edilebilir bir niteliktedir²²⁴.

²¹⁸ Kılıçoğlu, Şeref, 188.

²¹⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 188.

²²⁰ Merz, 10; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 475; Egger/ Çernis, 310; Kocayusufpaşaoğlu, 151; Oğuzman, 24.

²²¹ Eda davalarının bu özelliği için bkz., Kuru, Usul-II, 1407; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 263; Bilge/Önen, sh. 389.

²²² Caemmerer/Özsunay, 78; Egger/Çernis, 310.

²²³ Egger/Çernis, 310; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 475; Akipek/Akıntürk, 401.

²²⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 200; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 476.

Hakimin vereceği yapmama emrinin muhtevası belirli olmalıdır²²⁵. Herşeyden önce verilen önleme kararının, davacı tarafından varlığı iddia edilen tecavüz tehlikesine uygun olması gerekir. Bunun aksine, verilen yapmama kararının, sınırı belli olmayan genel bir yapmama emri niteliği taşıması halinde, bu karar önleme davasının amacına uygun olmaz²²⁶.

Önleme kararında, dava konusu davranışın hangi hallerde ve ne şekilde yapılmaması gerektiği belirtilmelidir. Buna göre, davranışın sadece aynen iddia edilen şekilde yapılmasının mı hukuka aykırı olacağı, yoksa buna benzer şekillerde yapılması halinde de hukuka aykırı olup olmayacağı belirtilmelidir²²⁷. Bununla beraber, tecavüzün ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığı için önleme kararının da gelecekteki hangi zamana ilişkin olduğu belirlenemez²²⁸. Ancak, şahsiyet hakkının mutlak haklardan olması sebebiyle, bunların ihlali davadan önce yasak olduğu gibi, davadan sonra da bu kararın verilmesini gerektiren sebepler ortadan kalkmadığı veya değişmediği sürece devam edecektir²²⁹.

İsviçre Hukukunda, önleme kararının, davalının bu yapmama kararına uymaması halinde para veya hapis cezasına çarptırılacağı ihtarını da ihtiva etmesi gerektiği kabul edilmektedir²³⁰. Böyle bir ceza ihtarının yapmama kararını etkin hale getirecektir. Bu sebeple bu uygulamanın Türk Hukuku bakımından da kabulü isabetli olacaktır²³¹. Türk Hukukunda böyle bir ceza ihtarı, icra aşamasında (İİK m.30 gereği) yapılmakla beraber, icranın zaman alacağı ve bu sırada tecavüzün gerçekleşebileceği gözönünde tutularak, bu ceza ihtarının önleme kararında yer alması, yapmama emrine uyulmasını teminde daha etkili olacaktır²³².

Önleme kararında yeralan yapmama emrine uyulmaması ve bunun sonucu olarak hukuka aykırı tecavüzün gerçekleşmesi halinde, artık bu yapmama emrinin yerine getirilmesi için icra yoluna gidilemeyecektir. Bu durumda,

225 Egger/Çernis, 311; Öztan, 154; Tuor/Schnyder/Schmid, 96.

226 Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Öztan, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 203.

227 Kılıçoğlu, Şeref, 203.

228 Merz, 11; Kılıçoğlu, Şeref, 203; Serdar, 251.

229 Merz, 12.

230 Egger/Çernis, 311; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Kılıçoğlu, Şeref, 203; Dural, 152. Bu ihtar İsviçre'de Strafgesetzbuch (Ceza Kanunu) m.292'ye göre yapılmaktadır.

231 Kılıçoğlu, Şeref, 203-204; İmre, Medeni, 457 dn.7; Serdar, 255.

232 Kılıçoğlu, Şeref, 204.

tecavüz durumuna son verilmesi için durdurma davası açılabileceği gibi, bir zarar doğmuş olması halinde tazminat davalarına da başvurulabilir. Örneğin, bir ticari birlik üyelerinin, üyelikten ihraç edilen bir kişiye karşı uygulama kararı aldıkları boykot haksız bulunmuşsa, mahkeme davalıları boykota son vermeye ve ilgili şahsı birliğe kabule zorlayabilir. Fakat kimse şahsi ilişki kurmaya zorlanamaz. Yine de, ilişki kurmak isteyenler bakımından boykot kararı ortadan kalkmış olur. Eğer mahkeme kararına uyulmamışsa, ilgili şahıs bakımından tazminat talep hakkı doğar²³³.

4721 sayılı Medeni Kanununun 25. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada öngörülen önleme, durdurma ve tespit davalarıyla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesinin ya da yayımlanmasının istenebileceği hükme bağlanmıştır. Esasen bu imkan 743 sayılı Medeni Kanununun 24a maddesinin birinci fıkrasında sadece tespit davası bakımından ve düzeltmeden bahsedilmeksizin tanınmıştır. Doktrinde bu imkanın durdurma davasında da olması gerektiği savunulmaktaydı²³⁴. Yeni hüküm bu konuda, tespit davası yanında önleme ve durdurma davalarında da davacıya bir talep hakkı tanımış bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki, düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması talebi daha çok durdurma ve tespit davalarında söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, özellikle tecavüzün tekrarlanması tehlikesi bulunan hallerde, önleme kararına ilave olarak, daha önce meydana gelmiş olan tecavüze ilişkin düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması istenebilir. Örneğin, e-posta gönderilerek gerçekleştirilen bir saldırıdan sonra açılan önleme davasında, yeni bir saldırının önlenmesine ve buna ilişkin kararın, daha önce e-posta gönderilenler biliniyorsa onlara yine e-posta yoluyla bildirilmesine; eğer bilinmiyorsa yayımlanmasına karar verilebilir.

b) Önleme Kararının İcrası

Önleme davasıyla verilen karar İcra ve İflas Kanununun 30. maddesine göre icra edilir. Bu hüküm, bir şeyin yapılmasına ve bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamların icrasını düzenlemektedir. İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin son fıkrasında "İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle

²³³ Belgesay, 9.

²³⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 214; Akipek/Akıntürk, 403; Öztan, 156; Helvacı, Koruyucu Davalar, 140-141. Farklı bir yaklaşım için bkz., Oğuzman/Seliçi, 95.

tebliğ olunur. Bu emirle ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, bir kimsenin sırlarının açıklanmasının, şeref ve haysiyetine tecavüz teşkil edecek bir ilamın yayımının, hukuka aykırı bir boykotun, banda alınmış sesin yayınlanmasının, reklam amacıyla bir kimsenin fotoğraflarının kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin bir ilam icra dairesine verilince, icra dairesi, kararda kendisine belli bir davranışı yapmama emri yöneltilen şahsa bir icra emri gönderir.

Gönderilen bu icra emri iki hususu ihtiva eder. Bunlardan birincisi, şahsa, ilamda, hukuka aykırılığı sebebiyle yapılması yasaklanan davranışı yapmaktan kaçınması zorunluluğunun bildirilmesidir. Burada şahsa önleme davasıyla hükme bağlanan yapmama yükümlülüğü bildirilmekte ve bu yükümlülüğe uyması istenmektedir. İcra emrinde yeralan ikinci husus ise, bu yapmama yükümlülüğüne aykırı davranışın, İcra ve İflas Kanununun 343. maddesinde öngörülen cezaya tabi olacaktır²³⁵. İcra ve İflas Kanununun 343. maddesine göre, bir işin yapılmamasına ilişkin ilam hükümlerine geçerli bir sebebi olmaksızın uymayanlar, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine tetkik mercii tarafından bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkum edilirler. Kendisine bu ceza ihtar yapılan kimse, önleme davasıyla verilen yapmama emrine uymadığı takdirde şahsiyet hakkı tecavüze uğrayan kimsenin şikayeti üzerine, tetkik merciince 343. maddede öngörülen hapis cezasına çarptırılır. Bu hükümle bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamın icrası ceza tehdidiyle gerçekleştirilmek istenmektedir²³⁶. Gerçekten de böyle bir ceza tehdidi, yasaklanan davranıştan kaçınılmasını sağlamakta etkili olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu ceza tehdidinin mahkeme kararında yer alması önlem kararına uyulmasını sağlamakta faydalı olacaktır.

Bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamların icrasında, ilamda yapılmaması istenen davranışın hangi süre için yapılmayacağı hususunun icra emrinde belirtilmesi gerekir (İİK m.30/3). Kural olarak, bu süre ilamda belirtilir. Eğer ilamda böyle bir süre belirtilmemişse icra müdürünün işin niteliğine göre bir süre belirleyerek, icra emriyle bildirmesi gerekir²³⁷.

²³⁵ Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1993, 2360 (İcra); Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, 1991, 355 (İcra); Uyar, T., İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991, 271.

²³⁶ Kuru, İcra, 2360; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, 355; Uyar, 271.

²³⁷ Kuru, İcra, 2360; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, 355; Uyar, 271; Y. 12. HD. 31.10.1985 T., E. 3234, K. 8937, Uyar, 274.

Önleme kararının icrası bakımından böyle bir süre, işin mahiyeti gereği, söz konusu olmaz. Çünkü, önleme kararında verilen yapmama emri davadan önce varolduğu gibi, davadan sonra da bu kararın alınmasını gerektiren şartlar ortadan kalkmadığı veya değişmediği sürece varlığını devam ettirir²³⁸. Bununla birlikte, bazı hallerde işin mahiyeti böyle bir süre tayinini gerektirebilir. Örneğin, hatıralarının yayımlanmasına rıza gösteren bir kimse, bu rızayı ölümünden sonra yayımlanması şartıyla vermişse, yapmama emrinin o şahsın ölümüne kadar süreceği icra emrinde belirtilir.

SONUÇ

Şahsiyeti oluşturan şahsi varlıklar üzerindeki şahsiyet hakkının korunması, çağımızın getirdiği teknolojideki hızlı ilerleme ve aynı hızla değişen toplum hayatının doğurduğu tecavüzler karşısında son derece önemli bir mesele haline gelmiştir.

Teknolojik ürünlerin, insanların özel hayatlarına ve gizlilik alanlarına yönelik her türlü tecavüzü son derece kolay hale getiren gelişmişliği; kitle haberleşme araçlarının, okuyucu veya seyirci tutma amacına yönelik, şahısların şeref ve haysiyetlerini ihlal edici yayımlarını; bilgisayarların, yüzlerce insanın özel hayatına ait bilgilerin saklanması mümkün kılan fonksiyonları; ticari ve siyasi alandaki rekabetin, ahlaki değerlerin gözardı eden boyutlara ulaşması; nüfusu hızla artan şehirlerdeki apartman hayatının, insanların özel hayatını son derece kısıtlayarak başkalarıyla içiçe yaşar hale getirmesi gibi sebepler şahsiyet hakkının korunması bakımından hızlı ve etkin çözümleri zorunlu kılmaktadır.

Önleme davası, Medeni Kanunun şahsiyet hakkının korunması bakımından tanıdığı dava yolları arasında, önleyici niteliği itibarıyla özel bir öneme sahiptir. Çünkü, her zaman için tecavüzün önlenmesi, tecavüz sonuçlarının giderilmesinden ve zararın engellenmesi, zararın giderilmesinden daha kolay ve daha uygun bir yoldur. Hukuka aykırı nitelik taşıyan ve henüz gerçekleşmemiş olan tecavüzleri önleme amacı taşıyan önleme davası, bu özelliğiyle şahsiyet hakkının mahiyetinin gerektirdiği etkin korunmayı sağlayabilecek en uygun davadır.

Şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi söz konusu olan kimse, bu tecavüzün ciddi olduğunu ve pek yakında gerçekleşeceğini ispat etmesi halinde mahkeme tarafından davası kabul edilir ve davalıya, tecavüz fiilini yapmaması emri verilir. Önleme davasının mahiyeti, bu ispatın çok

²³⁸ Merz, 12.

sıkı şartlara bağlanmamasını, hazırlık hareketlerinden ve iddiayı haklı kılan diğer bazı belirtilerden tecavüzün yapılacağı anlaşılıyorsa davanın kabul edilmesini gerektirir. Önleme davasında, başkasının şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan şahsın kusurlu olması ve bir zarar doğmuş olması aranmaz.

Henüz gerçekleşmemiş tecavüz fiiline karşı açılan önleme davasının amacına ulaşabilmesi için, bu tecavüz fiili gerçekleşmeden sonuçlanması gerekir. Eğer dava sonuçlanmadan tecavüz gerçekleşirse artık önleme davası açılmaz. Burada önleme davasının hızla sonuçlandırılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin işleyişi gözönünde tutulduğunda, bu sonuca çoğu zaman ulaşamaz. Dolayısıyla çoğu zaman önleme davası sonuçlanmadan, dava konusu tecavüz fiili gerçekleşir ve dava konusuz kaldığı için reddedilir. Bu sebeple uygulama önleme davasına başvurulmasını sağlamak ve bu davanın güvenilirliğini artırmak bakımından davanın başında alınacak ihtiyati tedbirler ve dava sonunda verilecek kararın içereceği ceza ihtarıyla uygulamada şahsiyet hakkının korunması bakımından tercih edilir ve güvenilir bir dava olacaktır.

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ AÇISINDAN KESİNLEŞME VE BAĞLAYICILIK ÖLÇÜTLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Yavuz KAPLAN**

I. GENEL OLARAK

Tahkim, genel olarak, belirli bir devletin hukuk düzenine istinat ettiği için, hakem kararının hangi koşullar altında geçerli ve bağlayıcı olduğunu da *lex fori* belirler. Hakem kararının bağlayıcı ve tenfiz edilebilir olması, ancak, bu şartların yerine getirilmesi halinde söz konusu olur. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde ise, ülkeler, ya kendi iç hukuk düzenlemeleri ile getirdikleri şartların gerçekleşmiş olmasını ya da buna dair milletlerarası sözleşmelere taraf olmaları halinde, burada belirtilen şartların yerine getirilmiş olmasını aramaktadırlar. Bundan başka, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartları, hem iç hukuk kuralları vasıtasıyla düzenleyen, hem de milletlerarası sözleşmelerle getirilen düzenlemeleri benimseyen ülkeler de mevcuttur.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından Dünya çapında en fazla kabul gören ve katılıma mazhar olan Sözleşme, 10 Haziran 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası İçin Sözleşme” veya kısaca New York Sözleşmesi’dir. Türkiye 1991 yılından itibaren bu Sözleşme’ye taraf olmuştur¹.

Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için, taraflar için bağlayıcı hale gelmiş olması gerektiği, milletlerarası hukuk düzenlemeleri ve doktrini tarafından genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu noktadaki sorun, hakem kararlarının verildikleri anda mı, yoksa kesinleştikleri ve bu nedenle belli bir makam tarafından üzerlerine icra edilebilirlik şerhi düşüldüğü anda mı bağlayıcı hale geldikleri konusunda görüş ve yaklaşım farklılıkları olmasından kaynaklanmaktadır.

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından, 8.5.1991 tarihinde, 3731 nolu, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. RG.25.9.1991-21002.

Bazı iç hukuk düzenlerine göre, hakem kararının bağlayıcılık arz etmesi için, belirli bir makam tarafından onaylanması veya belirli bir şekli muameleyle tâbi tutulması gereklidir. Amerikan tahkim hukukuna göre, devlet mahkemesi, özellikle, aleyhine hakem kararı verilen tarafa, yargılama sonucunu ve mahkûmiyet kararını açıkça bildirmek zorundadır (*judgment upon the award; confirmation of the award*)².

Alman hukukuna göre, bir hakem kararından söz edilebilmesi için, kararın, ZPO'nun 1054.m'sine uygun olarak verilmesi ve yazılı olması zorunludur. Bir hakem kararının metnine, tarafların da üzerinde anlaşmaları ile, ZPO'nun 1062/1,2.m'si anlamında, icra edilebilirlik kararı vermeye yetkili mahkemenin bulunduğu mahaldeki noter tarafından da icra edilebilirlik şerhi konulabilir. İlgili noter, ZPO'nun 1053/4.m'si gereği, hakem kararı hakkında bu şerhi vermeyi, ZPO'nun 1053/1,2.m'lerindeki koşulların sağlanmamış olmasından dolayı reddetme hakkına da sahiptir. Böyle bir ret halinde, taraflar, yetkili istinaf mahkemesine (*oberlandes Gericht*) başvuruda bulunabilirler³.

ZPO'nun 1054/1.m'sinde yer alan, hakem kararının yazılı olması ilkesi zorunlu niteliktedir⁴. Ancak, hakem kararı, taraflar için, yargılamanın yapıldığı yerde açıklandığı anda, henüz yazılı hale getirilmeden önce de, bağlayıcılık arz eder. Daha sonra, taraflara, hakemler tarafından imzalanmış karar metni gönderilir⁵. Almanya'da, ZPO'da 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yapılan değişiklikle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ayrı bir düzenleme yapılmayarak, New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

2 "Confirmation of the award", hakem kararının kesinleştirildiğinin deklare edilmesidir: SATMER, F.: Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln, Zürich 1994, s.204.

3 Bkz. THOMAS, H./PUTZO, H.: ZPO, München 1999, § 1053/1-6.par.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN: Zivilprozessordnung, 57.A., München 1999, § 1053/6.par.; ayrıca, tenfiz edilebilirlik beyanını yapmaya yetkili mahkemeler için bkz. ZPO.1062.m.

4 SCHLOSSER, P.: Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2.A., Tübingen 1989, s.525; SCHWAB, K.H./WALTER, G.: Schiedsgerichtsbarkeit, 5.B., München 1995, s.165; SCHULTHESS, H.C.: Das verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Zürich 1981, s.99; Alman ZPO'da, 1997 değişikliğinden sonra, ZPO'nun 1054/1.m'si ile, yazılılık şartı zorunlu hale getirildi: Bu konuda bkz. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 1054/2.par.; THOMAS/PUTZO, § 1054/5.par.

5 Bkz. ZPO.1054/3,4.m.; ayrıca, ZPO'nun 1055.m'sine göre, hakem kararı taraflar arasında, kesinleşmiş bir mahkeme kararının etkisini doğuracaktır. Alman öğretisinde, bir hakem kararının ülke içi durumlarda, uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için, öncelikle kesinleşme ve tenfiz edilebilirlik kaydına (*Vollstreckbarerklärung*) ihtiyaç vardır: Bkz. ZPO m.1064.

İsviçre’de de, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, IPRG’nin 194.m’si gereği, New York Sözleşmesi hükümlerine tâbi kılınmıştır.

4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 14.m’sinde, milletlerarası hakem kararlarında, bu Kanun açısından bulunması gerekli unsurlar belirtilmiş ve hakem kararının hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmesi öngörülmüştür. Taraflar, giderini ödemek şartıyla, hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini de isteyebilirler. Bu durumda, gönderilen hakem kararı mahkemece kalemde saklanacaktır. 4686 sayılı Kanun, büyük ölçüde UNCITRAL Model Yasası’ndan alınmış olmasına karşılık, onun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 35. ve 36.m’leri, düzenleme dışında bırakılmıştır. Zira, bu iki maddede belirtilen hükümler, New York Sözleşmesi’nin IV. ve V.m’lerinin tekrarıdır. Türkiye zaten bu Sözleşme’ye taraf olduğu için, aynı hükümleri burada tekrar etmemiş ve herhangi bir düzenleme getirmeyerek, tanıma ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümlerine bırakmıştır.

II. KESİNLEŞME VE BAĞLAYICILIK ÖLÇÜTLERİNİN NEW YORK SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. New York Sözleşmesi’nin Düzenlemesi

Hakem kararının yetkili bir makam tarafından onaylanarak icra edilebilir hale getirilmemiş olması, yani tahkim ülkesinde henüz kesinleştirilmemiş olması, tenfiz aşamasında, tenfiz talebinin reddini gerekli kılan bir usul ihlâli olarak ortaya çıkabilir. Zira, böyle bir ihmal, tenfiz ülkesinde, bu nitelikteki bir hakem kararının bağlayıcı olamayacağı şeklinde değerlendirilerek, tenfizden kaçınılmasına yol açabilecektir. New York Sözleşmesi’nin V/1.e.m’sine göre ise, bir hakem kararının bağlayıcı nitelikte olmaması, tenfiz dâvalısı tarafından ileri sürülmesi halinde, tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilmektedir. İşte bu noktada, New York Sözleşmesi’nin, bir hakem kararının bağlayıcı olup olmadığının tespiti bakımından, söz konusu hakem kararının kesinleşmiş olmasını arayıp aramadığının belirlenmesi gerekir. Yani, bir hakem kararının tenfizi isteminde bulunulabilmesi için, hakem kararının herhangi bir makam tarafından onaylanarak kesinleştirilmesinin gerekli olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Aslında, New York Sözleşmesi’nin IV.m’si gereği, tenfiz dâvacısı, tenfiz talebinde bulunurken, yalnız bu maddede belirtilen şartları yerine getirmek zorundadır⁶. Bu anlamda belirtilen belgeler, hakem kararı ile tahkim sözleşmesinin metinlerinden ve bunların tercümelerinden ibaret olup, hakem kararının hakem-

⁶ SATMER, s. 205.

lerden başka bir makam tarafından onaylanmış olması aranmamaktadır⁷. Bu nedenle, bir hakem kararı kural olarak verildiği anda bağlayıcı olup, bağlayıcı olmadığına ya da iptal edildiğinin ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir⁸.

New York Sözleşmesi'nin V/1.e.m'sinde, "bağlayıcılık" teriminin kullanılmasının tercih edilme nedeni, Sözleşme hükümlerinin milletlerarası hakem kararlarının tenfizi açısından uygulama alanının genişletilmesidir. Bu nedenle, kesinleşme veya icra edilebilirlik gibi teknik terimler yerine, teknik olmayan bir terim kullanılmıştır. Bundan dolayı, bağlayıcılık koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, herhangi bir makamin onayı veya işlemi gerekmediği gibi, kanun yollarının tüketilmiş olması da gerekmez. Söz konusu madde açısından, bağlayıcılığın belirlenmesinde ağırlıklı olan görüş, bağlayıcılığın tahkime uygulanan hukuka gidilmeksizin, bağımsız olarak belirlenmesi yönündedir. Zira, hakem kararına "bağlayıcılığı" bizzat tarafların iradesi verecektir. Böylece, hakem kararlarının verildikleri anda bağlayıcı olduklarının kabulü gerekir⁹.

New York Sözleşmesi'ndeki bu düzenlemeden çıkan anlama göre, her iki eski Cenevre Sözleşmesi gereği lüzumlu görülen çifte tenfiz (*doppelte Exequatur*), bertaraf edilmiş olmaktadır¹⁰. Bu eski düzenlemelere göre, tenfiz dâvacısı, hem tahkim yargılamasının yapıldığı tahkim yeri ülkesinin yetkili makamları önünde, hem de tenfiz yeri hâkimi önünde, verilen hakem kararının tenfiz kabiliyetini haiz bulunduğunu ispatlamak zorunda bırakılırdı.

2. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili hükümler 2675 sayılı MÖHUK'un 43-45.m'leri arasında yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 43/I.m'sine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi için, kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olmaları aranmaktadır. Aynı Kanun'un 44.m'sinde

⁷ New York Sözleşmesi'nin IV.m'si ile MÖHUK'un 44.m'sini karşı.

⁸ BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 195; ayrıca bkz. BÜLOW, A.: "Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche", (UNÜ), KTS 1, 1959, s.8; ayrıca bkz. New York Sözleşmesi'nin V/1.e.m.; SATMER, s.208 vd.

⁹ NOMER,E./EKŞİ, N./GELGEL, G.: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s.145.

¹⁰ BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 88. BUCHER, A.: Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M.1989, s.156-160; WALTER, G.: "Der nicht niederlegte Schiedsspruch", RIW 34, 1988, s.159; Türk Yargıtay'ı da, 19.HD'nin 22.5.1998 T'li ve 6099 E. ve 7735 K'ında, dâvalının hakem kararının üstünde kesinleşme şerhi bulunmadığından bahisle tenfiz isteminin reddini talep etmesini kabul etmeyerek, dâvalının hakem kararına itiraz etmemiş olması dolayısıyla, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna karar vermiştir. Yargıtay burada, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna ilişkin bir mahkeme şerhi (*exequatur*) aramamıştır. Bkz. AKINCI, Z.: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", (Yabancı Hakem), Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.292.

ise, tenfiz isteminde bulunulması için verilmesi gerekli olan belgeler belirtilmiştir. Bu belgeler, tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği; hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği ile bunların tercüme edilmiş ve onanmış örneklerinden ibarettir. Söz konusu Kanun'un 45.m'sinde ise, tenfiz engelleri sayılmıştır.

MÖHUK'un yukarıda belirttiğim 43-45.m'leri, esas itibarıyla New York Sözleşmesi'nin IV ve V.m'lerinden esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak, MÖHUK'un 44.m'sindeki ifade, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sindekinden farklı olarak "kesinleşme" ve "onanma" terimlerine yer vermiştir. Aynı Kanun'un 45/i.m'si, hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması halinde, tenfiz davasının ispat etmesi koşuluyla, tenfiz isteminin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, MÖHUK'un 43 ve 45/i.m'lerinin, kesinleşme şartı aranılması nedeniyle, çifte tenfize (*double exequatur*) yol açtıkları söylenebilir¹¹.

Öte yandan, Türkiye, 1991 yılından beri New York Sözleşmesi'ne taraftır¹². Türk 1982 Anayasası'nın 90.m'sine göre, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe giren anlaşmaların, Türkiye açısından kanun hükmünde kabul edileceği düşünüldüğünde, bu iki düzenleme arasında uyumsuzluk olması kaçınılmazdır. Bu nedenle, MÖHUK'un I/II.m'sinde yer alan, milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulacağına ve dolayısıyla, öncelikli olarak uygulanacaklarına ilişkin hükümden yola çıkılarak, New York Sözleşmesi hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekir.

Kanaatimizce de, Sözleşme'nin IV ve V.m'lerinin açık düzenlemesi karşısında, yine New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlette verilmiş olan hakem kararları açısından ayrı bir kesinleşme şerhi aranmaması gerekir. Türk hâkimi, böyle bir hakem kararını sadece New York Sözleşmesi'nin V.m'inde sayılan tenfiz engelleri açısından tetkik etmeli ve aynı Sözleşme'nin IV.m'inde belirtti-

¹¹ Yargıtay 11.HD., 24.12.1991 T., 1990/2931 E. ve 1991/6828 s.K'ında, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi tarafından verilen ve İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinden tenfizi istenilen ve kesinleşmediğinden dolayı alt mahkemenin tenfizi reddeden kararını onamıştır. Halbuki bu karar, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi Tüzüğüne göre kesinleşmişti. Yargıtay'ın bu yaklaşımından, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için, önce verildikleri ülkede, bu ülke hukukuna göre kesinleştirilip icra safhasına getirilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ancak Yargıtay 11.HD., yukarıdaki kararın aksine olarak, 18.6.1991 T., 1990/229 E. ve 1991/4166 s.K'ında, tarafların tahkim usulü olarak seçtikleri, İngiltere'deki GAFTA Tahkim Kurallarına göre, kararın kesinleşmiş olmasını tenfiz için yeterli saymış ve bu yöndeki alt mahkeme kararını onamıştır. Bu konuda bkz. YKD., 1991, C.XVII, S.11, s.1670 vd.

¹² Bkz. yukarıda dn. I.

len belgelerin ibraz edilmiş olması şartıyla, hakem kararını tenfiz etmelidir¹³. MÖHUK'un 43.m'sinde belirtilen kesinleşmiş olma ve 45.m'sinde sayılan tenfiz engelleri ise, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş olan hakem kararları hakkında uygulanabilir niteliktedir.

Bu noktada, yukarıdaki görüşe, tahkim ülkesinde hakem kararının iptali yoluna gidilmesi halinde, tenfiz sürecine devam etmenin kaosa neden olabileceği itirazı yapılabilecektir. Ancak, New York Sözleşmesi'nin VI.m'si bu konuda herhangi bir boşluk bırakmamıştır. Tenfiz mahkemesine, hakem kararının iptali yoluna gidildiğinin beyan edilmesi halinde, tenfiz mahkemesi kararın tenfizini iptal dâvası sonuçlanıncaya kadar erteleyebilecektir. Tenfiz mahkemesi, ayrıca, tenfizi kötü niyetle ertelemek isteyen taraf için caydırıcı olması amacıyla, böyle bir erteleme kararının verilmesini, uygun teminat yatırılması şartıyla kabul etme yoluna gidebilir.

Kanaatimce, New York Sözleşmesi'nin VI.m'si, aynı zamanda, Sözleşme'nin V/1e.m'sinde yer alan tenfizin reddi sebebinin, hakem kararının "*kesinleşmesi*" değil, "*bağlayıcı*" olması şeklinde anlaşılması gerektiğinin de ispatıdır. Zira, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sinden anlaşılması gereken kesinleşme olsaydı, kesinleşmiş hakem kararlarına karşı artık iptal yoluna başvurulamayacağı için, Sözleşme'nin VI.m'sinde, yeniden iptal yoluna gidilmesinden bahsedilmesi anlamsız olurdu. Ayrıca, zaten, tenfiz talebinin bu nedenle reddedilmesine ilişkin New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sinin orijinal metninde yer alan terim "*binding*" kelimesidir ve kesinleşme değil, bağlayıcılık anlamına gelmektedir.

III. GENEL DEĞERLENDİRME

Hakem kararının bağlayıcı olup olmadığı, esas olarak, yargılamada tatbik edilen hukuka göre belirlenir¹⁴. Yani, yabancı hakem kararı hangi usul sistemi içerisinde verilmişse, o usul sistemine göre hakem kararının bağlayıcı hale gelip gelmediğinin belirlenmesi gerekir. Ancak, bu noktada, tahkimin genel yapısına uygun olarak taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir. Yani, kararın bağlayıcılığı, ancak, tarafların bu konuda herhangi bir anlaşmasının bulunmadığı ve *ad hoc* tahkime gidildiği durumlarda, tahkime uygulanan usul hukuku sistemine göre belirlenecektir. Taraflar, kararın verildiği anda bağlayıcı olduğunu kararlaştır-

¹³ Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararının tahkim ülkesinde iptal edilmiş olmasının, kararın bağlayıcılığını ve dolayısıyla Türkiye'de kararın tenfizini ne şekilde etkileyeceği ile ilgili olarak, aşağıda "Genel Değerlendirme" başlığı altında yaptığımız açıklamalara bakınız.

¹⁴ BGH.18.1.1990 T. ve RIW 36, 1990, s.494'te yayınlanan K.; ayrıca bkz. SCHULTHESS, s.98 vd; SCHLOSSER, s.572 vd; ayrıca doktrinde sayın NÖMER'in bu doğrultudaki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90.

tırmışlar ya da bunu benimseyen bir kurumsal tahkim usulünü tercih etmişlerse, artık bu kararın tenfizi için ayrı bir tasdik keyfiyetine gerek olmayacaktır¹⁵. Örneğin, 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları'nın 28/6.m'sine göre, her karar taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Ayrıca, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bu Kurallar altında tahkime sunmakla, verilen kararı derhal icra etmeyi kabul ettikleri ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna gitmekten feragat ettiklerinin kabul edileceği belirtilmiştir.

Tahkim müessesesinin tam anlamıyla bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturma mekanizması olması isteniliyorsa, hakem mahkemesi kararlarının, taraflar arasında hak doğurucu nitelikte olması¹⁶, etkili kılınması ve tarafları bağlayıcı nitelikte olması gerekir¹⁷. Bunun gerçekleşmesi için en önemli desteği verecek olanlar ise, kuşkusuz ülkelerin yetkili resmî makamlarıdır. Bu desteğin verilmesi konusundaki gerekliliği, temelde şu noktalara dayandırmak mümkündür:

Öncelikle, taraflar, aralarında bir tahkim sözleşmesi yaparak ya da esas sözleşmeye bir tahkim kaydı koymak suretiyle, muhtemel bir hukukî uyuşmazlık halinde, devlet mahkemelerini yetkisiz hale getirerek, devre dışı bırakmak ve onun yerine, aralarındaki uyuşmazlığın zorunlu ve nihaî olarak bir hakem mahkemesi tarafından giderilmesini amaçlamaktadır. Tarafların bu isteği, her tahkim sözleşmesinin en belirgin özelliğidir ve New York Sözleşmesi'nin de arka plânında mevcut olan, engel ve zorluklarla dolu millî hukuk sistemlerinden sıyrılarak, milletlerarası alanda daha kolay tanınıp tenfiz edilebilecek hakem kararlarının verilmesi amacıyla paralellik gösterir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi, şekle ilişkin hükümleri itibarıyla, millî hukuk düzenlerinin şekle ilişkin hükümleri karşısında da önceliklidir¹⁸. Bu hukukî durum, New York Sözleşmesi'ne taraf olan bütün devletler için geçerlidir. Zira, bu devletler, onu onaylamak suretiyle, bağımsız milletlerarası hakem mahkemeleri eliyle verilmiş olan hakem kararlarını tanımayı ve tenfiz etmeyi kabul etmişlerdir¹⁹.

¹⁵ Doktrinde sayın ŞANLI'nın bu yöndeki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90-92.

¹⁶ Hakem kararı, yetkili makamın kesinleşme şerhi olmasa dahi, taraflar için bağlayıcı niteliktedir ve mahkeme kararına eş değerdir: STEIN/ JONAS: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21.A., Tübingen 1994, § 1025/2.par.

¹⁷ BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 91'e göre, bir hakem kararı hakkında, verildiği yerde tenfiz edilebilir kaydı konulmamış olsa bile, onun bağlayıcılığı kabul edilmelidir: Bu konuda ayrıca bkz. BUCHER, s.950.

¹⁸ New York Sözleşmesi'nin V/1d.m'sine göre, taraf iradelerinin, resmî hukuk kuralları karşısında önceliği vardır. Bu öncelik, örneğin, New York'ta verilen bir hakem kararı ile ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır: Bkz. BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 90 vd.

¹⁹ New York Sözleşmesi'nin II/1.m'si, sözleşmeye taraf olan devletleri, yazılı tahkim sözleşmeleri-

New York Sözleşmesi'nin tatbik edildiği bir devlette, herhangi bir resmî makamın onayı olmaksızın, yetkili bir hakem mahkemesi tarafından verilen kararın, tenfiz edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir²⁰. Bu kabul, aynı zamanda, bir hakem kararının bağlayıcılığının ispat edilmesi bakımından, karşı tarafı bağlamak amacıyla gerektiğinde ileri sürüldüğünde, ayrıca bir mahkeme kararının ibraz edilmesinin talep edilemeyeceği anlamına gelir²¹. Buna paralel olarak, hakem kararlarının hakem mahkemesince verildiği anda bağlayıcı kabul edilecekleri, Türk hukukunda da kabul edilmeye başlamıştır²².

Hattâ, tarafların tahkim sözleşmesinde, hakem kararının nihai nitelikte olmasını kararlaştırmaları dahi mümkündür. Tarafların bu konudaki anlaşmaları, hakem kararının bağlayıcılığına da etki eder. Taraflar, kendi aralarında, hakem kararının verildiği anda bağlayıcı ve kesin olmasını kararlaştırabilirler²³.

Hakem kararının tenfizi talebinin, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sindeki nedenlerden dolayı reddedilmesinin şartları, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sinde yer alan tenfiz talebinde bulunma şartlarından farklıdır. New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sindeki tenfizin reddi sebepleri, ancak, taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi halinde tenfiz hâkimi tarafından dikkate alınabilecektir. Öyleyse, New York Sözleşmesi çerçevesinde, bir hakem kararı verildiğinde, âkit devletler arasında, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sinde belirtilen belgelerin ibrazı halinde, kural olarak, bu hakem kararının tenfizi gerekir. Ancak, tenfiz davalısının tahkim ülkesinde kanun yoluna giderek iptal isteminde bulunması ve bunu tenfiz hâkimine bildirmesi halinde, tenfiz istemi, kanun yolunun sonuçlanmasına kadar bekletilecek ve kabul edilmeyecektir.

Tahkim yerindeki mahkeme, tahkim yargılamasının yapıldığı hakem mahkemesine ve taraflara, hakem kararının, iptal edildiğini bildirirse, böyle bir karar,

ni dikkate almakla yükümlü kılmuştur. Tahkim sözleşmesi veya kaydının varlığına rağmen, taraflardan biri, uyumsuzluğu devlet mahkemesine götürmek isterse, diğer tarafın bu konudaki itirazı üzerine, mahkeme olayı, hakem mahkemesine göndermek zorunda kalacaktır: Bkz. New York Sözleşmesi'nin II/2.m.; ayrıca bkz. ANDERMACHER, B.G./WALDER, H.U.: "Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit/ Le point sur la procedure civile et l'arbitrage", SJZ.96, 2000, s.39.

20 WALTER, G.: "Die Vollstreckbarerklärung als Voraussetzung bestimmter Wirkungen des Schiedsspruchs", (Vollstreckbarerklärung), FS Karl Heinz Schwab, München 1990, s.558 vd.

21 Bu anlayış, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sine de uygundur. Bunun aksinin düşünülmesi, New York Sözleşmesi'nin kaldırılmasını hedeflediği çifte tenfiz (*doppelte Exequatur*) rejiminin, yeneden ortaya çıkması tehlikesini de beraberinde getirir.

22 YHGK'nun 9.6.1999 T. ve 1999/19-467 E., 1999/489 K. için bkz. NOMER/EKŞİ/ GELGEL, s.145.

23 SATMER, s.208.

prensip itibarıyla²⁴, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'si çerçevesinde, hakem kararının bağlayıcılığını ve tenfiz edilebilirliğini ortadan kaldıracak niteliktedir. Tahkim yerindeki mahkemenin, hakem mahkemesi üzerindeki denetim hakkı, hakem mahkemesinin otoritesinin de bir hukukî düzenlemeye tâbi olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır²⁵.

Bu nedenlerle, tahkim usulünün tâbi olduğu hukuk düzeni, hangi koşullar altında hakem kararlarının iptal edilebileceğini veya uygulanmasının ertelenebileceğini belirleyebilir²⁶. Bazı iptal sebeplerinin ortaya çıkması ve bu nedenle, verilen hakem kararının, verildiği memleket kanunu veya tâbi olduğu kanun yönünden, yetkili bir makam tarafından iptal veya icrasının geri bırakılmış bulunması halinde, böyle bir hakem kararının bağlayıcılığı ortadan kalkacak ve tenfiz aşamasında reddi söz konusu olabilecektir²⁷. Bu çerçevede, bir hakem kararının belli bir iptal sebebinin varlığına bağlı olarak, tahkim yeri dışındaki bir ülkede iptal edilebilmesi, yalnızca, tahkim usulünün, bu ülkenin usul kurallarına göre cereyan ettirilmiş olması halinde, söz konusu olabilir²⁸.

Hakem kararının iptali ile onun bağlayıcılığının düşmüş kabul edilebilmesi ve bu nedenle tenfiz talebinin reddedilmesi açısından, üzerinde durulması gereken diğer bir önemli nokta da, 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin IX.m'sidir²⁹. Bu Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından, hakem kararlarının iptali, ancak, Sözleşme'nin IX/1.m'sinde belirtilen nedenlere münhasıran yapılmış olması halinde, tenfiz ülkesinde tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilecektir. Burada sayılan nedenlerden başka bir nedene dayalı olarak iptal edilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi istemi, âkit başka bir devlet ülkesinde tenfizden kaçınma sebebi teşkil

²⁴ Dn.29'a konu olan paragrafa bkz.

²⁵ WALKER, H.P.: Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien, Zürich 1968, s.15; SCHLOSSER ise, bir hakem kararının devlet mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya düzeltilmesi kararının, tenfiz ülkesinde dikkate alınması için, bu kararın o ülke tarafından da tanınması gerektiği görüşündedir: Bkz. SCHLOSSER, s.573; bu konuda prensipte Schlosser'in görüşüne katılmakla beraber, özellikle New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler açısından, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin IX.m'sinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesindeyim.

²⁶ THOMAS/PUTZO, § 1059; MUSIELAK: Zivilprozessordnung, München 1999, § 1059/1.par.; ayrıca değişiklikten önceki benzer durum için bkz. STEIN/JONAS, § 1044/134.par.

²⁷ Bkz. BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 194 vd.

²⁸ New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sine göre, hakem kararı, verildiği ülkenin yetkili makâmı veya hakem kararına hukuku tatbik edilen devletin yetkili makâmı tarafından iptal edildi ise, bir tenfizin reddi sebebinin varlığı kabul edilir.

²⁹ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da, 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla kabul edilmiştir: Sözleşme metni için bkz. RG.23.9.1991-21000.

etmeyecektir. Bu iptal sebeplerinin sayılması sırasında ise, taraf iradelerine öncelik tanınacağı ifade edilmiş ve ancak, böyle bir iradenin olmaması halinde, hakem kararının verildiği memleket kanununun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda, iptal sebepleri açısından, taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir.

Tahkim ülkesinde emredici nitelikte kabul edilen bir iptal nedeni, Cenevre Sözleşmesi'nin IX/1.m'sinde sayılanlar arasında yer almıyorsa, zaten buna dayalı olarak verilen bir iptal kararı da, tenfiz aşamasında dikkate alınmayacaktır. Cenevre Sözleşmesi'nin IX/2.m'si, New York Sözleşmesi'ne taraf olan âkit devletler arasındaki ilişkilerde, münhasıran bu Sözleşme'nin IX/1.m'sinde yer alan iptal sebeplerinin göz önünde bulundurulacağını beyan etmektedir. Öyleyse, New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasındaki ilişkiler açısından, bu iptal sebepleri dışında bir nedene dayalı olarak tahkim ülkesinde iptal edilmiş bir hakem kararının, tenfiz ülkesinde, bağlayıcılığının kalmadığı nedeniyle reddedilmesi söz konusu olmayacaktır.

HUKUKİ AÇIDAN KİTLELERE E-POSTA GÖNDERİLMESİ*

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ***

GİRİŞ

İnternet teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte ortaya yeni sektörler çıkmakta, yeni iş kolları doğmakta veya mesleklerin icra şekli değişmektedir. Reklam, bir ürün veya hizmetin tanıtımı için öteden beri kullanılan bir yoldur. Reklamın niteliğinde bir değişiklik olmamakla birlikte internet teknolojisinin gelişmesi ile birlikte icrasında bir takım değişiklikler meydana gelmiştir. İnternet yoluyla reklamın kullanıcılara ulaşması son derece kolaylaşmış, ayrıca elektronik posta adreslerine gönderilen reklamlar ile aracısız reklam imkanına kavuşulmuştur. E-posta ile yapılan reklamlar, klasik usulde yapılan reklamlara göre daha avantajlıdır. Bu tür reklamlar öncelikle tüketiciye doğrudan ulaşmaktadır. Posta kutusunu açan kişi, içeriğini okumasa bile en azından firmanın adı ile karşılaşmaktadır. Ayrıca bu tür reklamlar, diğer reklam usullerine göre son derece masrafsızdır. E-posta yolu ile yapılan reklamların bir başka avantajı ise müşteri kitlesine hızlı ulaşmasıdır. Bir tuş yardımı ile aynı anda binlerce adrese reklam gönderme imkanı mevcuttur. E-posta yolu ile reklam yapmak telefon ile reklamdaki daha güvenlidir ve belirli bir zamanda yapılmasına da gerek yoktur. İş saatleri dışında da gönderilen e-postalar, ertesi iş günü reklam yapılan kimsenin bilgisayarında okunabilecektir. Muhtemel müşteri kitlesinin seçimini yapmak daha kolaydır. Kitap alıcılarının e-posta adreslerinin toplanması ve sadece onlara yönelik kitap reklamı yapılması gibi. Nihayet bu reklamlar daha ucuza mal edilebilmektedir¹. Bütün bu avantajlı tarafları ile elektronik posta yoluyla reklam günümüzde bir sektör haline gelmiştir².

* VII. Türkiye'de İnternet Konferansı'nda 3 Kasım 2001 tarihinde sunulmuş olan bildiri metnidir.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Funk, A.: "Wettbewerbliche Grenzen von Werbung per E-Mail", CR, 1998/7, s. 413, 414; Rosenthal, D.: "Unverlangte Werbe E-Mail ohne Rechtsfolgen", Media Lex, 4/99, s. 203.

2 Örneğin 300.000 adres için haftalık 19,95 \$, 500.000 adres için haftalık 29,95 \$, 1.000.000 adrese posta için haftalık 39,95 \$ alınmaktadır. Günlük ticari reklam amacı ile

Doğrudan müşteriye yapılan bu reklam türü, reklamı yapan ve reklamı yapılan açısından faydalı olmakla birlikte; elektronik postasına reklam gönderilen kimseler açısından faydalı görülmeyebilir. Posta kutusu dolan ve bu sebeple kendisine gönderilen diğer e-postaları alamayan internet kullanıcıları bu durumdan yakınmaktadır.

Birden fazla kimseye yapılan bu reklamlar için adreslerin elde edilmesi çoğunlukla daha önceleri gerçekleşmektedir. Özellikle 'daha hızlı ve çok para kazanmak istemez misiniz' yahut 'yardım için bu e-maili siz de bütün tanıdıklarınıza yollayın' gibi mesajlarla muhtemel müşteri kitlesinin elektronik adresleri elde edilmektedir. Ayrıca bazı tartışma forumlarındaki adresler de spam amaçlı kullanılabilir. Çoğu zaman da "whois" databankları veya haber grupları vasıtası ile de e-posta adresleri toplanmaktadır. Toplanan bu adreslerden oluşturulan ve satışa sunulan CD'lerde milyonlarca adres bulunabilmektedir³.

E-posta adreslerinin de belirli bir kapasitesi bulunmaktadır. Dolayısıyla e-adreslere gönderilen özellikle reklam türü postalar kişinin posta kapasitesini doldurmakta ve başka posta alabilmesine engel olmaktadır. Bu sebeple sık sık şikayetler olmaktadır⁴.

I. TANIM VE İSİMLENDİRME

Spam kelimesi, Amerikan kökenli bir kelime olup, ilk defa Firma Hormel Foods Corporation'un bir kutu içinde baharatlı domuz eti ve jambon için kullandığı bir kısaltmadır. "Spiced pork and ham" kelimelerinin ilk harflerinden oluşmaktadır. Şimdiye kadar da bilgisayarlar için hiç kullanılmamıştır. Sonraları e-posta yolu ile kitlelere reklam yapılmasında kullanılmaya başlanmıştır⁵.

gönderilen e-posta sayısı 100 milyon olarak tahmin edilmektedir. Örnekler ve diğer e-posta reklam fiyatları için spammingin gelişimi için bkz. Kommission der Europäischen Gemeinschaften: "Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz, Zusammenfassung der Schlussfolgerung der Studie Januar 2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamsumde.pdf, s. 6 vd.

- 3 Örneğin böyle bir CD'de 80 milyonun üstünde e-posta adresi bulunmaktadır (bkz. Leupold, A.: "Die massenweise Versendung von Werbe-e-Mails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belaestigung des Empfängers" WRP, 1998/3, s. 271).
- 4 Amerikanın büyük internet servislerinden Earthlink, ortalama günde 1000-3000 arasında spam şikayetinin geldiğini belirtmektedir. Göndericinin yanlış adres belirterek e-posta yollaması dolayısıyla en büyük mağdur sayılabilecek Samsung, günlük spam sayısının 6000-10.000 olduğunu, müşterilerinin bu duruma çok kızdığını ve markalarının imajının sarsıldığını açıklamaktadır (Bkz. Leupold, s. 271).
- 5 Geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. www.uni-freiburg.de/rz/rzschiften/anrufarchiv/m9711/spam1.html.

Birden fazla kimseye elektronik posta yolu ile gönderilen bu tür reklamlar "spamming" olarak isimlendirilmektedir. Spamming'in değişik tanımlarını yapmak mümkündür. Avusturya İnternet Kullanıcılarının sitesi olan VIBE'de spamming için bir kanun kuralı öngörülmüş ve spam için "e-posta formunda rahatsız edici, sıkıntı verici haberler" tanımı getirilmiştir⁶. Bu tanımda ayrıca içerik tanımı da ayrıntılı bir şekilde verilmiştir. İçerik sansürünün bağımsız bir iletişim aracı olan internette reddedilmesi dolayısıyla, spam da içeriğe göre tanımlanamaz. İçerik, daima bir değer taşımaya karşılık, bu değer daima sübjektif ve kültürel olarak değişebilmekte; birine göre iyi olarak değerlendirilebilen şeyler bir başkası tarafından kötü olarak görülebilmektedir. Dolayısıyla içeriğe göre bir spam değerlendirilmesine varılamamaktadır. Spam objektif kriterlere göre tanımlanmalıdır⁷.

Fransız Ulusal Enformasyon ve Özgürlük Komisyonu'na göre (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) spam, hiçbir temas olmaksızın tartışma forumlarından, dağıtılan listelerden ve web sayfalarından elde edilen elektronik adreslere alıcının talebi olmaksızın ara-sıra büyük hacimlerde gönderilen ve ticari amaç taşıyan e-postalardır⁸.

Uluslararası Ticaret Örgütü'nün 1996 yılında yayınlamış olduğu "ICC Guidelines on Interactive Marketing Communication"⁹ da da spamın tanımına rastlamak mümkündür⁹. Buna göre, spam, bir bülten veya haber grubu üzerinden ticari amaç taşımayan bu forum konuları ile ilgili olmayan ve gönderilmesine açıkça izin verilmeyen reklamlardır.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA SPAM

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA

Avrupa Birliğinde konu 4.6.1997 tarihli "Mesafe Ötesi Sürüm Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif"¹⁰ ile ele alınmaktadır¹¹. Söz

6 İnternet adresi için bkz. www.vibe.at.

7 Bkz. www.vibe.at/begriffe/spam_def.html

8 Watel, J.: "Le problème du Spamming ou comment guérir le cancer de l'internet", Jurpc Web-Dok. 163/2001, Abs. 4 (www.jurpc.de).

9 Hoeren, T.: "Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications", Internet und Multimediarecht (Cyberlaw) (Hrsg. Lehmann, M.) Stuttgart 1997, s. 114.

10 Bkz. 97/7/EG, ABl. Nr. L. 144.

11 Avrupa Birliğinde spamingle ilgili geniş bilgi için bkz. Kommission der Europäischen Gemeinschaften: "Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz, Zusammenfassung der Schlussfolgerung der Studie Januar 2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamsumde.pdf, s. 6 vd.

konusu direktifin amacı, bir taraftan tüketicinin konumunu daha sağlamlaştırmak diğer taraftan mesafe ötesi mal ve hizmet sürümlerini geliştirmektir. Fakat söz konusu direktif, Avrupa ülkelerinde şimdiye kadar henüz iç hukuka aktarılmamıştır¹².

Alman hukukunda bu direktif iç hukuka (Mesafe Ötesi Sürüm Kanunu/Fernabsatz Gesetz- FernAbG) uyarlanmış olmasına rağmen bu kanun spam hakkında açık bir hüküm içermemektedir¹³.

Direktifin üye ülkelerin iç hukukuna aktarılmaksızın da uygulama alanına sahip olduğunu burada belirtmek gerekmektedir. Çünkü Avrupa Birliği Sözleşmesi m. 189/III' e göre direktiflerin uygulanması sadece kanun koyucuya değil, devlet gücünü kullanan bütün erklere yüklenmiş bir görevdir. Alman Mahkeme kararlarında da direktiflerin iç hukuka aktarılmasından önce de uygulama alanı bulduğu, mevcut kuralların direktifler doğrultusunda yorumlandığı görülmektedir¹⁴.

Direktifin reklamlarla ilgili 10. maddesi tartışmalıdır. Madde 10'da belirli iletişim teknikleri hakkında kurallar bulunmaktadır. Madde 10/I, sadece sesli mail (Voice Mail), telefax hakkında kurallar içermekte ve bu araçlarla reklam yapılabilmesi için önceden tüketicinin izninin alınması kuralını getirmektedir. Buradan hareketle Direktif, telefon ve e-posta ile reklama izin vermektedir. Direktifte tamamlayıcı bir hüküm olarak tüketicinin diğer tekniklerle (e-posta da buna dahildir) reklam yapılmasını açıkça yasaklamadığı hallerde bunlarla reklam yapılabileceği belirtilmiştir (Opt-Out-Prinzip) (10/II)¹⁵.

Burada tek bir tüketici veya e-posta sahibi açısından bakıldığında durum açıktır. Bu durumda kişi kendi e-postasına reklam gönderilmesini açıkça yasakladığı, reddettiği takdirde e-posta yoluyla reklam yapılamayacaktır. Tüketicinin kendisine açıkça e-posta yolu ile reklam yapılmasını nasıl yasaklayacağı konusunda direktifte bir açıklık bulunmamaktadır. Burada tüketici-

¹² Vehslage, T.: "Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung", GRUR 1999, H. 8/9, s. 656; Jaeger-Lenz, A.: Werberecht-Recht der Werbung in Internet, Film, Funk und Printmedien, Weinheim 1999, s.105.

¹³ Lettl, T.: "Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-Mail", GRUR, 2000, s. 982, 983.

¹⁴ BGH, "Testpreis-Angebot", GRUR 1998, s. 2208.

¹⁵ Geniş bilgi için bkz. Ziem, C.: "Spamming, Zulaessigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce Richtlinienentwurf", MMR 2000/3, s. 131 vd.; Schrick, A.: "Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung", MMR 2000/7, s. 401 vd.

nin münferit bir yasaklaması veya genel listelerin içine girmeyi reddetmesi şeklinde bir yasaklama da söz konusu olabilir. Örneğin ABD’de telefon rehberi içinde kişiler reklam istemediklerini belirtebilmektedirler¹⁶.

Avrupa Birliğinin 8 Haziran 2000 tarihli yeni Direktifinde de¹⁷ spammingle ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunlara göre üye devletler ticari iletişimle ilgili olarak Direktifin 7’inci maddesindeki önlemleri aldıktan sonra istenmeyen ticari içerikli reklamları gönderen kimselerin açık bir şekilde kimliklerinin tespit edilmesini sağlamalıdır (m. 7/I)¹⁸. Yine üye devletler, bu tarz elektronik posta yoluyla gönderilen reklamlara karşı, kişilerin kendilerine reklam gelmemesi için kaydoldukları “robinson-liste (opt-out-Listen)” adıyla anılan listelere sunucuların dikkat etmeleri için gerekli önlemleri alabileceklerdir¹⁹.

B. ALMAN HUKUKUNDA

Alman hukukunda e-posta yolu ile reklamı açıkça konu edinen bir kanun kuralı bulunmamaktadır. Fakat Alman hukukunda mevcut kanunlarla spam sorununa çözüm arandığı görülmektedir²⁰. Alman mahkemelerinden ilk olarak Traunstein²¹ mahkemesinde e-posta ile reklamın caiz olup olmadığı incelenmiştir. Bu kararda istenmeyen reklamların e-postaya gönderilmesi haksız rekabet olarak nitelenmiştir. Mahkeme bu tür reklamın haksız rekabet teşkil ettiğine karar verirken Mesafe Ötesi Sözleşmeler hakkındaki Direktifin

¹⁶ Vehslage, s. 659.

¹⁷ Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, AB 8.6.2000 (ABl. 17.7.2000, L 178 s. 0001-0016). Söz konusu direktif şu web sayfasında da görülebilir: http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/2000/de_300L0031.html.

¹⁸ “WEB.DE”, e-posta göndericilerinin kimliklerinin tespitine dair ilginç bir uygulama yapmaktadır. WEB.DE’den alman e-adresten posta gönderilebilmesi için mutlaka bir “Activatör-Key”e ihtiyaç bulunmaktadır. WEB.DE servisi bu özel şifreyi e-adres almak isteyen kimsenin belirttiği posta adresine ve ismine göndermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. www.web.de.

¹⁹ Bu konuda geniş ayrıntı ve benzeri bir liste için bkz. www.spam.org.tr.

²⁰ Spam sorunu Alman hukukunda özellikle BGB § 823 açısından ele alınmaktadır. E-postanın mahiyetinden hareket edilen görüşlerin bu tartışmalarda özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Doktrinde bir sunucu üzerinden yapılan E-postanın mahiyetinin karma sözleşme tipini oluşturduğu vurgulanmaktadır. Bu sözleşme içinde hizmet ve eser sözleşmesinin tipik unsurları bulunduğu gibi, kira sözleşmesine ait unsurlar da bulunmaktadır. Şayet kişi e-postasını kendi serveri üzerinden yapıyorsa bu takdirde burada bir mülkiyet hakkından bahsetmek gerekmektedir. Spam sorununun çok farklı açılardan incelendiği bu makale için bkz. Spindler, G./Schmittmann, J.M.: “Unerwünschte E-Mail-Werbung, Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulaessigkeit in Europa”, MMR 2001, Beilage-8, s. 10 vd.

²¹ LG Braunstein, 18.12.1997 (CR, 1998, s. 171).

10/II'nci maddesini bir engel olarak görmemiştir. Her ne kadar söz konusu direktif hükmü, telefon ve e-postanın ticari amaçlı reklamlarda kullanılabilmesine izin vermiş ise de, yine aynı direktifin 14'üncü maddesi üye ülkelere daha dar ve katı hükümleri koyabilme yetkisi vermiştir. Alman Haksız Rekabet Yasası'nın 1'inci maddesi de böyle bir hükümdür. Bazı yazarlar da e-postayla yapılan reklam sorununu haksız rekabet hükümlerine tabi tutmaktadır²².

Bir diğer mahkeme kararında ise²³ yine benzer gerekçelerle e-posta yolu ile yapılan reklamlar haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir.

Bir başka mahkeme kararında ise daha ilginç bir yaklaşım sergilenmiş ve spam şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelenmiştir²⁴. Mahkeme, BGB m. 823 ve 1004'den kaynaklanan men ve tazminat taleplerini kabul etmiştir. Bir diğer mahkeme kararında ise e-posta yolu ile reklam yapılması, hem şahsiyet haklarına tecavüz hem de rekabetin bir ihlali olarak değerlendirilmiş, UWG m.1 ve BGB m. 823 ve 1004 uygulanarak çözüme ulaşılmıştır²⁵. Söz konusu kararlarda Alman doktrininde savunulmaya başlanan Anayasanın 5/I ve III'üncü maddelerinde kişinin negatif haber alma özgürlüğünün düzenlendiği ve bu özgürlüğün ihlalinin BGB m.823'e aykırı olduğu düşüncesine dayandırılmıştır²⁶.

Brakel'de²⁷ görülen davada da istenmeyen reklamların kişinin e-adresine gönderilmesinin kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak yorumlandığı ve BGB. M. 823 ve 1004 'e aykırı bulunduğu görülmektedir. Kişinin e-

²² Bkz. Hoeren, T.: "Cybermannes und Wettbewerbsrecht-Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet", WRP, 1997/11, s. 994, 995; Hoeren, T.: "Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Kommunikation", Internet-und Multimediarecht (Cyberlaw) (Hrg. Lehmann, M.) Stuttgart 1997, s. 115; Wendel, : Wer hat Recht im Internet?, Aachen 1997, s. 80; Peschel-Mehner, A.: "Wettbewerbliche Bewertung geschäftlicher Aktivitaeten im Internet und in sonstigen Online Plattform", Cyberlaw (Hrg. Schwerdtfeger/Everyz/Kruezer/Peschel-Mehner/Poeck) Weisbaden 1999, s. 135, 136. Fakat burada hemen aksi fikirlerin olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bu yazarlara göre e-posta yoluyla yapılan reklamlar haksız rekabet oluşturmaz (bkz. Reichelsdorfer, J.: "eMails zu Werbezwecken-ein Wettbewerbsstoss?", GRUR, 1997, s. 191; Funk, s. 420).

²³ LG Eilwangen, Urteil vom 27.08.1999, 2 KfH O 5/99

²⁴ AG Brakel, Urteil vom 11.02.1998, 7 C 748/97

²⁵ LG Berlin, Urteil vom 13.10.1998, 16 O 320/98 (www.jurpc.de/rechtspr/19980187.htm)

²⁶ Fikentscher, W./Möllers, M.J.T.: "Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung", NJW, 1998/18, s. 1337-1344.

²⁷ hAG Brakel 11.2.1998, (bkz. www.online-recht.de/vores.html?Wettbewerbsrecht#E-Mail-Werbung).

postasına gerçek posta kutusunda olduğu gibi reklam istemediği uyarısını koyması teknik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla buradan hareketle kişilerin e-postasına reklam göndermeye cevaz bulunamaz. Ayrıca kişinin bir e-posta listesine yazılması, onun reklam için önceden izin verdiği anlamına da gelmemektedir.

Yeni bir mahkeme kararında ise e-posta yolu ile reklamın caiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme burada BGB m. 823'e dayanan bir şahsiyet hakkı ihlali olmadığını, ayrıca Mesafe Ötesi Sürüm Direktifinin e-posta yoluyla reklamı yasaklamadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, Anayasanın 5. maddesi de negatif haberleşme özgürlüğü kavramını haklı kılmaktadır²⁸.

C. ABD HUKUKUNDA

Amerika Birleşik Devletlerinin çeşitli eyaletlerinde e-posta yoluyla reklam yapılması kanunlarla yasaklanmıştır. Eyaletlerde ilk kanun olan "Can the Spam" 1 Ocak 1999 günü Kaliforniya'da yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla internet hizmetlerini sağlayan servis sunuculara (Service-Provider) müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere e-posta ile istenmeyen reklamlar göndermeyecekleri, aksi takdirde zararı gidermek zorunda kalacakları konusunda uyarıcı bir hüküm koymaları gerekmektedir. Bu kanunla ayrıca spam yapanlara ceza da getirilmiştir. Buna göre her e-posta başına 50 dolar veya günlük 25 bin dolara kadar ceza öngörülmüştür²⁹. Ayrıca Kaliforniya Meclisi, spam yapan kimsenin çocuklar için sakıncalı sayılan mesajları göndermesini de yasaklamıştır. Bu kanuna göre ayrıca reklam yapan kimse ücretsiz bir telefon numarasını veya kendisine ulaşılabilir gerçek bir adresini de alıcıya sunmalıdır ki; alıcı bunlarla isminin listelerden çıkarılmasını sağlayabilsin. Bu kanunla e-posta ile reklam yapan kimsenin posta içine başka birinin domain ismini yazması, böylece alıcıyı yanıltması da yasaklanmıştır³⁰.

Benzer kurallar 1997 yılında Nevada ve Washington eyaletlerinde de yürürlüğe girmiştir. Washington'da yürürlüğe giren kanuna göre bütün e-postalar yasaklanmamış, sadece konusu reklam olarak görünmeyen e-postalar veya gönderici adresinin yanlış yazıldığı istenmeyen ticari reklamlar yasaklanmıştır. Bu kanunun uygulama alanı ise Washington'dan gönderilmiş

²⁸ Kararın eleştirisi için bkz. Stadler, www.afs-rechtanwaelte.de/urteile76.htm.

²⁹ Goerke, P.: "Amerika-Strafen für unverlangte E-Mail-Werbung", s. 249, WRP, 1999/2, s. 249.

³⁰ Naumann, T.: "Präsentationen im Internet als Verstoss gegen §§ 1, 3 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Online-Angebote von Rechtsanwalten", Frankfurt am Main, 2001, s. 64.

veya oraya yollanmış reklamlarla sınırlanmıştır³¹.

Virjinya'da da benzeri bir kanun çıkarma çabaları görülmektedir. Bu kanunun temelinde de yanlış kimlik ve görünürde adresler altında e-posta gönderilmesi suç olarak nitelenmiş ve para cezalarına çarptırılması öngörülmüştür. Burada kasıtlı postalar dolayısıyla provider ve postayı gönderen kimse için her e-posta başına 10 dolar veya günlük 2500 dolar ceza istenmektedir³².

D. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre hukukunda e-postasına reklam gelen kimse özel bir düzenleme olmamasına karşın³³ farklı hukuki imkanlara sahiptir. Öncelikle Bilgilerin Korunması Kanunu (Datenschutzgesetz-DSG), bir kimsenin e-postasına reklam gönderilebilmesini sadece alıcının rızasına bağlamıştır. Alıcının uygun gördüğü reklam haberlerini istemesi veya ürünler hakkında bilgi almak için reklam-posta-listelerine kaydolması halleri alıcının rızasına örnek olarak verilebilir. Spam yapan kimselerin kullanmış olduğu e-posta adresleri DSG'ye göre kişinin şahsi bilgileri olarak kabul edilmektedir. Davalar ve ihtiyati tedbirler için Medeni Kanun'un şahsiyetin korunmasına dair olan 28 ve devamındaki maddeler geçerli olmaktadır. Özellikle kişi, şahsi bilgilerinin kaldırılmasını veya üçüncü kişilerce görülmesinin engellenmesini talep edebilir³⁴.

Haksız Rekabete Karşı Kanun (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) ile de tüketici spam olaylarına karşı başka bir koruyucu hukuki enstrümana sahiptir. UWG m. 3'e göre girişimcinin müşteriye rahatsız eden ve onun serbestçe karar vermesine engel olur tarzda reklam yapma-

³¹ Goerke, s. 249.

³² Fakat bu eyalette anti-spam yasasına ciddi tepki verildiğinin de vurgulanması gerekmektedir. Söz konusu yasanın düşünce açıklama özgürlüğü ile çeliştiğini, devletin genel menfaatleri koruması gerektiği, spam yapılmasında ise genel menfaatlere bir aykırılığın olmadığını, dolayısıyla da devletin yasa koymaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca devletin her problemi kanun, polis, yasak ve hapisane çerçevesinde ele almasının yanlış olduğu, tekniğin halletmesi gereken şeylerde kanunlarla çözüme ulaşılamayacağı da belirtilmektedir. (Tartışmanın ayrıntıları için bkz. www.telepolis.de/deutsch/inhalt/glosse/2653/1.html).

³³ İsviçre'de de spamla ilgili kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği, aksi takdirde bu ülkenin "spammerlerin adası" haline geleceği görüşleri parlamenterler tarafından iletildiği belirtilmektedir (bkz. www.insider.ch/ipd/recht/kapitel1.html).

³⁴ Rosenthal, D.: "Unverlangte Werbe E-Mail ohne Rechtsfolgen?" MediaLEX, 1999/4, s. 204; Faesler, L.: "Ob per E-Mail, Fax oder SMS: Spamming ist unlauter Unverlangte Werbe-Mails mit Rechtsfolgen" (www.jurisnet.com).

sı, haksız rekabetin ve haksız satışın tipik halini oluşturur³⁵.

İsviçre hukukunda Ceza Kanunu'na (Strafrecht-StGB) göre de spam probleminin çözülmesi mümkündür. İlgili kişi, kendisine gelen e-postada (spamda) tehdit, hakeret, mal veya data zararlarının olması hallerinde veya özel hacker vakıalarında StGB m. 143'den yararlanabilecektir. Bu maddelerin uygulanması özellikle gönderilen postaların spam filtrelerinin özel yöntemlerle aşılması hallerinde daha kolaylaşacaktır. Ayrıca somut olayların, databanklar ve telekomünikasyon tesislerinin kötüye kullanılıp kullanılmadığına göre StGB m. 150 ve 179'a göre cezalandırılabilmesi de mümkün olmaktadır³⁶.

E. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız hukukunda spamı yasaklayan açık bir hüküm olmadığı için, çözüm Tüketicinin Korunması, genel hukuk ilkeleri ve tazminat hukukunun kurallarına göre çözümlenmektedir. Bu ülke hukukunda henüz spam olayı ile ilgili olarak mahkeme içtihadı bulunmamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 121/22 ve 123/ 33'üncü maddelerinin uygulanabilmesi için reklam yapan kimsenin, kişi ile sözleşme ilişkisi içinde olması gerekmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 1382'nci maddesine göre haksız reklamlar dolayısıyla bir tazminat talebi için bir takım şartlar gereklidir. Öncelikle bu kişinin markasını veya ticari itibarını kötüler cinsten olmalı ve müşteri çevresine zarar vermelidir. Bunların gönderilen e-posta içinde bir araya gelmesi de oldukça zor görünmektedir. Bu haliyle Fransız hukukunda spam caiz olarak nitelenmelidir³⁷.

F. AVUSTURYA HUKUKUNDA

Avusturya Telekomünikasyon Yasası'nın 101'inci maddesinde spam açık bir hükümle yasaklanmıştır. Bu yasaklayıcı hükmün gelişme aşamaları şu şekilde özetlenebilir. Adalet Bakanlığı, tüketicinin korunmasını amaçlayan Mesafe Ötesi Sürüm Direktifinin ülke hukukuna uyumlaştırılması aşamasında Yasanın 101'inci maddesine istenmeyen ve birden fazla kimseye gönderilen reklamlar (spam) hakkında ceza hükmünün konulmasını öngör-

³⁵ Rosenthal, s. 204; Faesler, Unverlangte Werbe (www.jurisnet.com); İsviçre Haksız Rekabet Komisyonu'nda benzer bir olay incelenmiştir: Firma Somotrading SO'nun fax yoluyla tüketiciye reklam yapması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Hatta bu kimsenin yıldız işareti (*) ile reklam istemediğini telefon rehberinde belirtmemiş olması da sonucu değiştirmemektedir (Bkz. "Checkliste Spamming" www.jurisnet.com).

³⁶ Rosenthal, s. 204; Faesler, Unverlangte Werbe (www.jurisnet.com).

³⁷ Hartmann, L.: "Spamming im französischen Recht" (www.artikel5.de/artikel/spam-france.html).

müştür. Söz konusu teklif, parlamento tarafından kabul görmüş ve 15.7.1999 tarihinde kabul edilmiştir³⁸.

Telekomünikasyon Yasası'nın 101'inci maddesine göre, bir elektronik postanın birden fazla kimseye veya reklam amaçlı olarak gönderilebilmesi için alıcının önceden bir onayı gereklidir. Alıcı istediği her zaman bu onayını geri alabilmektedir.

Kanun, iki problem alanını kurala bağlamaktadır. Bunlardan biri birden fazla kişiye gönderilen e-posta, diğeri de reklam amacıyla gönderilen e-posta problemleridir. Bu şekilde e-postalar için 500 bin Şiline kadar ceza öngörülmüştür.

Burada özellikle vurgulanması gereken nokta, Avusturya Kanunlarının spam hakkında getirmiş olduğu yasal düzenlemeler ve dikkate değer tecrübelerdir. Her ne kadar ABD'nin bazı eyaletlerinde anti-spam yasaları çıkarılmış ise de birden fazla kimseye gönderilen veya yanlış isim ve adres altındaki e-postanın cezalandırılmasına dair Avusturya örneği dünyada tek olma özelliğini taşımaktadır³⁹.

III.TÜRK HUKUKUNDA KİTLELERE E-POSTA GÖNDERİLMESİ (SPAM)

A. GENEL OLARAK

Bir çok ülkede olduğu gibi spamı doğrudan yasaklayan bir kural Türk hukukunda da bulunmamaktadır. Bu sebeple spamla ilgili problemlerin Tüketicinin Korunması, Haksız Rekabet ve Medeni Kanun hükümlerine göre çözümlenmesi düşünülebilir⁴⁰.

Gönderilen e-postaların içeriğine göre Türk Ceza Kanunu'nun uygulama alanı bulması da mümkündür. E-postanın içeriğinde tehdit, hakaret yasal olmayan propagandalar varsa bu takdirde bunlar ayrıca ceza davalarının konusunu oluştururlar.

³⁸ LAGA, G.: "Das österreichische Spam-Verbot", JurPC Web-Dok. 170/2000, (www.jurpc.de) Abs. 8.

³⁹ LAGA, Spam-Verbot, Abs. 11.

⁴⁰ Türk hukukunda daha ziyade ticari reklam içerikli spamlar üzerinde durulmuş, gayri ticari e-mailler konusunda öneriler getirilmemiştir: "Bu arada ticari reklam ve tanıtım amacındaki spam ile ilgili endişelenmeye gerek yok. Bunu önlemek için öyle uzun boylu uğraşmaya gerek yok. Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesi gereğince, Reklam Kurulu reklam kurallarını belirlemekle görevli kılınmıştır. Buna göre Kurul ve Bakanlık, reklamlar hakkında daha önce çıkarılmış olan Tebliğ'e bir madde ekleyerek bu sorunu birkaç günde çözebilir" (bkz.Öngören, G.: İnternet Hukuku, G. İnternet Ortamı ve E-Ticarette Reklamlar, www.hukukcu.com).

B. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Türk hukukunda haksız rekabetle ilgili düzenlemeler iki ayrı kanunun içinde bulunmakta, İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi ayrı bir Haksız Rekabet Yasası bulunmamaktadır. Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu (m. 48) ve Türk Ticaret Kanununda (m. 65-65) yer almaktadır. Ticaret Kanunu'nun geçirdiği tarihi bir aşamanın sonucu olan bu düzenleme haklı olarak doktrinde eleştirilmekte ve isabetli olmadığı vurgulanmaktadır⁴¹.

Kitlelere yapılan reklamlarda ancak aldatıcı unsurların bulunması ve reklamı yapan kimsenin tacir olması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin kuralları uygulama alanı bulmaktadır. E-posta kutuları sürekli olarak aldatıcı reklamlarla doldurulan kimse, reklamı yapan kimse veya kuruluş aleyhine Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerine dayanarak haksız rekabetin menî, uğradığı zararın tazmini için dava açabilecektir.

Ancak kitlelere e-posta yoluyla reklam gönderen kimsenin tacir olmaması veya içeriğin gayri ticari olması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete dair hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır⁴². Reklam içerikli e-postaları gönderen kimsenin tacir olmaması durumunda uygulanması düşünülebilecek olan BK.m. 48'in uygulama alanı ise son derece dardır ve e-posta alıcısını korumaya yeterli değildir. Çünkü BK.m. 48'e göre haksız rekabetin gerçekleşebilmesi ve dava açılabilmesi için yanlış ilanlar yahut iyi niyet kaidelerine aykırı sair hareketler ile bu fiiller ve onlara maruz kalan kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetmek korkusuna maruz kalması gerekir. E-postasına reklam gelen kimse için bu faraziyelerin gerçekleşmesi oldukça zor görünmektedir.

41 Göle, C.: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 155; Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku, C.1, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 452; Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 222; Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, s. 285; Bozer, A.: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, B.8, s. 93, 94. Aksi görüş için bkz. Örs, H. F.: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, s. 24 vd.

42 "...Bu halde tecavüzde bulunan kimse tacir değilse BK.nun haksız rekabete ilişkin (m.48) hükmü uygulanır". (11.HD., 15.5.1989, E. 2889, K. 2929, YKD. 1990, C. 16, S.1, s. 64, 65).

C. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

Tüketicinin korunması hakkındaki kanunun 16'ncı maddesine göre e-posta yoluyla reklamlara karşı koruma mümkün olabilecektir. Gerçekten kanunun 16'ncı maddesi ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmalarını şart kılmıştır. Burada e-posta yoluyla reklam yapmayı yasaklayan bir hüküm bulunmasa bile, reklamların doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun olması aranmıştır. Doğruluk ve dürüstlük kuralı ile e-posta yoluyla reklamın hukuka aykırı sayılması mümkündür. Özellikle tüketicinin gelen ilk e-posta reklamından sonra herhangi bir şekilde e-adresine reklam istemediğini belirten bir uyarıyı karşı tarafa göndermesine rağmen reklamın devam etmesi, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırılığın açık bir biçimindedir. Yine e-adreslere büyük sayılabilecek, bir veya ikisinin artık tüketiciyi e-posta aracılığı ile iletişim kuramayacak hale getiren reklamların, dürüstlük kuralını ihlal ettiği varsayılmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda yine reklam kuruluna⁴³ ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken kuralları belirleme yetkisi verilmiştir. Kurula bu ilkelere aykırı hareket edenlerin cezalandırılmasını Bakanlığa tavsiye yetkisi de verilmiştir (m.17/ I). Bu Kurul, ticari ilan ve reklamlarda uyulması gerekli ilkeleri belirlerken ülke koşullarını ve reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş ilkeleri de dikkate alacaktır (m.17/II). Madenin kaleme alınış biçimi, rahatsız edici e-postalardan tüketicileri korumaya uygundur. İdari önlemlerle, idari kurullarla spama karşı tüketicilerin korunması mümkündür.

Kanunun 16'ncı maddesine aykırı hareket edenlere ise 200 milyon idari para cezası verilebilmektedir. İlgili Bakanlık ayrıca söz konusu reklamın durdurulmasını isteyebilmektedir. Bu isteğe rağmen reklam devam ediyorsa bu takdirde bu kimselere karşı tüketici mahkemesinde Bakanlığın dava açma hakkı da bulunmaktadır (m. 25/ III).

D. MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE

Türk hukukunda Medeni Kanun hükümlerine göre de bir koruma sağlanması mümkündür. Medeni Kanunun 24'üncü maddesine göre hukuka aykırı bir şekilde şahsiyet hakkı ihlal edilen kimse hakimden ihlali yapan kimselere karşı bir koruma talep edebilir. E-adrese gönderilen reklam ve sair içerikli e-postalar alıcının şahsiyet haklarının ihlali olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Kadınların sorunlarının tartışıldığı bir foruma sürekli olarak aşk mek-

⁴³ Kanuna göre kurulması öngörülen Reklam Kurulu oluşturulmuştur (bkz. RG. S. 22376).

⁴⁴ Palandt, BGB, 58. Aufl. §1004 Rn 7.

tupları ve şiirlerinin gönderilmesi kişilik haklarının bir ihlali olarak değerlendirilebilir. Yine sürekli olarak posta kutusuna ideolojik amaçlı veya politik amaçlı postaların gelmesi kişilik haklarının ihlaline örnek olarak verilebilir⁴⁵. Ayrıca e-posta adresi de günümüzde kişisel bir veri olarak kabul edilmektedir. Bu adresin yasal olmayan yollardan elde edilmesi de kişilik haklarının ihlali sayılmaktadır⁴⁶. Kişi MK.m.25'e dayanarak tecavüzün sona erdirilmesini, tecavüz tehlikesinin önlenmesini ve maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini hakimden isteyebilmektedir. Ayrıca e-posta yoluyla elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep hakkı da bulunmaktadır. Davacı, bu davaları kendi ikametgah mahkemesinde de açabilecektir.

Görüldüğü üzere Medeni Kanunun ilgili maddelerine dayanarak dava açmak için gönderilen e-postanın içeriğinin önemi bulunmamaktadır. Herhangi bir maksatla gönderilen e-postalara karşı da MK.m.24 ve devamına dayanarak dava açma hakkı bulunmaktadır.

DEĞERLENDİRME

Türk hukuku içinde spamı yasaklayan bir düzenleme olmamasına karşılık, engelleyebilecek hükümlerin var olduğu görülmektedir. Haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı, faraziyelerle sınırlanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, sadece içeriği reklam olan e-postalara karşı bir yaptırıma sahiptir. MK.m.24 ve devamı hükümleri, kitlelere gönderilen gayri ticari e-postalara karşı en etkin korumayı sağlayan hükümler olarak görülmektedir.

E-posta sahiplerini spama karşı korumanın en etkin yolunun bir kanuni düzenleme olduğu açıktır. Yapılacak kanuni düzenlemede iki yol tercih edilebilir. Bunlardan birincisi kural olarak spam yapmanın caiz olduğu, ancak e-posta sahibinin reddi halinde bir daha yapılmaması; aksi halde cezalandırma yoluna gidilmesidir. Diğeri ise spam yapan kimsenin önceden e-posta sahibinden izin almasıdır. Her iki kanuni düzenleme biçimi de Avrupa Birliği Direktifine (Fernabsatzrichtlinie) uygundur.

Burada teknik önlemlerin alınmasının yeterli olduğu da ileri sürülebilir.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Dahlen, H.J.: "Der unerwünschte Einwurf politischer Werbesendungen in private Hausbriefkästen" MDR 1991, s. 199 vd. Söz konusu makaleden bu şekil reklamların yapılmasının kişilik haklarını ihlali ile ilgili mahkeme kararlarına da ulaşılabilir.

⁴⁶ "Bilgi İletişim Yollarında Kişisel Bilgilerin Toplanması ve İşleme Tabi Tutulması Doğrultusunda Bireylerin Korunması Kılavuzu", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, m. II/6 (Çev. Demir, Ö.: İzmir BD. 2001/2-www.izmirbarosu.org. tr/dergi/20012_10.htm).

Ancak her internet kullanıcısının bu önlemleri almak zorunda bırakılması doğru değildir. Ayrıca getirilen filtre sistemlerinin spamı tamamen engellemediği, bu filtrelerin aşılabildiği de bilinmektedir.

Bir kimsenin e-adresine onun açık rızası olmadıkça içeriği reklam mahiyetinde olan, kitlelere gönderilen ve şahsi olmayan postalar gönderilmemelidir. Kişilere gönderilecek spam mahiyetinde e-postalar için önceden rızası alınmalıdır ve kişi bu rızasından her zaman vaz geçebilmelidir.

Spamın Avusturya hukukunda olduğu gibi tanımlanması ve sonra müeyyidelerin getirilmesi gerekmektedir. Gerçekten spamı içeriğinden bağımsız olarak tanımlamak ortaya çıkan problemlerin çözümlenmesinde kolaylık sağlayacaktır. Böylece ticari amaç dışında, e-adreslere gönderilen istenmeyen postalara karşı daha etkin bir koruma da sağlanabilir.

Spam sadece reklam olarak kabul edilmemeli, istenmeyen ve kitlelere gönderilen e-posta olarak tanımlanmalı ve özellikle kimlik gizlenerek, yanlış adres verilerek ve görünürde e-posta adreslerinden posta göndermek cezalandırılmalıdır.

İKİ ULUSLARARASI SEMPOZYUM VE BİR ÖZET

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ**

ÖN AÇIKLAMA

Bu yazıda iki uluslararası sempozyum ve bunlarda ele alınan konuların tanıtımı yapılacaktır. Bunlardan ilki “Modern Teknik Sistemlerin Güvenliği Dünya Kongresi –Almanya Saarbrücken”, ikincisi ise “EDV-Gerichtstag Uluslararası Sempozyumu”dur. Her iki sempozyum da yeni teknoloji karşısında bir tavrın belirlenmesi çerçevesinde yapılmıştır.

Bu çalışmada bu iki sempozyumun tanıtımı yanında, internet etiği ile ilgili bir bildirinin geniş bir özeti sunulmuştur. İnternetin merkezî olmayan ve denetlenemeyen yapısı gereği önümüzdeki günlerde de internet etiği üzerinde çok konuşulacaktır. İnternet için getirilecek hukuki düzenlemeler için internette oluşan ve “netiket” adı verilen kuralların ilk adım olma ihtimali oldukça yüksektir. Bu bağımsız kuralların esasını ise internet etiği oluşturmaktadır.

I. MODERN TEKNİK SİSTEMLERİN GÜVENLİĞİ DÜNYA KONGRESİ –ALMANYA SAARBRÜCKEN

1. Genel Tanıtım

Almanya'nın Saarbrücken kentinde 12-14 Eylül 2001 tarihleri arasında modern teknoloji için oldukça önemli ve hareketli günler yaşandı. Saarbrücken, “World Congress Safety of Modern Technical Systems”e ev sahipliği yaptı. Saarbrücken Kongre Salonunda gerçekleştirilen bu etkinlik oldukça yoğun bir programa sahipti. Modern Teknik Sistemlerin Güvenliği Dünya Kongresi çok sayıda bilim adamı ve sahasında uzman kişilerin katılımı ile ayrı ayrı salonlarda gerçekleştirildi. Toplam 5 konu üzerinde dünyanın değişik ülkelerinden gelenler tarafından 70’i aşkın bildiri sunuldu. Bu bildiriler Dünya Kongresinden önce kitap ve CD halinde hazırlandı ve katılımcılara sunuldu. Kongre dili Almanca, İngilizce ve Fransızca idi. Kongre, bildirilerin sahipleri tarafından sunulmasından sonra soru-cevap ve görüş bildirmelerle renk kazandı.

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Dünya Kongresi şu değişik 5 konuda enerji ve tabii bilimler, pazarlama, hukuk ve etik, yönetim gibi 4 farklı branştan oluşan bildirilerle gerçekleştirildi:

1. Enerji
2. Ulaşım
3. Üretim
4. Enformasyon ve İletişim Teknolojisi
5. Tıbbi, Biyoloji ve Gen Teknolojisi

Bu konuların tabii ki odak noktası güvenlikti. Bu 5 konuda 4 farklı branştan uzmanlar ve akademisyenlerin sunduğu bildirilerle bilimler arası etkileşimin sağlanması hedeflenmişti. Bildirilerin sunulmasının arkasından farklı branştan konuya yaklaşımların sergilenmesi, Kongreyi bilimsel açıdan daha da zenginleştirdi.

2. Sunulan Bildiriler

Dünya Kongresine 5 temel konuda sunulan bildiriler orjinal isimleri ve Kongre kitabındaki sırası ile şunlardır¹:

Introductory Plenary Session

Albert Kuhlmann: Does safety science fulfill the requirements of modern technical systems?

Willy Geysen: The acceptance of systemic thinking in various fields of technology and consequences on the respective safety philosophies

Bernhard Wilpert: Der Mensch im Kontext technischer Systeme

Carl Friedrich Gethmann: Ethical aspects of technical safety

Rüdiger Breuer: Staat und Wirtschaft: Einfluss unterschiedlicher Rechtskulturen auf die technische Sicherheit

Martin H. Bobzien: Muss Globalisierung zu niedrigeren Sicherheitsstandards führen?

Cezar Benoliel: The importance of the Latin American Safety Engineering Association

1. Energy

John F. Ahearne: Probabilistic methods of risk analysis for energy generating installations

Wolfgang Hayek: Control strategies and safety checks in future power tech-

¹ Kongre'de sunulan bildirilerden istifade etmek isteyen okuyucular şu e-posta adresinden yararlanabilir: tmemis@web.de.

nology, explained on examples of components of thermal power stations.

Didier Gaston/S. Chelhaoui/C. Joly: Some thoughts on the safety of fuel cells

Bal Raj Sehgal: Nuclear power safety in comparison with the safety of coal powered plants including all steps from extraction to waste disposal

Babette Fahlbruch: Chancen und Herausforderungen von Ereignisanalysen—Opportunities and challenges of event analysis methodologies

Marin Ignatov: Sicherheitskultur in der Energiewirtschaft – Zur Befolgung von sicherheitsrelevanten Vorschriften in Kernkraftwerken

Najmedin Meshkati: Control rooms' design in industrial facilities

Hans J. Pasman/J.K. Vrigling: Social risk assessment of large technical systems

Claus Piekarski/ Michael Treiber: Internationale Entwicklung von Unfällen und Berufskrankheiten im Bergbau

Muhammad Salim Abdullah: Muslim ethics of using raw materials for energy generation

Ulrich Büdenbender: Critical assessment of blanket clauses used in laws concerning industrial plants

Hans-Werner Rengeling :Wird das Prinzip der „Schadensvorsorge“ richtig gehandhabt?

Thomas von Danwitz: Rechtsmaßstäbe zur Bestimmung zulässiger Sicherheitsrisiken bei der Energieversorgung

Ajoy K. Ghose: Are renewable energies realistic alternatives to fossil fuel and nuclear power generation for Asia?

2. Transportation

Gérard Boqueho: Les lignes a grande vitesse Le systeme TGV de la SNCF

Philippe Cassini: Road transportation of dangerous goods – quantitative risk assessment and route comparison with QRA model

Jean-Pierre Heckmann: Safety system –Safety functions Design to safety and design to operational reliability process for Airbus programs

Vaughan Pomeroy: Classification - adapting and evolving to meet the challenges of the new safety culture

Helmut Wiedemann: System safety of natural gas driven vehicles

René Amalberti: Ergonomic aspects of air safety

Lutz Bergau: Strahlenexposition und Tumorerkrankungen beim fliegenden Personal

Stephen J. Guastello: Nonlinear dynamics and occupational accidents

Barry Kirwan: Transportation safety – a changing landscape

Marion Wiethoff / J.H.Erik Andriessen /Evangelos Bekiaris: Telematics as a means to improve safety

Peter Cerwenka: Ethische Grundsätze der Verkehrssystemplanung

Dieter Klaus Franke: How can the media exert a positive influence on behaviour in road traffic?

Hartmut Hormann : Safety at sea

3. Production

Michael Faber: Reliability of exceptional structures

Andrew Hale: Safety management in production

Patrick Hudson: Automation: A problematical solution

John Wreathall: Systemic safety assessment of production installations

Romney B. Duffey/John Saull: Errors in technological systems

Rhona Flin: Danger - men at work: Management influence on safety

Helmut Greim: Concentration limits and actual risks from hazardous substances

Erik Hollnagel: Human-oriented automation strategies

Louis Balme: Product certification as a means to guarantee product safety

Heinz Bartsch: Berücksichtigung interkultureller Aspekte für die Sicherheitsrelevanz von Produktionsanlagen

Johan Verbruggen : Relationship between standardization and intellectual property law

Klaus Vieweg: Sicherheitsgesetzbuch als Instrument zur Straffung des Technikrechts?

Eduard Gontscharow: Einige Probleme der technischen Sicherheit in Russland und Wege zu deren Lösung

4. ICT

Hannes Federrath: Mehrseitige Sicherheitsfunktionen in Telekommunikationsnetzen

Jörg Siekmann: FairPay: Sicherer Geldtransfer über das Netz

Markus Ullmann: Sicherheitsaspekte von Mobile Code

Stefan Wolf: Sicherheitslücken in Firewalls

Axel Buchter: Arbeitsverdichtung, Arbeitsstress und mögliche Gesundheitsgefahren

Peter Jensch: Multimedia in medicine and data security for telemedicine

Günter Müller/Andreas Bertsch: Digitale Unterschriften und vertrauenswürdige Dritte für Multimediadienste

Jos Dumortier: The impact of intellectual property law on information security

Johann Haller: Multilinguale technische Dokumentation: Sprachkontrolle für die Sicherheit

Maximilian Herberger: Law - Internet – Security Design principles for a co-operation between the technical and the legal world

Anton Kolb: Cyberethik: Verantwortung in einer digital vernetzten Welt

Rainer Kuhlen: Die Ambivalenz von Filter- und Abblock-Verfahren im Internet

Klaus Brunnstein: About actual threats from the internet: About viruses, worms, Trojan Horses and other computer beasts

Johannes Buchmann Christoph Ludwig: How secure can security possibly be?

Klaus P. Jantke: Trust, dependability and security in electronic payment systems

5. Biological, Medical Genetic Engineering

Rolf-Dieter Böckmann: Zum Stand der Sicherheit moderner Systeme der Medizin- und Krankenhaustechnik in Europa und Amerika

Peter Czermak: Safety measures in laboratories and production plants using gene technology

Chun Sik Lee: Reinraumtechnik als Sicherheitsfaktor in der Biotechnologie

Gerhard Müller: Sicherheitsanforderungen an die Lasertechnik

Daniel Scheidegger: Problems of team performance in the operating room

Christian Zinn: Hospital infection control as part of an integrated safety concept

Michael Baram: Legal borders necessary for a safe genetic technology Sicherheitslösungen

Christian Dierks: Spezielle rechtliche Aspekte der Bio-, Medizin- und Gentechnik

Paul Fritsche: The physician's attitude towards medical technology

Geertrui Van Overwalle: Influence of intellectual property law on safety in biotechnology

Bertram Bresser/Volker Paul: Trustworthy communication in physician networks

Claus-Michael Lehr: Mehr Sicherheit und Geschwindigkeit bei der Arzneimittelentwicklung durch InVitro-Prüfungen der Bioverfügbarkeit

Oliver Schöffski: Wie viel Medizintechnik ist im Gesundheitswesen bezahlbar?

Closing Plenary Session

Jürgen Althoff: Responsibility Management – an indispensable element of corporate governance

Hans Lenk /Matthias Maring: Engineering between can and ought: Who is responsible in technological practice and development?

II. EDV²-GERICHTSTAG³ ULUSLARARASI SEMPOZYUMU

1. Genel Tanıtım

18-21 Ekim 2001 tarihleri arasında gerçekleşen bu etkinliğe Almanya içi ve dışından akademisyenler ve hukukçular katıldı. Sempozyum Üniversite Kütüphanesinde bulunan salonlarda gerçekleştirildi. Program dili Almanca, İngilizce ve Fransızca idi. Bu sempozyumda akademik çalışmaların yanı sıra elektronik ortamda hukuk bilgileri sunan JURIS, BEC’K gibi Almanya’nın önde gelen yayın kuruluşlarının tanıtımları da vardı. Ayrıca Saarbrücken Adalet Bakanlığı ve Barolar da internet ortamında yargı aşamasına nasıl katılacağına dair tanıtımlar yaptılar.

2. Sunulan Bildiriler

20. Eylül 2001

1. Dernek Başkanı Prof.Dr. Maximilian Herber’in Açılış Konuşması
2. Saarland Adalet Bakanı Bayan Ingeborg Spoerhase-Eisel’in Konuşmaları
3. Wolfgang Galowski: “EDV-Gerichtstag’ın Tarihiçesi”
4. Nordrhein-Westfalen Adalet Bakanı Jochen Dickmann: “Vatandaş, Hukuk ve İnternet”

5. Dr. Martin Schneider: “Avusturya Mahkemelerinde Elektronik İşlemler”

6. Margaretha Bergmann: “Hukuk ve İnternet” Tecrübe Alış Verişi”

7. Prof. Dr. Michel Vivant: “Üçüncü Bin Yılın Başlangıcında Fikri Haklar”

8. Üye Toplantısı

21. Eylül 2001

1. Prof. Dr. Zhou Lin: “Çin Fikri Haklar Yasasındaki Değişiklikler”

2. Dr. Jens Gaster: “Resmi Dokümanlarda Sınırlama Olarak Fikri Mülkiyet”

3. Carl Fritz Fitting: “Eyaletlerde EDV’nin Durumu ve Elektronik İşlemler”

² EDV (Elektromische Datenverarbeitung) kavramı, “elektronik bilgi işlem” anlamında kullanılmaktadır.

³ EDV-Gerichtstag eV. Almanya’da kurulmuş olan bir dernek ismidir. Geniş bilgi şu internet adresinden alınabilir: <http://edvgt.jura.uni.sb.de/verein/beitritt.shtml>.

4. Dr. Klaus Bacher: "Alman Federal Mahkemesinde (BGH) Elektronik İşlemlerin Hazırlanması"

III. BİR BİLDİRİ ÖZETİ

SİBERETİK: DİJİTAL BİR DÜNYA İÇİNDE SORUMLULUK*

*Prof. Dr. Anton Kolb***

GİRİŞ

Yeni teknolojiler çok hızlı bir şekilde gelişmekte ve insan oğluna bir çok imkanı ve kolaylıkları da sunmaktadır. Ancak bu gelişmeler, aynı zamanda kişinin elinden özgürlüğünü de almaktadır. Determinizm, manipulasyon, bağımlılık, piyasa mekanizmaları (globalleşme) uzmanlaşma ve bölümlenme baskısı günden güne artmakta buna karşın kendi geleceğini belirleme imkanları günden güne azalmaktadır. Bu gelişmelerle birlikte özgürlük ve sorumluluk reddedilecek mi yoksa yeniden mi düzenlenecek?

Burada yedi tez içinde sorumluluğun gerekliliğine işaret edilecektir. Araştırma, teknik ve bilim, özellikle hayat, birlikte yaşama, insanlık, insani değerler, dayanışma, adalet, barış ve insan haklarından oluşan bir alanda yoğun bir şekilde yaptıklarının anlamları ve amaçları ile meşgul olmalıdırlar. **Bilim ve teknik, insanlar içindir ve herşeyi kendileri adına yapma hakları bulunmamaktadır.**

1. Sorumluluğun şartı olarak özgürlük

Özellikle yeni medya, "tam özgür olmalısın" sloganını dile getirmektedir.

* Bildirinin orijinal ismi „Cyberethik: Verantwortung in einer digital vernetzten Welt“, Congress-Dokumentation, Saarbrücken 2001, s. 563-569.

** 1931 doğumlu olan Prof. Kolb, Graz Üniversitesi Felsefe Bölümü'nde çalıştı. Felsefe tarihi, felsefi antropoloji, mantık, gibi dersler verdi. İki defa Graz Üniversitesinde Katholische-Theologische (ilahiyat) Fakültesinde dekanlık yaptı. Avusturya Rektör Toplantılarının ve Avusturya Profesörler Birliğinin başkanlığını üstlendi. Şu anda Avusturya Üniversite ve Yükselkokullar Ulusal Toplantısının başkanıdır.

Burada basın, enformasyon ve konuşma özgürlüğü gibi dijital dünyaya bir giriş özgürlüğü düşünülmektedir. Şayet böyle bir özgürlük varsa, yani araştırma, öğrenme özgürlüğü bulunuyorsa bu takdirde girişte söylenen determinizm nasıl doğru sayılacak?

Özgürlük ölçüsünde sorumluluğun ölçüsü de büyüyor. Sorumluluk, özgürlüğün meydan okumasına bir cevaptır. Son zamanlarda (düşünce) özgürlüğü seslerinin daha yükselmesi, determinizmin kuvvetlenmesi ve devlet kontrolünün de artması enteresandır. Tekniğin geliştirdiği casusluk, "Echelon" denilen gözetleme sistemi, bu hususta bir sivri uç olma özelliği gösteriyor. Şimdiki zamanda birbirine ters iki eğilim bulunmaktadır: tam bir liberalizm ve tam bir determinizm.

2. Varolma ve Mantalitenin Nedenselliği

Farklı bilimlerin kendine ait ve sınırlı konuları bulunmaktadır. Madde-nin/özdekin açıklanmasının tabii ve teknik bilimlerin ortak konusu olduğu söylenebilir. Ruh ve aklın bir araya gelmemesi veya en azından ihmal edilmesi akla aykırı değil midir? İnternette madde, beden, temas, boyut ve zaman azalmakta veya yadsınmaktadır.

Fizikçiler, elektrik gücü dolayısıyla bir etkilenmenin yayılmasını anlatıyorlar. Varlık ve ruhun nedenselliği çok taraflı bir şüphe içinde kalmaktadır. Deneyler, tabii bilimlerin metodlarını ilmi olarak caiz görseler bile şu vurgulanmalıdır ki, burada fizik üzerinde mantalitenin etkisi, beyin üzerinde aklın etkisi, bedenin üzerinde ruhun etkisi ve bilinç dolayısıyla maddenin etkilenmesi ve de iki taraf arasında karşılıklı bir etkileşim vardır. Şayet bilinç, realitenin aktif elemanı olarak kabul edilmezse fiziki teori tam olamaz.

Günümüzde tıpçılar ve fizikçiler insanın bütün bu unsurlarını bir araya getiren bir yol izlemektedir. Günümüde birey, "biofizikisosal bütün" olarak anlaşılmalıdır.

3. Teknik ve Tabii Bilimlerin Sınırları

Şimdilerde "sınırsızlık", internetin bir galibiyeti, internetin, globalleşme (sınırsız büyüme), gen teknolojisi (sınırsız hayat) ve özgürlüğün ilerlemesi olarak alkışlanmaktadır. Sınırsızlık ve sonsuzluk insanı daima büyülemiştir. Günümüzde ayrıca sınırların çok taraflı olarak ertelenmesi de ortaya çıkmıştır.

Sınırsızlık ve sınırsız ilerleme şüpheli unsurları da doğurmaktadır. İlerlemenin bulacağı şeyi kim tayin ediyor ve neden vazgeçiliyor? Bilgisayar ve robotlar ne kadar insan yerine geçiyor, kullanılıyorsa o kadar da insanın ahlak ve haysiyeti tehlikeye düşüyor demektir. **İnsanı ve haysiyetini imal edilene ve "insanın yaptığına" teslim edemeyiz.** Bilgisayar ve internet ikinci derecededir ve bilgi ve eğitim için yeterli değildir. İnternetin kitle enformasyonu hiç bir şekilde bilim, eğitim ve kültürle özdeş tutulamaz.

4. Teknik ve Bilimin Değer Özgürlüğüne Karşı

Bilim, teknik ve pozitivism, bugün ahlak, iyilik ve etik gibi kavramların objektifliğini yadsıyarak bunları subjektif değerler haline getirmek istemektedir. Belki ilk bakışta bunlar arasında çok büyük fark yok gibi görünmektedir. Ancak bilimler arasında, insani değerler arasında kesin ve titiz sınırlar bulunmamaktadır.

Bugün kim bilimin değer özgürlüğünden bahsediyor ise o kimse artık değer ve değersizlik üzerine hiç bir şey söyleyemeyecektir. Bunlar üzerine söylediklerinin ilmi bir kıymeti olmayacaktır. Burada artık yönelinecek bir objektivite de kalmamıştır. **Değer özgürlüğünün herhangi bir değeri yoktur.** Değer özgürlüğü, değerle değersiz arasında bir ayrım yapma kabiliyetine sahip değildir.

Objektifliğin ve gerçekliğin elde edilmeye çalışılması, değer özgürlüğü anlamına gelmez, aksine değer ve sorumluluğu ifade eder. Bilimin objektifliği ve tarafsızlığı yüksek bir değeri ortaya koymaktadır. Değer özgürlüğü ise objektiflikle eş tutulamaz.

5. İlmî ve Politik Sorumluluk

Bu iki sorumluluk çeşidinde ikili bir ayrım yapılamaz, birbiri yerine konulamaz ve biri diğerini azaltamaz. Bu iki sorumluluk birbirine aittir ve birbirini tamamlamaktadır. İlim şimdiye kadar ilke olarak sebepleri araştırmıştır. Araştırması ise ilerde etki ve sonuçları da kapsayacaktır. Sebepler ve etkileri hem politik hem de bilimin alanındadır. Politik sorumlulukla bu yakınlaşma üniversitelerin otonomluğunu etkilemez.

Böyle bir sorumluluğun olması için bugün کافی sebepler bulunmaktadır. Şayet ilerdeki rizikolar görülebiliyorsa sorumluluktan kaçmak da imkansızlaşacaktır.

6. Ferdi ve Kollektif Sorumluluk

İlmî araştırmaların sonuçlarına göre uzun zamandan beri teori ve pratikte ferdiyetçilik artmaktadır. Fertlerin etkisinin ise –ulusal devletler gibi- azaldığı görülmektedir. Daima değişen ekonomik ve sosyal bir çevrede bulunuyoruz. Bir anda globalleşme, piyasa araçları gibi kavramlarla karşılaşmaktadır. Bir çok gözlemcinin düşüncesine göre yeni medyalar açısından “**dijital mezarlığın**” gitgide büyümesine rağmen dünya çapında ağa giriş henüz sağlanamamıştır. **(Bilgi) fakirleri yine fakir, (bilgi) zenginleri ise daha zenginleşmektedir.** Bu gelişme şimdilerde birleşik bir bilime, bütünlüğe, anlayışa, bağlantıya, sürekliliğe, kimliğe, uyarlamaya ve amaçlara özlemi doğurmuştur.

Bu alanda ferdi ve kollektif bir sorumluluk gerekmektedir. Sorumluluk öncelikle ferde yüklenmelidir. Sorumluluk ve etki kullanma da fertten kollektif alana doğru yayılmaktadır.

İnternet bağlamında sorumluluk için ciddi tartışmalar olmakla birlikte burada liberaller ile ekonomik çıkar baskılarının, ebeveyn, öğretmenler, toplum ve diğer kesimlere baskın olduğunu belirtmek gerekmektedir. Fakat problem, suçluluğun, anonimliğin, insan hakları ve kişisel bilgilerin uluslararası alanda ihlali nedeniyle kuvvetlenmektedir. Bu sebeple bilim, teknik, politik ve ekonomik alanlar, bağımsız kuralları ve hukuk ve politik alanla birlikte de kuralları düzenlemekle yükümlüdür. Kimliksizlik, süreksizlik ve belirlenememezlik sorumluluğun gerçekleşmesini zorlaştırmaktadır.

7. Rizikolara Karşı Mücadele ve Yükümlülükler

Politik, ekonomik, teknik ve medya alanında, kalıplaşmış deyimle internet bir şans kapısını da aralamaktadır. Bu gerçeği kabul etmeme ve tak taraflılık ile birlikte, zarar doğuracak mevcut rizikolara karşı sorumluluğu, karışmayı, müdahaleyi gereksiz kılmaktadır. Halbuki gelişen teknolojinin oldukça zararlı tarafları da bulunmaktadır. **Eğer her şey iyi değilse, pozitif değilse, o zaman bir şeyler yapılmalıdır.** Şu altın kural ilim adamları için de geçerlidir: **“Sana yapılmasını istemediğin şeyi, sen de başkalarına yapma!”** **“Sorumluluk ilkesi hepimiz için geçerlidir”**(H. Jonas).

Diyalog ve disiplinler arası çalışma, bilimin tek taraflılığını azaltmaktadır. Disiplinler arası çalışma sorumluluğu gerektirmektedir. **Hiç bir bilim dalı tek başına amacına ulaşamaz.** Bu sebeple ekonomi, kültür, politika, din ve toplumun birlikte çalışmasına ihtiyaç vardır.

**743 SAYILI TÜRK KANUNU MEDENÎSİ İLE 4721
SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU'NDA YER ALAN
EVLÂT EDİNMENİN ŞEKLÎ ŞARTLARININ
MUKAYESELİ OLARAK İNCELENMESİ**

*Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHÎ**

I. EVLÂT EDİNME

Evlât edinme müessesesi; çocuğu olmayan kimselerin bir çocuğa sahip olmalarını, ana ve babadan mahrum olan çocukların ise, sıcak bir aile yuvasına kavuşmalarını ve aile ortamında yetişmelerini sağlar. Çocuğun yetişebileceği en uygun ortam, aile ortamıdır¹. Beslemelik, manevî evlâtlık ve süt

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

¹ AKINTÜRK Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Cilt II, Ankara 1998, s. 319; ARIK Fikret K., "Türk Hukukunda Evlât Edinme", Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 1-4, Ankara 1949, s. 200; ARSEBÜK Esat, Medenî Hukuk, Cilt II, Ankara 1940, s. 497; ATAAY Aytekin, Evlât Edinme, İstanbul 1957, s. 13-14; BERKİ Şakir, Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Evlât Edinme, Ankara 1962, s. 3; DEMİRALP B. Tunç, İçtihatlı - Uygulamalı - Örnekli Nesep - Nüfus ve Sicille İlgili Kişisel Hukuk Davaları, İstanbul 1995, s. 22-28; EGGER August, Medenî Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Çeviren Prof. Dr. Tahir ÇAĞA, Ankara 1949, s. 41-42; ESAT Mahmut, Türk-İsviçre Kanunu Medenî Şerhi, İstanbul 1930, s. 434-435; FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 462-465; GÖNENSAY A. Samim, Medenî Hukuk, Aile Hukuku, Cilt II, Kısım II, İstanbul 1960, s. 29; HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 318; KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 228-229; OLGAÇ Senai, Tatbikatta Türk Kanunu Medenîsi ve İlgili Hususî Kanunlar, İstanbul 1953, s. 184-185; OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 245; ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 437; ÖZTAN Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, 5. Bası, Ankara 2000, s. 419-424; ŞENER Esat, Uygulamalı ve İçtihatlı Nafaka, Velâyet, Vesâyet, Evlâtlık, Babalık, Ankara 1994, s. 535-536; TANDOĞAN Haluk, Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 164 vd; TEKİNAY Selâhattin Sulhi, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 444-445; TURHAN Nedim, "Evlât Edinme", Yargıtay Dergisi, Cilt 26, Ocak-Nisan 2000, Sayı 1-2, s. 48; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 346; YILMAZ Ejder/

evlâtlık gibi durumlar, evlât edinme müessesesine dahil değildir².

4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un³ 14 üncü maddesine göre, Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlât edinme sözleşmeleri, bütün hükümleri ile birlikte geçerliliğini korur. Bu hükme göre, sayılı Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yani 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin⁴ yürürlükte bulunduğu süre zarfında o Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmış olan evlât edinmeler geçerliliğini koruyacaktır. Fakat, 01 Ocak 2002 tarihinden itibaren yapılacak olan evlât edinmeler Türk Medenî Kanununun⁵ hükümlerine tabi olacaktır. Türk Medenî Kanununun 1028 inci maddesine göre, 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi 31 Aralık 2001 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

II. EVLÂT EDİNMENİN ŞEKLİ ŞARTLARI

Evlât edinme bir takım şekli şartlara bağlamıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 256 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, "hâkimin izni", "resmî senet düzenlenmesi" ve "nüfus kütüğüne kayıt edilme" şeklinde olur, hükmü yer almaktaydı.

YILMAZ Ümit, Hukuk Rehberi (Adli Yazı ve Yazışma Usulleri) Ankara 1999, s. 527-535; ZEVLİLER Aydın/ACARBAY M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre, Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 973.

² GÜRKAN Ülker, Evlât Edinme ve Beslemelerin Hukukî Durumu, Türk Hukuku ve Toplum Üzerinde İncelemeler, Ankara 1974, s. 164-165; OĞUZMAN/DURAL, s. 245; SAYMEN Ferit Hakkı/ELBİR Kemal, Medenî Hukuk, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 1960, s. 339-340.

Büyük kentlerde varlıklı aileler, yoksul ailelerin kız çocuklarını ev hizmetlerinde kullanmak amacıyla, yeme, içme ve yatma karşılığında çalıştırırlar. Bunlara "besleme" denir. SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, N. 223, s. 156.

Yargıtay, "... Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden önce evlâtlık müessesesi mevcut olmadığından nüfusta manevî evlât olarak görünen kayıt geçersizdir. Geçersiz kaydın iptali için dava açılmasına gerek yoktur ...". Yargıtay 2. HD. 23.01.1984 gün ve E. 1984/104, K. 1984/342, Yargıtay Kararları Bilgisayar Programı, "Hukuk Programları Limited Şirketi, Büyükdere Caddesi, No 19, Daire 5, 80220 Şişli/İSTANBUL", Yargıtay Kararları CD' si.

³ 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 03.12.2001 tarihinde kabul edilmiş olup, 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Resmî Gazete 08.12.2001, Sayı 24607.

⁴ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi, 4 Nisan 1926 tarihinde yayımlanmış olup, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵ 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu 08.12.2001 tarihinde yayımlanmış olup, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Resmî Gazete 08.12.2001, Sayı 24607.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre ise, mahkeme kararıyla evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur. Nüfus kütüğüne kayıt edilme hususu, evlât edinmenin kurucu şartlarından olmayıp, sadece açıklayıcı mahiyette idarî bir işlemdir.

1. Hâkimin İzni

Türk Kanunu Medenîsinin 256 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, evlât edinme, evlât edinenin oturduğu yer sulh hukuk hâkiminin müsaadesi üzerine olur, hükmü yer almaktaydı⁶.

Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, evlât edinme kararı, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir.

Oturduğu yer veya oturma yerinden kastedilen, evlât edinenin sakin olduğu yani bulunduğu yer anlaşılmalıdır⁷. Maddî koşullar tamam olsa bile, evlât edinmek isteyen kimsenin, mahkemeye müracaat ederek evlât edinme kararı alması gerekir⁸. Karı ve koca (evli çiftlerden biri diğerinin çocuğunu evlât edinmek istemesi hâli hariç) ancak birlikte evlât edinebileceklerinden, her ikisinin de mahkemeden evlât edinme kararı almaları gerekir.

Evlât edinme davasını davacı sıfatı ile evlât edinen veya davacı vekili⁹, davalı olarak evlât edinilen ergin ise bizzat kendisine, küçük ise kanunî tem-

6 Yargıtay, "... Sulh hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan evlât edinmeye izin davasına asliye hukuk mahkemesinde bakılmış olması durumunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 7/3 hükmü, yazılı emir yolu ile bozmaya engel oluşturmaz ...". Sayın Nedim TURHAN tarafından kaleme alınan muhalefet şerhinde ise, somut olayda görev itirazı bulunmadığına göre, kanuna aykırılığın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 7/son hükmü ile ortadan kalktığına kabulü zorunlu olup, kanuna aykırılık bulunmadığından kanun yararına bozma da söz konusu olamaz ...". Yargıtay 2. HD. 27.03.1997 gün ve E. 1997/2218, K. 1997/3407, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Cilt 17, Sayı 198/5, Haziran 1998, s. 620-621.

7 ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 450.

8 GENÇCAN Ö. Uğur, "Evlât Edinmeye İzin Davaları", T. C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Yıl 92, Sayı 6, Ocak 2001, Ankara 2001, s. 46-54.

9 Yargıtay, "... Evlât edinmenin maddî şartları aranmadan evlât edinmeye izin verilemeyeceğine karar vermiştir ...". Yargıtay 2. HD. 01.10.1985 gün ve E. 1985/6661, K. 1985/7695, ŞENER, s. 550.

9 Davacı vekili sıfatı ile avukat, kendisine davacı tarafından verilen özel yetki çerçevesinde evlât edinmeye izin davasını açabilir ve evlât edinme için gerekli diğer işlemleri yapabilir. T. C. Stuttgart Başkonsolosluğu tarafından düzenlenen 12.10.2000 gün ve 7266 sayılı Umumî Vekâletname ile, Yavuz Ç. ve Adem Ç.'yi evlât edinmek isteyen Şaban Ç., Erzincan Barosu avukatlarından Abdurrahman K.'yi özel yetki ile vekil tayin etmiştir.

silcisine karşı açılır¹⁰. Şayet evlât edinilecek olan çocuk, Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı Sosyal Hizmetler İl veya İlçe Müdürlüğü bünyesindeki çocuk yuvası veya yetiştirme yurtlarında kalan ve koruma altında bulunan bir çocuk ise, bu durumda çocuğu koruma altında bulunduran Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne izafeten Sosyal Hizmetler İl veya İlçe Müdürlüğü davalı olarak gösterilmektedir. Fakat bu dava, çocuğu temsil eden kayyım huzurunda görülerek karara bağlanmaktadır¹¹. Burada önemle belirtilmesi gereken bir hususta, Cumhuriyet Savcılarının eski düzenlemelerde bulunan evlât edinmeye izin kararını yeni düzenlemeye göre ise, evlât edinme kararını temyiz etme yetkilerinin bulunmamasıdır. Çünkü, Cumhuriyet Savcılarının evlât edinme davasında taraf sıfatları bulunmamaktadır¹².

Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, evlât edinmenin evlât edinme başvurusundan sonra ölmesinin veya temyiz gücünü kaybetmesinin, evlât edinmenin diğer şartları bundan etkilenmemiş olmak koşuluyla, evlât edinmeye engel olmaz. Buna göre, evlât edinme davasına evlât edinmek isteyen mirasçılar devam edebileceği gibi, evlâtlık veya kanunî temsilcisi de bu davaya devam ederek evlât edinme kararı alabileceklerdir.

Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre,

¹⁰ Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 18.07.2001 gün ve E. 2001/538, K. 2001/511 sayılı kararında, evlât edinme için gerekli maddî şartları taşıyan evli bir çiftin açmış olduğu evlâtlığa izin davasında, davacı olarak Fikri O. ve Nimet O. davalı olarak evlâtlığın babası Necmettin A. ile evlâtlığın annesi Sündüz A. arasında görülerek karara bağlanmıştır. Davacılar ile davalılar 18.07.2001 tarihinde vermiş oldukları dilekçe ile davayı temyiz etmediklerini ve kesinleştirilmesini talep etmişlerdir. Bu dilekçe üzerine mahkeme davayı kesinleştirmiştir. Yayınlanmamıştır.

¹¹ Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 20.12.2000 gün ve E. 2000/835, K. 2000/1057 sayılı kararında, evlât edinme için gerekli maddî şartları taşıyan evli bir çiftin açmış olduğu evlât edinmeye izin davasında, davacı olarak Birkan Y. ve Semra Y. davalı olarak Erzincan Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü arasında ve Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 18.12.2000 gün ve E. 2000/967, K. 2000/1042 sayılı kararı ile çocuğu temsil etmek üzere tayin edilen sosyal hizmet uzmanı Sayın Beyhan D.'nin katılımı ile görülerek karara bağlanmıştır. Davacılar ile davalı verilen kararı temyiz etmediklerinden verilen karar kanunda öngörülen süre sonunda mahkeme tarafından kesinleştirilmiştir. Yayınlanmamıştır.

¹² YILMAZ/YILMAZ, s. 527-545.

Yargıtay, "... Cumhuriyet savcılarının takip edebileceği davalar kanunda sayılmıştır. Cumhuriyet Savcılarının evlât edinmeye izin kararını temyiz etme yetkileri yoktur ...". Yargıtay 2. HD. 20.10.1995 gün ve E. 1995/9722, K. 1995/10751, ÖZMEN İsmail, Velâyet, Nesep ve Evlât Edinme Davaları, Ankara 1999, s. 785.

başvurudan sonra küçüğün ergin olması halinde, şartları daha önceden yerine getirilmiş olmak kaydıyla, küçüğün evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır.

Mahkemelerde duruşma kural olarak alenî olarak yapılır. Yani duruşmalar herkese açıktır (Anayasanın 141/I, HUMK. m. 149). Yargılamanın alenî yapıldığı duruşma tutanağında açıkça belirtilir (HUMK. m. 151/II). Fakat, görülmekte olan bir davanın durumuna göre hâkim, duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Bu kararda, duruşmanın gizli yapılmasını gerektiren sebepler gösterilmelidir. Evlât edinme davasında hâkim, taraflarında taleplerini dikkate alarak ve gerek görmesi halinde duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.

Türk Kanunu Medenîsindeki düzenleme yürürlükte iken bazı yazarlar arasında, hâkimin, evlât edinmeye dair izni resmî senedin düzenlenmesinden önce veya resmî senedin düzenlenmesinden sonra verebileceği konusunda fikir ayrılığı bulunmaktaydı¹³. Kanaatimizce eski düzenleme çerçevesinde hâkimin iznini resmî senedin düzenlenmesinden önce almak gerekmekteydi. Çünkü, evlât edinme işlemi için gerekli olan maddî şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini öncelikle hâkimin tetkik etmesi gerekmekteydi. Dolayısıyla noterin maddî şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tetkik etmesi söz konusu değildi. Uygulamada önce hâkimden izin alınmakta, daha sonra da noterde resmî senet düzenlenmekteydi. Yargıtay'da aynı görüşü paylaşmaktaydı¹⁴.

Türk Kanunu Medenîsin 14.11.1990 gün ve 3678 sayılı Kanunla değiştirilen 256 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında, hâkimin evlât edinmeye izin vermeden önce, gerekli göreceği her türlü araştırmayı kendiliğinden yapacağı; 256 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında ise, hâkimin tarafların belirttikleri sebepleri haklı bulmadıkça evlât edinmeye izin veremeyeceği, hükmü yer almaktaydı.

Türk Medenî Kanununun 316 ncı maddesine göre, evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı bir biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verir. Araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile

¹³ AKINTÜRK, s. 326; FEYZİOĞLU, s. 483.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.11.1964 gün ve E. 1964/953 K. 1964/640, YAZICI Hilmi/ ATASOY Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, Nr. 990, s. 561.

ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Evlât edinenin altsoyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir.

Hâkim bu izni vermeden önce evlât edinmenin maddî şartlarının tamamlanıp tamamlanmadığını inceler. Hâkimin izni kamu yararı ile ilgili olduğu için, hâkim, sadece evlât edinme şartlarının yerine getirilmiş olup olmadığını incelemekle yetinmez. Bunun yanında her türlü araştırmayı yapar¹⁵. Evlât edinme şahsa bağlı bir hak olduğundan, hâkim, evlât edinenin şahsi durumu hakkında tam bir kanaate sahip olabilmek için kanunda belirtilen hususlarda araştırma yapar. Evlât edinen ile ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla evlât edinileni bizzat ve birlikte dinler. Hâkim araştırma yaparken, ilgili kurumlardan mesela, Sosyal Hizmetler İl veya İlçe Müdürlüklerinden veya bağlı kurum ve kuruluşlardan yazılı görüş alabilir. Maddî şartlar tamam olsa dahi, hâkimin bu konuda takdir yetkisi söz konusudur¹⁶.

Türk Kanunu Medenîsinin 4 üncü maddesinde, hâkimin takdir yetkisini hak ve nisfete kullanacağı, hükmü yer almaktaydı. Türk Medenî Kanununun 4 üncü maddesine göre, hâkim, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hâkim takdir hakkını evlâtlığa alınacak kimsenin menfaatine uygun olarak, hukuka ve hakkaniyete göre kullanmak zorundadır¹⁷.

Hâkimin izin veremeyeceği hallere örnek vermek gerekirse, bir menfaat karşılığında çocuğun evlâtlık verilmesi, evlât edinenin haysiyetsiz hayat sürmesi, kumar ve alkole düşkün olması, çocuğun haşarı olması, evlât edinenin zayıf ve otoriteden yoksun olması, evlât edinilecek çocuğa karşı cinsel hisler taşıması, ucuz işgücü temin etmek istemesi, evlâtlığı çalıştırarak kazancını almak istemesi, hizmetçi gibi kullanma isteği, evlâtlığı kendi dinine çekmek istemesi, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve fuhuş gibi hususlar örnek olarak gösterilebilir¹⁸.

¹⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 253.

¹⁶ ZEVLİLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 978.

¹⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 233.

¹⁸ AKINTÜRK, s. 328; OĞUZMAN/DURAL, s. 253-254.

Yargıtay, "... Bir çocuğun menfaat karşılığında evlâtlık verilmek istenmesi halinde hâkimin buna izin vermemesi gerektiğini belirtmiştir ...". Yargıtay 2. HD. 30.10.1984 gün ve E. 1984/8323, K. 1984/8595, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, Şubat 1985, s. 182.

Yargıtay "... Evlâtlık ilişkisinin mirasçılardan pay kaçırmak veya onların payını azaltma

2. Resmî Senet Düzenlenmesi

Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, evlât edinme sadece mahkeme kararı ile kurulmuş olmaktadır. Bu yeni düzenlemeye göre, ayrıca noterde resmî senet düzenlenmesi söz konusu değildir.

Eski düzenlemede önemli bir yer tutması dolayısıyla bu konuda bilgi vermek yerinde olacaktır. Eski düzenlemeye göre, Türk Kanunu Medenîsinin 256 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, evlât edinme işlemi hâkimin müsaadesi üzerine yapılacak resmî işlemle olur, hükmü yer almaktaydı¹⁹.

Yürürlükten kalkmış olan bu düzenleme şu şekilde gerçekleşmekteydi. Resmî senet yani evlât edinme sözleşmesi ancak, hâkimden alınan izin üzerine²⁰ ve noter tarafından kendiliğinden düzenlenirdi²¹. Evlât edinme sözleşmesine tarafların fotoğraflarının yapıştırılması gerekirdi²². Noter, resmî senet düzenlerken evlât edinmenin maddî şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıramazdı²³. Çünkü bu hususlar daha önce mahkeme tarafından araştırılmaktaydı²⁴.

Noterin resmî senet düzenleyebilmesi için, evlât edinen²⁵ ile evlâtlık ve

kastı altında yada hizmetçi gibi kullanma amacıyla kurulmasına izin verilemez ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.03.1994 gün ve E. 1993/893, K. 1994/124, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl 34, Sayı 405, Eylül 1994, s. 10521-10523.

- 19 Düzenleme biçimindeki noter senetleri hakkında geniş bilgi için bakınız. DELİDUMAN Seyithan, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 48-65. Yargıtay, "... Evlât edinme sözleşmesine geçerlilik veren noterde düzenlenen resmî senettir ...". Yargıtay 2. HD. 24.11.1975 gün ve E. 1975/7209, K. 1975/8971, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl 21, Sayı 242, Şubat 1981, s. 81-82. Yargıtay, "... Evlâtlık ilişkisi resmî senet düzenlenmesi ile gerçekleşir. Bunun nüfus kütüğüne geçirilmemesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ...". Yargıtay 2. HD. 26.01.1981 gün ve E. 1981/179, K. 1981/340, Yargıtay Kararları CD' si. Yargıtay, "... Evlâtlık ilişkisi, yargıcın izni üzerine yapılacak resmî bir sözleşme ile kurulur. Resmî sözleşme yapılmadıkça mahkemeden alınan izin hukuksal sonuç doğurmaz ...". Yargıtay 2. HD. 07.07.1987 gün ve E. 1987/4847, K. 1987/6011, Yargıtay Kararlar CD' si.
- 20 OĞUZMAN/DURAL, s. 254.
- 21 Düzenleme suretiyle evlât edinme senedi örneği için bakınız. İNAL Nihat, Uygulamada Türk Medenî Kanunu, Ankara 1997, s. 1698-1699.
- 22 Yargıtay, "... Evlât edinme ile ilgili noterlik işlemlerinde fotoğraf yapıştırılmalıdır ...". Yargıtay 2. HD. 24.03.1993 gün ve E. 1993/2377, K. 1993/3617, ÖZMEN, Velâyet, s. 766.
- 23 ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 451; ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 978.
- 24 AKINTÜRK, s. 329.
- 25 Yargıtay, "... Evlât edinen sağır ve dilsiz olduğu hâlde bu sözleşme için özel yetki ile düzenlenen vekâletname, iki şahit huzuru ile düzenlenmelidir. Bu geçerlilik şartıdır ...". Yargıtay 2. HD. 17.09.1996 gün ve E. 1996/6469, K. 1996/8702, Yargıtay Bilgisayar Arşivi. Yargıtay, "... Açılan davada tanık beyanları ve özellikle noter katibinin beyanlarında, evlât

kanunî temsilcisinin noter huzurunda hazır bulunması ve sözleşme metnini imzalamaları gerekirdi²⁶. Şayet, evlâtlık ayırt etme gücüne sahip ve ergin değilse, evlâtlık sözleşmesini evlâtlığın kanunî temsilcisi imzalardı. Eğer ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise, evlâtlık sözleşmesini bizzat kendisi imzalardı. Noter huzurunda yapılacak resmî sözleşmeyi gerçekleştirmek üzere özel yetki verilmiş bir temsilcinin bulunması gerekirdi²⁷. Çünkü; kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılması özel yetki verilmiş vekâletname ile mümkündür. Evlât edinme sözleşmesi düzenlenirken tanık bulunulması gerekmezdi²⁸. Resmî şekil bir sıhhat şartıydı. Buna uyulmadan yapılan evlâtlık sözleşmesi ise, yoklukla sakat olurdu²⁹.

3. Nüfus Kütüğüne Kayıt

Türk Kanunu Medenîsinin 256 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, tamamlanmış olan evlât edinme işleminin nüfus kütüğüne kaydedilmesi gerekir, hükmü yer almaktaydı.

Türk Kanunu Medenîsinin 257 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında, evlâtlığın, miras ve başka haklarının zarara uğramaması, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü

edinme sözleşmesinin tanzimi sırasında evlât edinenin hazır bulunmadığı, işlemin noter dairelerinde yapılmadığı, evlâtlığın evinde yapıldığı anlaşılmış, evlât edine adına sözleşmeyi başkasının imzaladığı, Adli Tıp Kurumundan alınan raporda da, evlât edinme sözleşmesindeki imzanın evlât edinene ait olmadığı kesinlik kazandığından, açılan evlât edinme sözleşmesinin iptali davasının kabulü gerekir ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.03.1997 gün ve E. 1996/2920, K. 1997/190, ÖZMEN, Velâyet, s. 745-746.

- 26 AKINTÜRK, s. 329; FEYZİOĞLU, s. 484; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 451.
Alman Medenî Kanununun 1750. maddesinin 1. fıkrasına göre, evlât edinme sözleşmesi, tarafların her ikisinin hazır bulunmaları ile bir mahkeme veya noter önünde yapılması gerekir.
- 27 Yargıtay, "... Açık ve özel yetki verilerek vekil aracılığı ile evlât edinmeye izin alınabilir ve mukavele yapılabilir ...". Yargıtay 2. HD. 06.03.1951 gün ve E. 1950/6118, K. 1951/1779, ÖZMEN, Velâyet, s. 747-748.
- 28 1512 sayılı Noterlik Kanunu düzenleme şeklinde yapılan noterlik işlemlerinin iki tanık huzurunda yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Ancak, ilgilinin okuma yazma imkanına sahip olmaması durumunda işlemin iki tanık huzurunda yapılması gerekir (NK. m. 87). Bunun yanında, Noterlik Kanunu, işlemin tanık huzurunda yapılmasını emreden diğer kanunların hükümlerini saklı tutmuştur (NK. m. 87, I c. 3). Bu durum karşısında, ilgilinin okuma yazma imkanına sahip olmaması veya diğer kanunlarda özel hüküm bulunması hallerinde (örneğin, resmî vasiyetname, miras sözleşmesi ve ölünceye kadar bakma vaadi) düzenleme şeklindeki noter işlemlerine tanık katılacaktır. ULUKAPI Ömer/ATALI Murat, Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 137, Dipnot 82.
- 29 KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 234; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 451.

arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca her iki nüfus kütüğüne evlâtlıkla ilgili resmî senedin tarih ve sayısı kaydedilir, hükmü yer almaktaydı.

Türk Medenî Kanununun 314 üncü maddesinin 5 inci fıkrasına göre, evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir.

Evlât edinme kararı kesinleştikten sonra mahkeme, kesinleşme şerhini içeren kararı bir müzekkere ile kendiliğinden bulunduğu yer nüfus müdürlüğüne gönderecektir. Mahkeme kararının kesinleşmesi ile kurulmuş olan evlâtlık ilişkisinin hem evlât edinenin hem de evlâtlığın nüfus kütüğüne kaydedilmesi gerekir³⁰. Bu işlem kurucu değil, açıklayıcı mahiyette ve tamamen idarî bir işlemdir. Bunun yapılmamış olması evlâtlık ilişkisini sakatlamaz³¹. Nüfus kütüğüne tescil, evlât edinenin ölümünden sonra da yapılabilir³². Mahkeme kararına dayanmaksızın doğrudan doğruya tarafların talebi üzerine nüfus kütüğüne yapılan tescil işlemi evlâtlık ilişkisini meydana getirmez³³.

Türk hukuk sisteminde sınırlı evlât edinme hali kabul edildiğinden, asıl

30 ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 452.

Yargıtay, "... Evlâtlığın asıl ana babası ile irtibatı kesilmeksizin, evlât edinenle hukukî ilişkisi vurgulanmak istendiğini belirtmiştir ...". Yargıtay 2. HD. 24.06.1984 gün ve E. 5876, K. 6015, ŞENER, s. 551.

Yargıtay, "... Evlâtlık hem evlât edinenin hem de gerçek ailesinin mirasçısı olup, bu hakların zedelenmemesi için iki nüfus kütüğü arasında irtibat oluşturulması zorunludur ...". Yargıtay 2. HD. 13.05.1991 gün ve E. 1991/4151, K. 1991/7800, Yargıtay Kararları CD' si.

Yargıtay, "... Nüfus siciline yazım kanunî dayanaktan yoksun ise her zaman düzeltme davası açılabilir ...". Yargıtay 2. HD. 09.12.1997 gün ve E. 1997/11228, K. 1997/13394, Yargıtay Bilgisayar Arşivi.

31 GENÇCAN Ö. Uğur, Nüfus Davaları, Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 58-60; FEYZİOĞLU, s. 486; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 234; OĞUZMAN/ DURAL, s. 255; TEKİNAY, s. 462.

Yargıtay, "... Evlât edinme işleminin nüfus kütüğüne işlenmemiş olması evlât edinme işlemini geçersiz kılmaz ...". Yargıtay 2. HD. 16.12.1981 gün ve E. 1981/1091, K. 1981/1062, ÖZMEN, Velâyet, s. 753.

32 ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 452.

33 Yargıtay, "... Evlâtlık sözleşmesine uyanmayan nüfustaki evlâtlık kaydının iptali gerekir ...". Yargıtay 2. HD. 26.03.1979 gün ve E. 1979/2289, K. 1979/2417, İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Yıl 21, Sayı 243, Mart 1981, s. 150.

Yargıtay, "... Evlâtlık ilişkisinin geçerliliği resmî senet yapılmasına bağlıdır. Böyle bir senet yok iken evlâtlığın nüfusa tescil edilmiş olması (aradan uzun süre geçse, taraflar evlâtlık ilişkisi varmış gibi davransa da) evlâtlık ilişkisinin meydana gelmesine yol açmaz ...". Yargıtay 2. HD. 24.04.1980 gün ve E. 1980/3326, K. 1980/3520, İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Yıl 21, Sayı 243, Mart 1981, s. 148-149.

ana ve baba ile evlâtlık arasında bağlantının sağlanması gerekmektedir. Bu çerçevede evlâtlığın miras ve diğer haklarının kaybolmaması, ailesi ile bağlarının hukukî anlamda devam etmesi ile mümkündür. Bunun için, evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile, evlât edinmenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur.

Türk Kanunu Medenîsinin 257 nci maddesinin 5 inci fıkrasında, evlât edinme ile ilgili kayıtlar mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz, hükmü yer almaktaydı.

Türk Medenî Kanununun 314 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasına göre, evlât edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu hususta kayıtların gizliliği prensibi söz konusudur³⁴.

Evlât edinme ile ilgili kayıtlar hakkında hiçbir şahsa, resmî kurum ve kuruluşa sözlü veya yazılı bilgi verilemeyeceği gibi, mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık yazılı olarak talep etmedikçe nüfus kayıt örneklerine evlâtlık ilişkisine dair herhangi bir açıklamada bulunulamayacağı gibi evlât edinme ile ilgili bilgiler uluslararası aile cüzdanlarına da işlenmeyecektir³⁵.

III. SONUÇ

Yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenîsinde yer alan evlât edinmenin şekli çok uzun bir prosedüre tabidir. Bu durum uygulamada bazı problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Bu konu 24 Nisan 1967 tarihli Çocukların Evlât Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 4 üncü maddesinde de ele alınmış ve evlât edinmenin meydana gelmesinde hâkimin veya idarî bir merciin kararı zorunlu kılınmıştır.

Alman Medeni Kanununun 1750 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, evlât edinme sözleşmesinin, tarafların her ikisinin hazır bulunmaları ile mahkeme veya noter huzurunda yapılması gerekir.

Türk Medeni Kanununun 315 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, evlât edinme kararı, evlât edinmenin oturma yeri mahkemesi tarafından; birlikte evlât edinmede ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararı ile birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur.

³⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 256.

³⁵ İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğünün 03.08.200 gün, 12066 sayılı ve 2000/15 numaralı genelgesi.

Belirtilen bu hükümler ışığında, mahkeme tarafından evlât edinmeye izin verilmesi şeklindeki düzenleme yerine, sulh hukuk mahkemesine açılacak evlât edinme davası yani evlât edinme ve nüfusa tescil davası açılması gerektiren düzenleme daha yerinde olmakla beraber, geç kalmış bir düzenlemedir. Bu yeni düzenleme ile evlât edinme prosedürü mahkemede başlayacak ve mahkemede sona erecektir. Bu şekildeki bir düzenleme, şekil açısından evlât edinme prosedürünü önemli ölçüde kolaylaştıracaktır.

Evlât edinme hususundaki maddî ve şekli şartların zorluğu, evlât edinmek isteyenlerin evlât edinmek istedikleri çocukları, evlât edinme yerine doğrudan doğruya kendi çocuğu dünyaya gelmiş gibi nüfusa kaydettirme yoluna sevk etmektedir. Hukukî olmayan bu fiilî durum ise, ilerde hukukî problemlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İKRAMİYE ÖDENMEMESİNİN İŞ ŞARTI HALİNE GELMESİ VE İŞÇİ ALEYHİNE SONUÇ DOĞURAN İŞYERİ UYGULAMALARI

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

I. KARAR METNİ

Karar Özeti: Davacı son iki yıldan beri kendisine ikramiye ödenmediğini bu nedenle sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek iki yıllık ikramiye alacağı ile kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir. İkramiye niteliğinde bir ödemenin yapıldığını gösteren yazılı bir belgeye de rastlanmamıştır. Davacı kendi durumunda bulunan şahitleri dinletmiş ise de bunların ifadelerine dayanarak sonuca gidilmesi doğru olmaz. Bir an için ikramiye ödemesinin mevcut olduğu kabul edilse bile, iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durum artık iş şartı haline gelmiş sayılmalıdır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmelidir.

Dava: Davacı, kıdem tazminatı ile ikramiye alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı öğretmen 1991 yılından beri davalıya ait öğretim işyerinde çalıştığını, kendisine diğer öğretmenlere de ödenmekte olan ikramiyenin son iki yıldan beri ödenmediğini bu nedenle sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek iki yıllık ikramiye alacağı ile kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiş; davalı ise böyle bir ikramiye ödemesinin söz konusu olmadığını ve davacı aleyhine karar verilmesini savunmuştur.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşme dosyada mevcut olup böyle bir ikramiye adı altında öğretmene bir ödeme yapıldığını gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu tür bir ödemenin yapıldığını gösteren yazılı bir belgeye de rastlanmamıştır. Davacı kendi durumunda bulunan

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

şahitleri dinletmiş ise de bunların ifadelerine dayanarak sonuca gidilmesi doğru olmaz.

Gerçekten aralarında menfaat ortaklığı vardır. Bir an için ikramiye ödemesinin mevcut olduğu kabul edilse bile, iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durum artık iş şartı haline gelmiş sayılmalıdır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmelidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.09.2001 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13.09.2001 tarih ve E. 2001/9759, K. 2001/13645 sayılı bu kararı, Çimento İşveren Dergisi Cilt: 15, Sayı: 6, Kasım 2001'den alınmıştır).

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara konu olay, bir özel öğretim kurumunda öğretmenlik yapan işçinin son iki yıldır ikramiye alamaması üzerine hizmet akdini haklı nedenle feshetmesi ve bunun sonucunda kıdem tazminatı ile ikramiye alacaklarını talep etmesi ile ilgilidir.

1. Karardan anlaşıldığına göre, 1991 yılından itibaren yaklaşık 10 yıldır 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na¹ tabi olarak davalıya ait bir özel öğretim kurumunda öğretmenlik yapan davacı işçi kendisine, diğer öğretmenlere de ödenmekte olan ikramiyenin son iki yıldan beri ödenmediğini, bu nedenle hizmet akdini feshettiğini ileri sürerek, alamadığı iki yıllık ikramiye alacağını ve kıdem tazminatını talep etmiştir. Burada muhtemelen davacı, İş K.m.16/II,d hükmüne dayanarak hizmet akdini haklı nedenle feshetmiş, kıdem tazminatı ile geniş anlamda ücret içerisinde yer alan ikramiye alacağını da istemiştir. Ancak ikramiyenin senede kaç defa ödendiği; birden fazla ödeniyorsa hangi zamanlarda ödemenin yapıldığı veya yapılması gerektiği ve ne zamandan itibaren ikramiye ödemesinin yapılmadığı gibi hususlar ise karardan anlaşılamamaktadır.

Buna karşılık davalı ise, böyle bir ikramiye ödemesinin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Muhtemelen davalı, hizmet akdinin İş K.m.16/II/d'ye göre feshi için haklı bir nedenin oluşmadığını, zira burada haklı neden olarak ileri sürülen geniş anlamda ücret kavramı içerisinde yer alan ikramiye ödemesinin hiç söz konusu olmadığını; dolayısıyla davacı aleyhine karar verilmesini yani hizmet akdi haklı nedenle feshedilmediği için hem kıdem tazminatı ödenmemesini hem de ikramiye ödenmesine ilişkin

¹ 08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Kanun için bkz. R.G. 18.06.1965 - S. 12026.

talebin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İlk derece mahkemesi, davacı işçinin kıdem tazminatı ile ikramiye alacağının ödetilmesine ilişkin olarak açtığı davada, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Yerel mahkeme muhtemelen, kıdem tazminatına ilişkin talebi buna hak kazanılmadığı için reddederek hüküm altına almamış; ikramiye alacağını ise hüküm altına alarak, davacı işçinin bunu şahitlerle ispatladığı için ikramiye alacağının bulunduğu ve dolayısıyla davalı işveren tarafından son iki yıllık ikramiye borcunun ödenmesine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi, işçinin ikramiye alacağının bulunduğu ve bunun işveren tarafından ödenmesine karar vermesine rağmen, kıdem tazminatına hak kazanılmadığı sonucuna ulaşması, feshin süresi içinde gerçekleştirilmediği için haksız fesih olduğu gerekçesini akla getirmektedir. Başka bir anlatımla, ikramiye alacağını alamadığı için akdi muhtemelen İş K.m.16/II,d gereğince haklı nedenle fesheden işçinin, bu feshi, ikramiye ödenmediği gündün başlayarak altı gün içerisinde (İş K.m.18/I'e göre) gerçekleştirmediği ortaya çıkmaktadır. Şayet mahkeme, feshin haksız olduğu kanaatine ulaşmamış olsa idi, bu takdirde işçiye İş K.m.14 gereğince kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğine de karar vermesi gerekirdi. Mahkemenin, işçinin kıdem tazminatına hak kazanamadığına fakat ikramiye alacağı bulunduğu yönelik kararı, feshin süresi içinde yapılmadığı için haksız olduğunu; fakat ikramiye alacağının şahitlerle ispat edilmesi nedeniyle ödenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yerel mahkemenin bu kararı davalı işveren tarafından temyiz edilmiş ve Yüksek Mahkeme, öncelikle, taraflar arasında düzenlenen yazılı hizmet sözleşmesinin dosyada bulunduğunu ve bu sözleşmede davacı öğretmene ikramiye adı altında böyle bir ödeme yapıldığını gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğini belirlemiştir. Sonra, mahkeme, hizmet akdinde bu yönde bir düzenleme bulunmamasının mümkün olabileceğini, bu tür bir uygulamanın zaman içerisinde işyeri uygulaması haline gelmiş olabileceğini de dikkate alarak, “bu tür bir ödemenin yapıldığını gösteren yazılı bir belgeye de rastlanmadığından” söz etmektedir. Yargıtay bu ifade ile, sözleşmede yer almasa bile zamanla ortaya çıkabilen bu tür işyeri uygulamalarının söz konusu olduğunu gösteren “ödeme belgeleri”nin bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca Temyiz Mahkemesi, ikramiye ödemesi yapıldığını gösteren yazılı belgelerin bulunmaması halinde bunun diğer ispat vasıtaları ile örneğin şahitlerle ispatlanabileceğini de göz önünde bulundurmuş; ancak şahitlerle ispat halinde bunun “aralarında menfaat ortaklığı” olmayan kişiler tarafından yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Temyiz Mahkemesi, davacının, kendi durumunda bulunan şahitleri dinletmiş olmasının, ikramiye alacağı konusundaki davanın olumlu

sonuçlanması için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Nihayet Yargıtay, *bir an için ikramiye ödemesinin mevcut olduğu kabul edilse bile, iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durumun artık iş şartı haline geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini* söylemiştir. Yargıtay, sıraladığı bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiş ve kararı bu nedenle bozmuştur.

2. Görüldüğü üzere, dava, temelde ikramiye alacağı konusunda odaklanmaktadır. Şayet ikramiye alacağının varlığı kabul edilirse, ikinci talep konusu olan kıdem tazminatına da -feshin, ikramiye ödenmemesi davranışının öğrenildiği günden başlayarak altı işgünü içinde gerçekleştirilmiş olması şartıyla- hak kazandığı yönünde karar verilmelidir. Zira bir ücret eki olan ve geniş anlamda ücret içinde değerlendirilen ikramiye, işçinin ücreti kapsamında değerlendirileceğinden, bunu alamaması kendisine İş K.m.16/II,d veya e uyarınca haklı nedenle fesih hakkı verecektir².

Bu nedenle burada öncelikle işçinin ikramiyeye hak kazanabilmesi için hangi şartların bulunması gerektiği hususu ele alınacak ve bu bağlamda iş şartı (işyeri uygulaması) haline gelen ikramiye ödemeleri konusuna değinilecek; sonra da işçinin ikramiye alacağını iki yıldır talep etmemesinin, bunu işverenin ödememesine hak kazandırıcı bir neden olarak iş şartı haline gelip gelmeyeceği hususu üzerinde durulacaktır.

a. Hemen belirtmek gerekir ki, bir ücret eki olan ikramiyenin tanımında öğretide görüş birliği yoktur. İkramiye, öğretide, “özel nedenler ve olaylara (yılbaşı, dini bayram, işletmenin veya işyerinin kuruluş yıldönümü, doğum evlenme gibi) bağlı ve bu arada işçinin iyi ve disiplinli çalışmasının bir karşılığı olarak ödenen ek bir ücret”³, “işveren tarafından işçilere yapılan ve işten memnuniyeti göstermek veya daha seyrek olmakla beraber evlenme veya doğum gibi özel nedenlerle yapılan bir ödeme”⁴, “aşıl ücrete ek olarak bazı vesilelerle (Noel, yılbaşı, iş yılının sona ermesi gibi) verilen özel bir

² Bkz. Münir Ekonomi, İş Hukuku C. I Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 199-200; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 540-542, 669; Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 180; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul 2000, s. 187-188; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 7. B., Konya 2000, s. 87; Sabih Selçukî, İlmî-Kazâî İçtihatlarla İş Kanunu, 3. B., İstanbul 1973, s. 384-385; Memduh / İlhami Yelekçi, Notlu-İzahlı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s. 2-15.

³ Ekonomi, İş Hukuku, s. 133; Centel, İş Hukuku, s. 150; Kamil Turan, Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s. 93.

⁴ Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 170-171.

ücret”⁵ ya da “normal olarak işverenin işçilere yaptıkları işten ve işyerinin gelişmesine katkılarından ötürü duyduğu hoşnutluğu belirtmek için ya da daha ender olarak, işçinin yaşantısının önemli günlerinde evlenme, doğum gibi bazı olaylar münasebetiyle verdiği bir para”⁶ şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

Bir ödemenin ikramiye olup olmadığını tespit edebilmek uygulamada o kadar kolay değildir. Zira bu ücret eki veya tamamlayıcısına uygulamada, onüçüncü aylık, bilanço veya yıl sonu ikramiyesi, olağanüstü ikramiye, tatil ikramiyesi gibi çeşitli isimler de verilmekte ve bu nedenle, bir ödemenin ikramiye olup olmadığı hususunun tespiti bazen güçlükler doğurabilmektedir⁸.

İkramiye uygulaması, başlangıçta işverenin lütfuna (ihtiyarına) dayanan bir karakter taşımakta iken, bunu zamanla kaybederek ücretin normal ve sürekli bir unsuru halini almıştır. Bu nitelikteki bir ikramiye iki unsurdan oluşur. Bunlardan ilki maddi unsur olarak belirtilen, “işyerinde (işletmede) süregelen bir uygulama”; diğeri ise manevi unsur olarak nitelenen “ taraflar arasında zımni bir anlaşma uyarınca tediye edileceğinin gerektiğine inanılması”dır⁹. Bu açıdan öğretide ve mahkeme içtihatlarında “**bağış niteliği taşıyan ikramiyeler**” ile “**ücretin eki niteliğindeki ikramiyeler**” birbirinden ayrılmakta; prensip olarak çok istisnai olan, ihtiyari ödenen ve miktarı değişken olan bağış kastıyla yapılan birinci tür ikramiyelerin talep konusu olamayacağı, hukuken bir talep hakkı vermeyeceği belirtilmekte; buna karşılık ikinci grup ikramiyenin verilmesi ve miktarı her zaman işverenin isteğine bağlı bulunmamakta, şartlarının bulunması halinde işçiye talep hakkı sağladığı kabul edilmektedir¹⁰.

⁵ Çelik, s. 116; Adil İzveren, *İş Hukuku*, C. I-III, Ankara 1974, s. 136.

⁶ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, 2. B., İzmir 1994, s. 213.

⁷ Bu konuda diğer tanımlar için ayrıca bkz. Tankut Centel, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul 1988, s. 119-121; Ergun İnce, *Her Yönüyle Ücret*, Mayıs 1990, s. 92; Ferit H. Saymen, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954, s. 520-521; Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 1999, s. 53; Cevdet İlhan Günay, *Şerhli İş Kanunu*, 2. B., C. II, Ankara 2001, s. 2132; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 2.B., Konya 2000, s. 32-33; Sümer, *İş Hukuku*, s. 62-63; Yelekcı, s. 331-332, 341-342; Selçukî, s. 489-490.

⁸ Narmanlıoğlu, s. 213.

⁹ Narmanlıoğlu, s. 214.

¹⁰ Selçukî, s. 489; Tunçomağ / Centel, s. 53; Narmanlıoğlu, s. 214. Yargıtay a göre de, “...İş Kanunu'nun 26. maddesi anlamında akdi ikramiyenin ücret kapsamı içinde yine onun bir eki olarak düşünülmesi gerekir. Dairemizin istikrar kazanmış uygulaması da bu doğrultudadır...” (Yarg. 9. HD, 25.10.1999, E. 13249 K. 16231- Günay, C. II, s. 2249).

İkramiyenin talep edilebilmesinin şartları nelerdir?

İşçinin ikramiyeyi talep hakkı kazanabilmesi, başka bir söyleyişle, ikramiyenin ücret eki sayılabilmesi için bir takım niteliklere sahip olması gerekir.

İlkin, ikramiye ödemesinin kural olarak, **kanun**¹¹, **toplu iş sözleşmesi** veya **hizmet sözleşmesine**¹² dayanması gerekir. Genellikle ikramiye ödemesi, Kanun'un öngörmesi dışında, bir sözleşme hükmüne dayanır. Yargıtay'a göre de "ikramiye ödemesiyle ilgili olarak taraflar arasında yazılı bir anlaşma olmadığına göre, mahkemece dayanağı belirtilmeden ikramiye alacağıyla ilgili talebin kabulü bozmayı gerektir(ir)"¹³. İkramiye alacağının sözleşme veya kanundan doğan ve para ya da parayla ölçülmesi mümkün bir menfaat olduğu ve geniş anlamda ücret içerisinde yer aldığı hususu, İş K.m.26/V'de yer alan "hizmet akitlerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin tam olarak ödenmesi zorunludur" hükmü ile de yeterince açıklanmaktadır¹⁴. Kanun ve sözleşme dışında ikramiye, **bir mahalli veya mesleki âdete** de dayanabilir. Bu durumda böyle bir âdeti sözleşmeye eşdeğerde kabul etmek uygun olur¹⁵. Bunun yanı sıra, işyerinde devam edegelen bir uygulama (**işyeri uygulaması, iş şartı**) da ikramiyeye hak kazandırabilir. Bunun için taraflar arasında örtülü bir anlaşmanın varlığı gereklidir. İşveren tarafından tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı

11 Kamu kesiminde çalışan işçilerle ilgili olan 6772 sayılı kanunda öngörülen ikramiyeler buna örnek olarak verilebilir. Kanuna dayanan ikramiyeler için ayrıca bkz. Çenberci, s. 674, 682-684; Günay, C. II, s. 2132 vd.

12 "Akdi ikramiyeyi ücret kapsamı içinde ve onun bir eki olarak düşünmek gerektiğinden ikramiyenin ödenmemiş olması haklı fesih yetkisini kullanma imkanı verir." (Yarg. 9. HD, 25.10.1999, E. 13249 K. 16231- Günay, C. II, s. 2249). Sözleşmeye dayanan ikramiye konusunda örnek Yargıtay kararları için bkz. Çenberci, s. 675 vd.

13 "Mahkemece ikramiye alacağı da hüküm altına alınmış ise de böyle bir alacağın dayanağının ne olduğu gösterilmiş değildir. Dosyadaki bilgi ve belgelere ve bilirkişi raporundaki açıklamalara göre **ikramiye alacağını öngören taraflar arasında yazılı bir anlaşma bulunmadığı** gibi bunun iş koşulu olarak ödendiği sonucuna da varılamaz. Gerçekten davacının çalıştığı bir yıldan fazla süre içinde kendisine böyle bir ödeme yapılmamıştır. Hal böyle olunca ikramiye alacağı ile ilgili isteklerin reddine karar vermek gerekir. Soyut kimi tanık anlatımlarına göre bu alacağın kabulü hatalıdır." (Yarg. 9. HD, 20.11.1997, E.15386 K.19473- İstanbul Barosu Bilgi Bankası Yargıtay Kararları Bilgisayar Programı (İBBB)).

14 Bkz. Selçuki, s. 488-491; Çenberci, s. 671 vd.

15 Nitekim Fransız Hukukçular da, iç yönetmelik ve geleneklerin de verilmesi zorunlu ikramiyenin kaynağı olabileceğine değinmektedirler. Hukukumuzda da yargı kararları bu anlayışı sürdürmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, s. 214, dn. 69.

şartlarla yapılan ikramiye ödemeleri, işçilerin örtülü kabulleri sonunda, hizmet akdi hükmü durumuna gelen bir “işyeri uygulaması-işyeri çalışma şartı” niteliğini kazanır¹⁶. Aksi takdirde işverenin bir bağışı şeklinde nitelendirilir ve işçiye talep hakkı vermez¹⁷. Görüldüğü üzere, ikramiye hakkı, bir kanun veya sözleşme hükmüyle düzenlenmiş yahut işverence tek taraflı olarak sağlanmış ve iş şartı haline gelmiş olması durumlarında söz konusu olabilmektedir¹⁸.

Sonra, ikramiye, kısmi de olsa, **genellik** taşınmalı; başka bir ifadeyle, işyerindeki veya işletmedeki tüm personele ya da hiç değilse bir kategori işçiye verilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin, tüm işçilere ikramiye ödeme gibi bir zorunluluğu yoktur¹⁹. Bir veya birkaç işçiye özel olarak verilen ikramiyeler ise zorunlu olmayıp, bağış niteliği taşırlar. Bu nedenle ancak belirli bir işyerinde veya belirli bir işkolunda çalışan bir grup işçiye verilen ikramiyeler ücretin eki sayılabilecek ödemelerdir. Başka bir anlatımla, işveren, ikramiye yönünden aynı şartları gerçekleştiren işçiler arasında, herhangi bir ayırım gözetemez. Çünkü işverenin bu konuda ayırım gözetilen davranışı, kendisinin işçiye eşit davranma borcuna aykırılık

16 “... taraflar arasında yazılı bir anlaşma bulunmadığı gibi bunun **iş koşulu olarak ödendiği** sonucuna da varılamaz. Gerçekten davacının çalıştığı bir yıldan fazla süre içinde kendisine böyle bir ödeme yapılmamıştır. Hal böyle olunca ikramiye alacağı ile ilgili isteklerin reddine karar vermek gerekir. Soyut kimi tanık anlatımlarına göre bu alacağın kabulü hatalıdır.” (Yarg. 9. HD, 20.11.1997, E.15386 K.19473-İBBB). Ayrıca bkz. Yarg.. HD., 27.10.1999, E. 13565, K. 16386-Günay, C. II, s. 2248).

17 Bkz. Selçukî, s. 490; Çenberci, s. 673; Narmanlıoğlu, s. 216; Ekonomi, İş Hukuku, s. 133-134; Centel, Ücret, s. 121-122.

18 Yargıtay’a göre de “herhangi bir yazılı ve sözlü taahhüde ya da yasal bir düzenlemeye dayanmayan ikramiye ödemesi işçi için kazanılmış hak oluşturmaz... Davacı gibi bankadan emeklilik suretiyle ayrılarak hizmet akidleri son bulan kişilere kuruluş ikramiyesi ödenmesi yönünde herhangi bir yasal veya akdi düzenleme bulunmamaktadır. Bu ikramiye tamamen bankanın bir ataleti olarak ödenmiş olup, ödenmesi veya ödenmemesi tamamen banka yönetimine ait bir tasarruftur. Olayda yerleşmiş bir teamülden bahsetmeye de olanak yoktur. Bu ikramiyenin ödenmesi idarenin herhangi bir yazılı ve sözlü taahhüdüne ve yasal düzenlemeye dayanmadığına göre, idarenin her an için bu tasarrufundan dönmesi mümkün olup, ödeme durumları davacıya kazanılmış hak doğurmayacağından, idarenin 1994-1995 yılları için bu ikramiyeyi ödemekten kaçınmasında yasal olmayan bir yönü bulunmadığından, mahkemenin işin esasını değerlendirmeyerek, salt daha önce kesinleşen kararlara göre hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 9. HD. 06.05.1997, E. 2551 K. 8237-İBBB).

19 Ekonomi, İş Hukuku, s. 134; Centel, Ücret, s. 125.

oluşturur²⁰.

Yine, ikramiye bir ya da birkaç defaya mahsus değil, **devamlı** nitelikte olmalıdır²¹. Yargıtay, her sene muntazam verilegelen ikramiyenin iş sözleşmesi hükmüne intibak etmiş bir “ek ücret” niteliğinde olduğunu da kabul etmektedir²². Bu açıdan süreklilik ya da devamlılık unsuru ikramiyenin bağış kastıyla verilmediğinin belirtisi sayılmalıdır²³.

Nihayet, ikramiye **miktarının belirli veya belirlenebilir olması** da gereklidir. Bu konuda zamanla veya başka şartların gerçekleşmesi halinde verilecek ikramiyenin belirli oranda değişiklik göstermesi önemli değildir. Miktarının belirlenebilecek nitelikte olması yeterlidir.

Yukarıda belirtilen hususların bir arada gerçekleşmesi halinde işçilerin ikramiyeyi talep haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu hususlar içerisinde yer alan “iş şartı haline gelen ikramiye ödemeleri” konusunu ayrıca ele almakta yarar vardır.

b. Burada, üzerinde durulacak asıl husus, ikramiye hakkının işyeri uygulamaları sonucunda hizmet akdinin bir hükmü haline gelebilmesi için hangi şartların bulunması gerektiği ve söz konusu ikramiyenin, belirli bir süre talep edilmemesi durumunda bu ödenmeme halinin de iş şartı olarak kabulünün mümkün olup olmadığıdır. Zira, kararda, “*Bir an için ikramiye ödemesinin mevcut olduğu kabul edilse bile, iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durum artık iş şartı haline gelmiş sayılmalıdır*” denilmekte ve işçinin rızası olmaksızın işçi aleyhine olarak işyeri uygulamasının (iş şartının) gerçekleştiği vurgulanmaktadır.

20 Çenberci, s. 672; Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 203; Ekonomi, İş Hukuku, s. 134; Centel, Ücret, s. 122. Yargıtay’a göre de, “işveren aynı durumdaki işçileri arasında özendirme ikramiyesi konusunda ayırım yapamaz; aksine bir davranış, işçiler arasındaki eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz” (Yarg. 9.HD, 29.12.1974, E. 45593, K. 33036 - Çenberci, s. 682, No.42).

21 Yargıtay’a göre de, “... dosyadan ... ikramiyenin her yıl verilmek suretiyle iş akdinin unsurları haline geldiği anlaşılmaktadır. 1972 yılı davacıya ödenmesi gereken ikramiye miktarı tespit edilerek o yıl çalıştığı süre ile orantılı miktarın hüküm altına alınması gerekir” (Yarg. 9.HD, 5.2.1980, E. 587, K. 771 - Yarg. Kararlar Dergisi, Ekim 1980, S. 10, s. 1375 vd.).

22 Yarg. 9.HD, 17.3.1976, E. 6460, K. 9400 ve M. Ekonomi’nin incelemesi - İHU İş K. 14 (No. 7).

23 Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s. 45; Centel, Ücret, s. 121; Esener, s. 171; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, 3.B., İstanbul 1984, s. 104; İnce, s. 92; İzveren, s. 136.

İşyeri uygulaması-iş şartı kavramları ne anlama gelir?

Bilindiği üzere, işyeri uygulaması, işyerinde zaman içinde tekrarlanarak belirginleşen mutata davranışları anlatır ve işverenin açık beyanlarıyla değil, tekrarlanan bazı fiili davranışları ile ortaya çıkar²⁴. Esasen, işverence düzenli olarak tekrar edilen aynı biçimdeki bir işyeri uygulamasının, doğuşu itibarıyla kendiliğinden bağlayıcı bir etkisi bulunmamakta ve tek taraflı bu uygulama bir hukuk kaynağı niteliği taşımamaktadır. Bununla beraber böyle bir uygulama yani işverenin belirli koşulların gerçekleşmesiyle işçilere gelecekte ikramiye ve bu tür sosyal yardımlar sağlayacağını, işyeri ilan tahtasında ilan etmek, tamim veya sirkülerle duyurmak suretiyle açıkça vaatmesi durumunda ya da böyle bir beyanda bulunmama ile beraber uygulama yolu ile işçilere aynı türden yararları devamlı olarak sağlaması halinde, artık buna işverenin her zaman dönebileceği tek taraflı beyan ya da uygulama gözüyle bakılamaz; tersine bunların işçilerin örtülü kabulleriyle bağlayıcı nitelikte birer akit hükmü haline geldiğini kabul etmek gerekir²⁵. Görüldüğü üzere, işverenin tek taraflı davranışları başka unsurların da eklenmesiyle işyerindeki çalışma koşullarının düzenlenmesinde işçiler için genel ve kolektif bir kaynak karakterinde ortaya çıkmakta ve önemli roller oynamaktadır²⁶.

İşyeri uygulamaları, bazen bir hizmet akdi hükmü, başka bir deyişle çalışma koşulu (iş şartı) haline gelebilir²⁷. Gerçekten, **işveren tarafından başlangıçta akdi ve yasal bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek tarafı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlanması halinde, işçilerin de zımni kabulleriyle iş akdi hükmü haline gelen bir işyeri uygulaması oluşur**²⁸. Buna örnek olarak işverence tek taraflı olarak işçilere verilen ikramiyeler ve türlü adlar altında yapılan sosyal yardımlar gösterilebilir. Öğretide genel bir kabul görmesine karşın, Yargıtay'ın işyeri uygulamaları konusunda kararlı bir tutum izlediği söylenemez²⁹.

24 Polat Soyer, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, 41, 44, 92; Centel, İş Hukuku, s. 24; Sümer, İş Hukuku, s. 15.

25 Polat Soyer, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 32-34; Çelik, s. 85; Soyer, s. 104.

26 Münir Ekonomi, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum, Kamu-İş, C. 4, S. 2, Haziran 1997, s. 159; Çelik, s. 84.

27 Çelik, s. 84; Ekonomi, Çalışma Şartları, s. 159, 163.

28 Sarper Süzek, İşyeri Uygulamaları, Kamu-İş, C. 4, S. 2, Haziran 1997, s. 151; Centel, Ücret, s. 122; Sümer, İş Hukuku, s. 15.

29 Bu konu hakkında bkz. Centel, Ücret, s. 122; Süzek, s. 151-152.

Öğretide, işverence yapılan devamlı ödemeler sonucunda ortaya çıkan işyeri uygulamalarının işçilerin zımni kabulüyle iş akdinin içeriği durumuna geldiği, bu nedenle bağlayıcılık kazandığı ve tek taraflı olarak işveren tarafından ortadan kaldırılamayacağı görüşü genel olarak benimsenmektedir³⁰.

İşyeri uygulamasının iş şartı haline gelebilmesinin koşulları nelerdir?

Bu yüzden, iş şartı haline gelmiş bir işyeri uygulamasının varlığından söz edebilmek için her şeyden önce, bu uygulamanın **genel** nitelik taşıması zorunludur³¹. İşverence edimin tek taraflı olarak tüm işçilere veya işçilerin belirli bir bölümüne sağlanması ve böylece işyerinin bütününde ya da belirli bölümlerinde yeknesak çalışma düzeninin kurulması gereklidir. Bu özellik işyeri uygulamasına genel iş koşulları arasında yer verilmesini haklı gösterir.

Sonra, bağlayıcı bir işyeri uygulamasından söz edebilmek için, bunun **devamlı** olması, belirli bir süre tekrarlanması gerekir. Davranışın, işyerinde fiilen tekrarlanarak, belirginleşmiş olmasını sağlayacak sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda kesin bir ölçü verilemez. Ancak bunun, olayın özelliğine göre uygulamanın işyerinde mutad bir davranış haline geldiğini, gelecekte de yapılacağını işçinin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yetecek bir süre olması gerekir³². Bu açıdan davranışın tekrarlanma süresi; olayına göre, daha uzun veya kısa olabilir³³. Bununla birlikte, tek bir davranış işyeri uygulaması yaratamaz³⁴. İşverenin uygulamayı yaparken bunun gelecekte bağlayıcı olmasını düşünmüş veya istemiş olması da şart değildir³⁵. İşçilerin, işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucunu, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun olarak çıkarmış

³⁰ Çelik, s. 84-85; Süzek, s. 152.

³¹ Esener, s. 27, 171; Süzek, s. 152; Ekonomi, s., 28-29.

³² Çelik'e göre, işyeri uygulamasının hizmet akdi hükmüne dönüşebilmesi için, uygulamanın, Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edildiği gibi, arka arkaya üç kez tekrarlanması gereklidir (Çelik, s. 85). Fransız Yüksek Mahkemesi de, ikramiyenin üç yıl üst üste verilmesi halinde bağlayıcı işyeri uygulamasının (geleneğinin) doğduğunu kararlaştırmıştır (Süzek, s. 153).

³³ Yargıtay'a göre de "Bir ay için taşıt yardımı yapılmış olması iş şartı oluşturmaz." (Yarg. 9. HD., 07.03.1996, E. 1995/36398, K. 1996/4764-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatı İçtihatları (Kazancı Bilişim)).

³⁴ Çelik, s. 85; Soyer, s. 42-43; Süzek, s. 151 vd.; Tunçomağ / Centel, s. 23; Sümer, İş Hukuku, s. 15; Günay, C. I, s. 69.

³⁵ Çelik, s. 85. Soyer'e göre ise, işyeri uygulaması belirli koşullarla bağlayıcılık kazanır ancak işverenin davranışlarında "gelecekle ilgili" bir irade beyanında bulunma unsuru söz konusu olmadığı için işyeri uygulamasının sözleşme mekanizmasına dayandırılmaz; bu ancak işçilerde oluşturulan güven ilkesiyle açıklanabilir. Bkz. Soyer, s. 92 vd.

bulunmaları yeterlidir³⁶.

Nihayet, işyeri uygulamasının meydana gelmesinde kural olarak edimin işverence **aynı koşullarla** sağlanması da gereklidir. Ancak bu koşulun çok katı bir biçimde uygulanması isabetli olmaz. İşverence aynı nedene bağlı olarak yıllar içinde devamlı bir ödeme yapılmışsa, bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmez. Önemli olan taraf, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmış olmasıdır³⁷. Ödeme, devamlı olarak her yıl aynı tutarda veya aynı hesap yöntemiyle yapılmışsa, örneğin ikramiye hep aynı miktarda verilmişse, bir süre sonra işyeri uygulamasının o miktar üzerinden oluştuğu sonucuna varılmalıdır. İşverenin izleyen yıl ikramiyeyi eksik ödemesi halinde, işçiler işyeri uygulaması olarak istikrar kazanan ikramiye miktarını isteyebilirler³⁸.

Yapılan uygulamanın **işverence herhangi bir koşula bağlı tutulmamış olması** da gerekir³⁹. Şayet işveren işçilere belirli bir süre tek taraflı bir ödemede bulunmakla birlikte, bu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmuş ise, gelecek yıllarda bu ödemeyi yapmakla yükümlü sayılamaz. Çünkü, vazgeçme hakkının veya ödemeyi yapıp yapmama serbestisinin saklı tutulduğu hallerde gelecek açısından bir bağlayıcılık doğmaz⁴⁰.

Öğretide işyeri uygulamasının “işyeri ile sınırlı örf ve adet hukuku” niteliği taşıdığı bazı yazarlarca ileri sürülmektedir⁴¹. Ancak, işyeri uygulaması örf ve adet hukukuna, uygulamanın örf ve adet kuralı kadar uzun bir zaman sürekli bir biçimde uygulanmaması ve toplumda buna

36 Centel, Ücret, s. 122; Ekonomi, İş Hukuku, s. 28-29; Centel, s. 24.

37 Süzek, s. 153.

38 Yargıtay’ın kararına konu olan bir olayda, işyerinde her yıl devamlı olarak 20 gün üzerinden verilmekte olan ikramiye davacıya 15 günlük verildiği cihetle noksan ödenen miktar talep edilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından bu çeşit ikramiyelerin önceki yıllara göre eksik miktarda verilmesi veya hiç verilmemesi halinde işçinin bir talep hakkının doğmayacağı sonucuna varılmıştır (Yarg. 9.HD, 7.8.1969, E. 1938, K. 640 - Çelik, s. 86, dn.11). Kararı inceleyen Ekonomi’nin de haklı olarak belirttiği gibi, işverenin takdiri ile başlatılan ve verilmesine devam edilen ikramiye işçilerin zımnı kabulleriyle iş akdinin bir hükmü haline gelmiş olur. İşçiler ikramiyenin verilmesini, hem de miktarında bir eksilme olmaksızın talep edebilirler (Ekonomi, İHU, İşK.14 (No.7); Çelik, s. 85-86; Süzek, s. 154.

39 Çelik, s. 85.

40 Süzek, s. 154; Soyer, s. 46.

41 Bkz. Esener, 25-27; Turan, s. 42. Tuncay’a göre, “işyeri uygulaması ile örf ve adet kuralını birbiriyle karıştırmamak gerekir...Mamafih işyeri uygulaması, çok sınırlı bir örf ve adet hukuku, daha doğrusu belli bir “işyeri örf ve adet hukuku” olarak düşünülebilir” (Tuncay, s. 81).

uyulmasının hukuki bir zorunluluk olduğu inancının yaygın bulunmaması yönleri ile benzemez⁴².

İşyeri uygulaması, işçilerin zımni kabulleriyle iş akdinin içeriği durumuna geldiğinden, işveren tarafından tek taraflı olarak ortadan kaldırılamaz⁴³. Böyle bir uygulamaya ancak tarafların birbirine uygun açık ve örtülü iradeleri ile son verilebilir⁴⁴. İşverence tek taraflı olarak uygulamadan vazgeçilmesi iş akdinin ihlali anlamına gelir ve buna ilişkin hukuki sonuçlara tabi olur. Böyle bir durumda işçi hizmet akdini iş şartlarında esaslı değişiklik meydana geldiği gerekçesiyle İş K.m.16/II,e uyarınca feshedebilir.

Burada konumuz açısından önem taşıyan bir sorun da, işyerinde meydana gelen uygulamanın, mutlaka işçi lehine (yararına) sonuçlar doğurmasının gerekip gerekmediğidir. Başka bir söyleyişle, işçi aleyhine (zararına) sonuçlar doğuran uygulamalar işyeri uygulaması yani iş şartı (hizmet akdinin bir hükmü) olarak kabul edilebilir mi?

İşyeri uygulamaları işçi aleyhine sonuç doğurabilir mi?

Hemen belirtmek gerekir ki, **işyeri uygulamaları**, kural olarak, **işçi aleyhine sonuç doğuramaz**, yani hizmet akdine giren bir çalışma koşulu haline gelmez⁴⁵. İşçi aleyhine sonuç doğuran bir işyeri uygulaması ancak işçi tarafından açıkça kabul edildiği durumlarda iş şartı haline gelebilir. Alman hukukunda da, işyeri uygulamalarının işçi aleyhine sonuç doğuramayacağı kuralına istisna olarak, işçinin bunu açıkça kabul ettiği haller ve işçinin böyle bir durumu bilmemesine rağmen, bunu öğrenmesinin mümkün olabileceği durumlar gösterilmektedir⁴⁶. Başka bir anlatımla, bir işyeri uygulamasının işçi aleyhine sonuç doğurabilmesi için şu iki husustan birinin mutlaka gerçekleşmiş olması gereklidir. Bunlardan biri, işçinin,

⁴² Tuncay, s. 81; Süzek, s. 154-155.

⁴³ Yargıtay'a göre de, "davalı belediyenin uzun süre işçilerine ucuz tarifeli elektrik vermesi, iş sözleşmesinin ücrete ilişkin bir şartı halini almıştır. Böyle bir şart Belediyece tek taraflı olarak bozulamaz" (Yarg. 9.HD., 27.12.1971, E. 20347, K. 34628 – Selçuki, s. 528).

⁴⁴ Centel, İş Hukuku, s. 24; Turan, s. 42; Sümer, İş Hukuku, s. 15; Sümer, Uygulamalar, s. 33; Süzek, s. 155. Buna karşılık işyeri uygulamasının güven sorumluluğu temeline dayandığını kabul eden Soyar'a göre, işverenin işyeri uygulamasını sona erdirmekteki çıkarı, uygulamanın devam ettirileceğine ilişkin güvenden daha çok korunmaya değer görülebiliyorsa, uygulamaya son verme olanağının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Soyar, s. 218-219, 224.

⁴⁵ Çelik, s. 87.

⁴⁶ Bu konuda bkz. Çelik, s. 87.

aleyhine sonuç doğuracak uygulamayı **açıkça kabul etmesi** hali; diğeri ise, işçinin aleyhine sonuç doğuracak olan uygulamayı bilmemesine rağmen bunu öğrenmesinin mümkün olabileceği durumlarda **örtülü rızasının varlığının** kabul edilmesidir.

Yargıtay'ın 1975 tarihli bir kararına göre, "7244 sayılı Kanuna muvazi olarak işçilerin ücretlerine bir zam yapılmıştır ve davacı da 1959'dan bu yana 1973 yılına kadar rasyonel çalışma paralarının da verilmesi yolunda hiçbir *ihtirazi kayıt dermeyeran etmeden yapılan ödemeleri kabul etmiş olması zımni bir muvafakat* anlamındadır. Nitekim; davacı rasyonel çalışma priminden söz etmeden 1970 tarihli yönetmeliği kabul ettiğini ve geçmiş yönetmeliklerle sağlanan menfaatlardan de hiçbir hak talep etmeyeceğini *yazılı bir belge vermek suretiyle* bildirmiş bulunmaktadır. O halde, anılan bu belge geçmiş yılların istikrarını teyit ettiği gibi, yapılagelen uygulamalardan dolayı *işvereni ibra niteliğini de taşımakta* olması itibariyle *kazanılmış bir hakkın ihlalinde söz edilemez*"⁴⁷.

Söz konusu kararda, öncelikle, uygulanmış olan iş şartlarından birisinin **uzun zamandan beri işveren tarafından tek taraflı** olarak kaldırılması halinde işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmeden iş parasını almaya devam etmesi **zımni bir kabul** anlamında görülmektedir. Ayrıca, işçinin sonradan yapılan bir yönetmeliği kabul etmesi ve geçmiş yönetmeliklerle sağlanan menfaatlardan **hiçbir hak talep etmeyeceğini yazılı bir belge ile teyit etmesinin de ibra niteliğinde olduğu** ortaya konulmaktadır⁴⁸. Görüldüğü üzere, kararda, iş şartının işverence işçinin aleyhine sonuç doğuracak bir şekilde tek taraflı olarak değiştirilmesi, işçinin zımni kabulüne bağlı tutulmakta ve bu örtülü kabulün de uzun bir zaman olan yaklaşık ondört seneye yayılan bir uygulamadan kaynaklandığı ifade edilmektedir. İşçinin daha sonra yazılı belge ile kendi aleyhine olan uygulamayı kabul etmesi de ibra niteliğinde görülmektedir. Sonuçta, aleyhine olan uygulama işçinin kabulü ile iş şartı haline gelmiş sayılmaktadır.

Buna karşılık, Yargıtay'a göre, "*sözleşmede yer alan bir hükme rağmen eksik ödenen ücrete işçinin ses çıkarmaması, bunu iş koşulu haline getirmez*"⁴⁹. Söz konusu kararda Yargıtay, hizmet akdinde işçiye her ayın ilk

47 Yarg. 9.HD, 18.4.1975, E.2260, K. 24929 ve Ünal Narmanlıoğlu'nun incelemesi, İHU 1976, İşK. 16 (No. 3).

48 Yelekçi, s. 321-322.

49 Yargıtay söz konusu kararda, "tarafklar arasında düzenlemiş olan hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde davacıya her ayın ilk haftasında ödemek üzere 5.000.000.-TL. davalı işverenin taahhüt ettiği belirtildikten sonra, "bu ödeme her yılın başında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından her yıl için çıkarılan müteahhitlik karnesi katsayısı ile

haftasında işverence 5 milyon lira ödeneceğinin öngörülmesine rağmen, **işçinin altı ay ödememeye ses çıkarmamasını**, bu uygulamanın iş koşulu haline geldiğini kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını, **mevcut akdın açık hükmü karşısında işyeri uygulaması oluşmayacağı** gerekçesiyle, isabetli olarak⁵⁰, bozmuştur. Bu kararda ise Yargıtay, işçiye yapılan ödememe uygulamasından ve dolayısıyla işçinin bunu zımnen kabul etmiş sayılmasından hareket etmemekte; sözleşmede açık bir hüküm bulunması hallerinde işçinin aleyhine sonuç doğuracak olan uygulamanın (davranışın) altı aylık bir süre içinde işyeri uygulaması olmuş sayılmasına yetmeyeceğini belirtmektedir. Başka bir anlatımla, Yargıtay'a göre, işçinin aleyhine sonuç doğuracak olan bir işyeri uygulamasından söz edebilmek için her şeyden önce, oluşması istenilen işyeri uygulaması hakkında sözleşmede açık bir hükmün bulunmaması gerekir. Sözleşmede yer alan açık hüküm, işçinin belirli bir süre o hüküm hakkında talepte bulunmamasının işyeri uygulaması haline gelmesine engel teşkil eder.

Bu durumda akla gelebilecek bir soru da, sözleşmede açık bir hükmün yer almaması fakat işçiye talep hakkı verecek olan bir işyeri uygulaması şeklinde ortaya çıkması halinde, işçinin bunu belirli bir süre talep etmemesinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmeyeceği; şayet işyeri uygulaması haline gelecekse bunun için geçmesi gerekli olan sürenin ne kadar olması gerektiğidir.

3. Somut olaya gelince, davacı öğretmen 1991 yılından itibaren davalıya ait özel öğretim kurumunda (öğretim işyerinde) çalışmış ve kendisine diğer öğretmenlere de ödenmekte olan ikramiye son iki yıldır ödenmemiştir. Geniş anlamda ücret içerisinde yer alan ikramiye alacağını alamadığı için sözleşmeyi muhtemelen İş K.m.16/II,d'ye dayanarak haklı nedenle

çarpılarak o yıl için teknik müdüre net olarak ödemeye devam olunur" denilmektedir. Görüldüğü gibi davacı için başlangıçta 5.000.000.-TL. ücret ödenmesi kabul edilmiş fakat müteakip yılın başından itibaren de müteahhitlik karne katsayısına göre ücret artışları da öngörülmüştür. Mahkemece 01.01.1993 tarihinden itibaren 5.000.000.-TL. üzerinden ücretlerin ödendiği fesih tarihine kadar geçen sürede **altı ay içinde davacının ses çıkarmadığı** ve bu durumun **iş koşulu haline geldiği gerekçesiyle fark ücret isteği de red edilmiş ise de taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin açık hükmü karşısında böyle bir sonuca varılamaz**. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, müteahhitlik karne notu ile ilgili olarak tarafların delilleri toplanarak gerektiğinde ek bilirkişi incelemesi de yaptırılmak ve 1993 karne notunun hangi tarihte açıldığı araştırılmak suretiyle hasıl olacak sonuca göre, ücret farkına karar vermek gerekir." sonucuna ulaşmaktadır. (Yarg. 9.HD, 25.05.1995, E.995/3439 K.995/18493-İBBB).

50 Kararı isabetli bulan görüş için bkz. Fevzi Şahlanan, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul 1997, s. 6; Çelik, s. 87.

feshetmek istemiş ve iki yıllık ikramiye alacağı ile kıdem tazminatının ödenmesini talep etmiştir. Muhtemelen mahkeme haklı nedenle feshin gerçekleştirilmesi gereken ve hak düşürücü olan altı günlük sürenin geçirilmesi nedeniyle feshi haklı bulmamış; haksız feshin de işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırmayacağına karar vermiş; ancak işçinin şahitlerle ispatladığı ikramiye alacağının ödenmesine karar vermiştir.

a. Burada öncelikle, işverenin bütün öğretmenlere iki yıl öncesine kadar iş şartı haline gelen bir uygulama içerisinde ikramiye ödemesi yapmadığının tespiti gerekir. Ancak karardan, senede kaç defa ikramiye ödendiği; birden fazla ödeniyorsa hangi zamanlarda ödeme yapıldığı veya yapılması gerektiği ve ne zamandan itibaren ikramiye ödemesinin yapılmadığı gibi hususlar anlaşılacaktır. Davacı işçi, kendisine son iki yıla gelinceye kadar düzenli bir biçimde işveren tarafından ikramiye ödemesi yapıldığını usul hukukuna ilişkin esaslar çerçevesinde ispatlamalıdır. Bu konuda ödeme yapıldığına dair yazılı bir belge dosya içeriğinde yer almamakta, ancak şahitler yolu ile olgunun ispatına gidilmektedir. “Bir tarafın davayı kazanmasında hukuki menfaati olan kimseler”in yeminsiz dinleneceğinden⁵¹ (HUMK.m. 247/5) de hareketle Yargıtay, ilk derece mahkemesinin işçinin ikramiye alacağına ilişkin olarak o işyerinde çalışan diğer öğretmenlerin şahitliğine dayanarak karar verilmesini isabetli bulmamaktadır: “*Davacı kendi durumunda bulunan şahitleri dinletmiş ise de bunların ifadelerine dayanarak sonuca gidilmesi doğru olmaz. Gerçekten aralarında menfaat ortaklığı vardır*”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun buna benzer bir konuda verdiği kararında ise, “*taraf arasında işçilere ikramiye ödeneceğine ilişkin yazılı ya da sözlü bir sözleşme bulunduğu yönü hükme yeterli olarak saptanmadığına göre, özellikle davalı işverenin ödeme yapıldığı iddia olunan önceki yıllara ait vergi durumunun ve savunulduğu üzere Şirketin zarar edip etmediğinin araştırılması suretiyle soruşturmanın genişletilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerekir*”⁵² denilmektedir⁵³.

51 Tanıklıktan çekinme hakkı (HUMK.m.245-246) bulunan tanık, bu çekinme hakkını kullanmayıp, tanıklık etmek isterse, bu halde tanık yeminsiz dinlenir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1774, 1795, 1799.

52 Yarg. HGK., 23.3.1983, E. 2308, K. 270 (Çenberci, s. 679, No.28).

53 Yine Yargıtay’a göre, “İkramiye alacağı konusunda da son bilirkişi raporunda belirtildiği üzere davalı işveren davacıya ikramiye ödenmediğini bildirmekle yetindiğinden bu konunun araştırılıp incelenmesi gerekir. Mahkemece ikramiye uygulaması olup olmadığı davalı işverenin kayıt ve defterleri değerlendirilerek böyle bir ödeme uygulaması

Somut olay açısından da ikramiye ödenip ödenmediği konusunda, bilirkişi ve keşif gibi diğer ispat vasıtalarından yararlanma yollarına gidilebilirdi. İlk derece mahkemesi kararının, ikramiye hakkının kesin olarak ispatlanamaması nedeniyle Yargıtay’ca bozulması ispat hukukuna ilişkin bir sorun olduğu için ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

b. Burada üzerinde durulacak husus, Yargıtay’ın ikramiye ödemesinin *“bir an için var olduğu kabul edilse bile, bunun iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durum artık iş şartı haline gelmiş sayılmalıdır”* gerekçesinin isabetli olup olmadığıdır.

Karardan açıkça anlaşıldığına göre, söz konusu ikramiye, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan bir ikramiye değildir. Zira taraflar yaptıkları hizmet sözleşmesinde ikramiye ödeneceğine ilişkin bir hükme yer vermiş değillerdir. Bu ödeme, olsa olsa, işveren tarafından tek taraflı olarak tespit edilen ve işçilerin de örtülü iradeleriyle kabul edilen ve diğer şartların da gerçekleşmesiyle işyeri uygulaması haline gelen bir ikramiyedir. Bilindiği üzere, işverenin eşit işlem yapma borcuna uymak suretiyle, tek taraflı olarak yaptığı ikramiye ödemesi, işyeri uygulaması haline geldiği takdirde, işçilere talep hakkı verir⁵⁴.

Yargıtay’a göre, bir iş şartı, şayet iki yıldır işveren tarafından yerine getirilmiyor (olay açısından ikramiye ödenmiyor) ve işçi tarafından da talep edilmiyorsa, bu durumda yeni uygulama (ikramiye ödenmemesi) da bir iş şartı kabul edilir. Yargıtay’ın olaya bu şekilde yaklaşımı gerçekten ilginçtir. İşveren tarafından iki yıldan beri ikramiye ödenmemesi ve işçinin ödenmeyen bu ikramiyeyi iki yıldır talep etmemesi, işçinin, ikramiye ödenmemesini zımnen kabul ettiğini gösterir mi? Başka bir ifadeyle, ikramiye ödenmemesi, iki yıldan beri bunu talep etmeyen işçi aleyhine bir iş şartı haline gelmiş kabul edilebilir mi?

Yukarıda da belirtildiği üzere, işyerindeki herhangi bir uygulamanın iş şartı haline gelebilmesi için genellik taşıması, devamlılık göstermesi ve aynı şartlarla sağlanması gibi özelliklerin bir arada bulunması gereklidir. Bu durumda işyeri uygulamaları işçilerin de örtülü kabulleriyle hizmet akdi hükmü haline gelir ve bunlar genellikle işçilerin lehine sonuç doğuran hususlarda söz konusudur.

Buna karşılık, işyeri uygulamaları, kural olarak, işçi aleyhine sonuç

varsa bu kalem alacağının da hüküm altına alınması gerekir.” (Yarg. 9. HD., 11.11.1999, E. 1999/13728, K. 1999/17392-Kazancı Bilişim).

⁵⁴ Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 60; Günay, C. II, s. 2132; Sümer, Uygulamalar, s. 33; Centel, s. 150.

doğuramaz. İşçi aleyhine sonuç doğuracak olan bir uygulamanın iş şartı haline gelebilmesi için, öncelikle, işçinin bir işyeri uygulaması oluşacağını bilmesi veya bilmemesine rağmen bunu öğrenmesinin mümkün olabilmesi; sonra da uygulamayı açık veya örtülü olarak kabul etmesi gereklidir.

İşçinin, aleyhine sonuç doğuracak olan işyerindeki uygulamayı açıkça kabul etmesi, şüphesiz ki, o uygulamadan feragat ettiğini, ortaya çıkacak sonuçlara katlandığını ve kendisine sağlanan menfaatlerden hiçbir hak talep etmeyeceğini genellikle yazılı bir belge vermek suretiyle bildirmiş olması durumlarında söz konusu olur. İşyeri uygulamasından önce veya sonra verilebilecek olan bu belge, gelecekte kendisine sağlanan haklardan vazgeçtiğini bildiren bir feragatname şeklinde veya geçmişte sağlanan menfaatlerden hiçbir hak talep etmeyeceğini belirten bir ibraname şeklinde olmakta ve bu durumda bir kazanılmış hakkın ihlalinden de söz edilememektedir.

İşçinin, yapılan uygulamayı örtülü olarak kabul ettiğinin söz konusu olabilmesi ise, örtülü kabul sayılabilecek hususların gerçekleşmesi ile olur. İlk, bir iş şartının uzun zamandan beri işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılması halinde işçinin **hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürmeden** uygulamayı kabul etmesi bir örtülü muvafakat anlamına gelebilir. Sonra, iş şartının **uzun bir zamandan** beri yerine getirilmemesi ve işçinin bu uygulamaya herhangi bir ses çıkarmaması da örtülü kabulü gerektiren bir davranıştır. Buna ilişkin olarak Yargıtay da, ancak uzun bir süre devam etmek şartıyla işçinin zımni kabulünün iş şartının oluşmasını sağlayacağını kabul etmektedir. Kanaatimce, burada sözü edilen **uzun sürenin tespitinde her olayın özellikleri dikkate alınmalıdır**. Bu açıdan, senede bir defa yapılan ikramiye ödemesi için, ödemenin yapılmadığı ikinci yılın uzun bir süre kabul edilmemesi gerekirken; senede üç veya dört defa yapılması gereken bir ikramiye ödemesi için ikinci yıldan sonraki süreler uzun bir süre kabul edilebilir. Ancak uzun süre, kanaatimce, **söz konusu hakkı hukuken talep edebilme süresinden de kısa olmamalıdır**. Bu da, en az dava **zamanaşımı süresi** kadardır. Zira, işçi, aleyhine sonuç doğuran uygulamayı, dava zamanaşımı süresi içinde, her zaman talep edebilme hakkına sahiptir. Aksi kabul edildiği takdirde, uygulamayı, dava hakkının bulunduğu bir zaman diliminde, işçinin örtülü olarak kabul ettiği varsayılır ki, bu da, hukukun kendisine tanıdığı dava yoluyla talep hakkının işçinin elinden alınması anlamına gelir. Bu açıdan, uygulamanın üzerinden belirli bir zaman geçmiş fakat zamanaşımı süresi dolmamış ise, hakkın kötüye kullanılması durumları hariç, o uygulamaya işçinin geçen zaman diliminde ses çıkarmamasının örtülü kabul olarak anlaşılması ve işçi aleyhine iş şartı olarak kabul edilmemesi gerekir. Zamanaşımı süresi geçmemişse işçinin örtülü kabulü

gerçekleşmemiş sayılmalı ve bu durumda da uygulama iş şartı haline gelmemelidir.

Bilindiği üzere, ücret ve ikramiye alacaklarında dava zamanaşımı süresi beş yıldır (BK.m.126)⁵⁵. İki yıldan beri işveren tarafından ikramiye ödenmemesinin iş şartı haline gelebilmesi için, işçinin buna örtülü kabulü sayılabilecek zaman olan zamanaşımı süresinin geçmesi gerekir. Ancak, işçi aleyhine sonuç doğuracak olan uygulamaya işçinin örtülü kabulünün varlığını tespit, zamanaşımı süresi içinde hakkın kötüye kullanılması gibi durumların da göz önünde bulundurulması ve hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukukça korunmaması gerekir.

Şu halde, bir işyeri uygulaması kural olarak işçi aleyhine sonuç doğuramaz. Eğer bir uygulama işçi aleyhine sonuç doğuruyorsa, bu durumda işçinin açık kabulü veya zımni kabul sayılabilecek davranışlarının bulunması gerekir ki ancak bu hallerde o uygulama iş şartı haline gelmiş sayılır.

Olayda ise, Yargıtay'ın varsayımdan hareketle işverenin iki yıldan beri ikramiye ödememesi uygulamasının iş şartı haline geldiğini kabul etmesi ve bu durumda uygulamanın işçinin aleyhine bir sonuç meydana getirip getirmediğini dikkate almaması, kanaatimce isabetli değildir. Bu nedenle, sadece bu gerekçe açısından söylemek gerekirse, işyeri uygulaması haline geldiği kabul edilen bir ikramiyenin iki yıldan beri ödenmemesi ve bunun işçi tarafından bu süre içinde dava yoluyla talep edilmemesi, işçinin aleyhine olan ikramiye ödememe uygulamasını iş şartı haline getirmemelidir.

III. SONUÇ

İlk derece mahkemesinin işçinin ikramiye alacağına ilişkin olarak verdiği olumlu kararını, Yargıtay, öncelikle, bu tür bir ödemenin yapıldığını gösteren yazılı bir belgeye rastlanmaması; sonra, davacı ile aynı durumda bulunan ve aralarında menfaat ortaklığı olan şahitlerin ifadelerine dayanarak sonuca gidilmesinin doğru olmayacağı ve nihayet, *“bir an için ikramiye ödemesinin mevcut olduğu kabul edilse bile, iki yıldan beri ödenmediği ortada olduğuna göre böyle bir durum artık iş şartı haline gelmiş sayılmalıdır”* gerekçeleri ile bozmuş ve davanın reddine karar verilmesi gerekçelerini belirtmiştir. Yargıtay'ın, ikramiye alacağının ispatlanmadığını gerekçe göstererek bozması düşünülebilir ise de; işçi aleyhine sonuç doğuran ve işçinin açık veya örtülü kabulünü içermeyen bir uygulamanın (işverence iki yıldan beri ikramiye ödenmemesinin) iş şartı haline gelmiş kabul edilmesi kanaatimce isabetsizdir.

⁵⁵ “Ücret ve ikramiye alacağı, dava tarihinden geriye doğru gidilmek üzere 5 yıllık zamanaşımına tabidir.” (Yarg. 9. HD, 03.10.1988, E.988/5877 K.988/8225 -İBBB).

BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİ KANUNU'NA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ***

GİRİŞ

Emeklilik, bir kimsenin, belirli bir yaşa kadar prim veya kesenek ödeyerek çalışması ve çalışmayı bedeni bir sebep veya başka bir nedenle bırakmanın sonucu, eski kazancının bir kısmını herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın hak kazanması halidir.

Emeklilik sosyal güvenlik bağlamında ele alınan bir sigorta türüdür. Bilindiği gibi, ülkemizde sosyal güvenliğin üç ayağı vardır. Birinci ayakta, kamu sosyal güvenlik sistemi; ikinci ayakta, 506 sayılı Yasanın geçici 20 nci maddesine göre kurulmuş olan dayanışma sandıkları ile 743 sayılı Türk Medeni Kanununa dayanılarak kurulan vakıflar ve üçüncü ayakta ise, “hayat sigortası” ile “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu”¹ ile ihdas edilen “bireysel emeklilik sistemi”dir.

Kamu sosyal güvenlik kurumları tarafından oluşturulan birinci basamak, zorunlu katılıma dayalı, asgarî bir emeklilik gelirinun sunulduğu, dağıtım esasına göre işleyen ve gelirin yeniden dağıtılması amacına yönelik bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle, birinci basamak emeklilik sistemleri sosyal bir devlet olmanın gereği olarak her bireye emeklilikte yaşayabileceği asgarî bir geliri sağlama amacına yöneliktir. İkinci basamak emeklilik sistemleri, zorunlu veya isteğe bağlı olarak asgari emeklilik gelirine ek, bireylerin aktif çalışma yaşamlarındaki gelirlerini korumaya yönelik ve çoğunlukla işyeri bazı emeklilik sistemleri olup fonlu veya fonsuz olarak düzenlenebilmektedir. Üçüncü basamak emeklilik sistemleri ise bireylerin emekliliğe yönelik

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ 28.3.2001 tarih ve 4632 sayılı “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu” (BETYSK) (R.G. 07.04.2001, S. 24366).

gönüllü katkılarından oluşan ve tamamıyla bireysel hesaplarda takip edilen fonlu sistemlerdir.

Ülkemizde SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı aracılığı ile sunulan emeklilik hizmetleri birinci ve ikinci basamağı karşılamakta; üçüncü basamak emeklilik hizmetlerinde ise kısmen hayat sigorta şirketlerince sunulan ürünler bulunmaktadır.

Bu, hayat sigortası şirketleri halinde faaliyette bulunan özel sigorta şirketleri de, belli bir zaman dilimi içerisinde toplamış olduğu primlerin birikimlerini, belli bir süre sonra, mesela on yıl sonra, sigortalıya ya defaten bir defada topluca ya da ömür boyu, aylık şeklinde ödemektedir; ancak, ne var ki geçmiş yıllardaki uygulamalarda sıkça görüldüğü gibi hayat sigortası şirketlerinden emekli olan bireylerin, toplu ya da aylık maaş şeklinde de olsa, almış oldukları ücretler beklentilerinin çok gerisinde kalmıştır. Bunun nedenlerinden biri, enflasyondaki yüksek artış ve krizler olduğu kadar, bir diğeri de hayat sigortası şirketlerinin toplamış olduğu primlerin sermaye piyasası araçlarından yararlanamamasıdır. Örneğin, 1995 yılında bu şekilde bir özel emeklilik şirketinden emekli olan bir kişinin aylık maaşı 19 milyon liradır. İşte, bu yakınmalara meydan vermemek amacıyla bireysel emeklilik şirketleri kurulmaktadır.

Türkiye’de mevcut sosyal güvenlik sistemi, hem çalışanları hem de çalışma hayatını tamamlayan kimseleri tatmin etmemektedir. Özellikle emekli aylıkları, onların insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmelerine imkan tanımamaktadır. Emeklilik sistemi, ülkemizde, 1930’da, 1683 sayılı Kanunla ele alınmış, ancak 1934’ten sonra uygulamaya konulabilmiştir. 1989’da, isteğe bağlı emeklilik sınırı kadınlar için 45, erkek emekliler için 50 yaştır. 26 Şubat 1992’de çıkarılan kanunla yaş sınırı şartı kaldırılmıştır. Kadınlarda 20, erkeklerde 25 hizmet yılı emeklilik sınırı olarak kabul edilmiştir; ancak, bu sistem de kısa zamanda iflas etmiştir. Sosyal güvenlik kuruluşları, Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur, Emekli Sandığı, sosyal yardımlar bir yana, emekli maaşlarını bile ödeyemez duruma gelmiştir.

Emekliler için çalışma hayatı sonrasındaki bu sıkıntıların çözümlenmesi için, yeterli düzeyde olmasa da, her çevreden öneriler yapılmaktadır. Bu çözüm önerileri nihayet sonuç aşamasına gelmiş ve yasa koyucu bu konuda bir yasa hazırlamıştır. Söz konusu Yasa, emeklilerin sorunlarının çözümü için atılmış büyük bir adım olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte bu

Kanunda, göz ardı edilemeyecek bir takım aksaklıklar bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı, “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu”nda bulunan bu aksaklıkların ortaya konulmasıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, sigortacılık sektörünün atılım yapabilmesi açısından hayati önem arz eden bu kanun, diğer gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde yaşanan olumlu ve olumsuz tecrübeler göz önüne alınarak, ülke şartlarına uygun, geniş toplum kesimleri tarafından benimsenen, finansal yönden kendi kendine yeterli bir özel emeklilik sistemi şeklinde dizayn edilseydi, sigorta sektörünün çağdaş prim üretim ve varlık düzeyine ulaşabileceği bir atılım gerçekleştirebilirdi. Her şeyden önce Kanun, dili itibariyle eleştiriye açıktır. Kanunda kullanılan bazı ifadeler yeterince açık değildir. Örneğin, daha ilk maddede Kanunda hüküm bulunmayan hallerde sermaye piyasası ve sigortacılık mevzuatının ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu ifadelerden ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Sigortacılık mevzuatı neyi ifade etmektedir? Denetim kanunu olan Sigorta Murakabe Kanununu mu yoksa Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta ile ilgili hükümlerini mi? Kanunun diğer maddelerinin incelenmesinden ortaya çıkan ise söz konusu göndermenin, daha ziyade Sigorta Murakabe Kanunu'na yapıldığıdır. Kanunun 9. maddesinde yer alan “fiziksel mekan” ifadesi de açık değildir. Bu ifade ile mekanın merkeziliği mi yoksa genişliği mi hedeflenmektedir? Özellikle de fiziksel mekan, teknik ve idari yapı ile insan kaynaklarının uyumu nasıl sağlanacak, bu konuda objektif kriterler nasıl konulacaktır? Böylesine sübjektif ve içi boş kavramlar, bir Kanunda bulunmamalıdır. Yine, şirketin iflasının Bakan tarafından istenmesi yerine Bakanlık tarafından istenmesi şeklindeki ifade daha yerinde olurdu.

Çalışmamızda Kanun, öncelikle amacı bakımından ele alınmıştır. Kanun, sosyal güvenliğin sağlanmasından ziyade ülke ekonomisine katkı sağlamak amacıyla çıkarılması eleştiriye açıktır. Çıkarılacak her kanunun genel ve yürürlükte bulunan hukuk sistemi ile bir uyum göstermesi gerektiği anlayışından hareket ederek, çalışmamızın ikinci kısmında Kanunun mevcut kanunlarla çelişkisi ortaya konulmuştur. Kanunun kendi içinde de aksayan ve yetersiz kalan hükümleri bulunmaktadır. Bunlar da ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Son başlıkta ise Kanunda hiç düzenlenmeyen, fakat bireysel emeklilik sisteminde mutlaka bulunması gereken hususlar gerekçeleri ile birlikte ortaya konulmuştur. Nihayet çalışmamız toplu bir değerlendirme ve “delege feranda” tekliflerden oluşan “sonuç ve öneriler”le tamamlanmak-

tadır².

I. AMACI BAKIMINDAN KANUN

Kanunun gerekçesinde “ülkemizde emekliliğe yönelik tasarrufların mali sektör içerisinde ülke ekonomisinin hizmetine sunulması amaçlanmıştır” denilmek suretiyle, emeklilik fonlarıyla bireylerin tasarruflarının yatırımlara yönlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir³. Böyle bir amaç, ilk hedefi

² Bu çalışmada, doğrudan atıf yapılmamakla birlikte yazarlar tarafından çalışmada yararlanılan ve okuyucuya tavsiye edilen diğer kaynaklar şu şekilde sıralanabilir: Yusuf Alper, “Sosyal Güvenlik Sisteminde Kriz ve Reform İhtiyacı, İşveren, C.34, S.5, Şubat, 1996; Kadir Arıcı, Sosyal Güvenlik, Ankara 1999; Kadir Arıcı, Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 1997; Rıdvan Budak, “Sosyal Güvenlik Reformu Tek Başına Ele Alınmaz”, Görüş, Kasım 1997; Tankut Centel, Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim, Avrupa/Türkiye Karşılaştırması, İstanbul 1997; Tankut Centel, “Türkiye’de Sosyal Sigortaların Standartlaştırılması Üzerine Bir Deneme”, İş Hukuku Dergisi, C. I, İstanbul 1991; Çağatay Ergenekon, “Sosyal Güvenlik Sistemleri Bağlamında Özel Emeklilik Uygulamaları: Türkiye’deki Gelişime Global Perspektifte Bir Bakış”, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması, 1998; H.Mahir Fisunoğlu, “Emeklilik Ekonomisi: Dünyada ve Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemleri: Özel Hayat Sigortacılığının Sistem İçerisindeki Konumu”, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması, 1998; Bayram Meral, “Sosyal Sigortalar Sirtımızdaki Ceket Kadar Bizimdir”, Yeni Yüzyıl, 14.3.1996; Jose Pintera, “Empowering Workers: The Privatization Of Social Security In Chile” Cato Journal, Vol.15, No:2-3; A.Can Tuncay, “Tüsiad’ın Sosyal Güvenlik Raporunun Ardından, Çimento İşveren, Ocak 1998; Samim Ünán, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998; “Mitteilung der Kommission zu einem Binnenmarkt für die zusaetzliche Altersversorgung 11.5.1999 (COM(99) 134 endg.)” <http://europa.eu.int/>; TİSK, Gelişmiş Ülkelerde ve Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Yeniden Yapılandırılması, TİSK Yayın No.160, Ankara 1997; TİSK-TÜRK-İŞ-HAK-İŞ-DİSK, Sosyal Güvenlik Konulu Rapor, No.2, İşçi ve İşveren Konfederasyonları Zirve Toplantıları, 1994; TOBB, Sosyal Güvenlik, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1993; TÜSİAD Raporu, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul, Ekim 1997; TÜSİAD, Emekli ve Mutlu, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Sorunları, Çözüm Önerileri, Özel Sigortacılık Girişimi, İstanbul 1996; “Untersuchung über die Altersversorgungssysteme in den Mitgliedstaaten der Europaischen, Mai, 2000” <http://europa.eu.int/>; World Bank (1994) Averting the Old Age Crisis. New York: Oxford University Press; “Zusaetliche Altersversorgung im Binnenmarkt: Grünbuch-5.6.1997”, <http://europa.eu.int/>.

³ Bireysel emeklilik sistemi ile getirilen düzenleme kapsamında emeklilik yatırım fonlarının kurulması ile birlikte, sadece sosyal güvenlik sistemimizi tamamlayıcı değil, aynı zamanda sermaye piyasalarımıza kaynak aktarımı sürecinde de önemli bir rol üstlenecek bir yapı oluşturulacaktır. Bireysel emeklilik sisteminin sermaye piyasalarına katkıları hakkında bkz. Doğan Cansızlar, “Bireysel Emeklilik Sistemi ve Sermaye Piyasaları”, TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 11-13. Ayrıca, tasarrufların bireysel emeklilik sistemine yönelmesinin kalkınma açısından çok önemli olduğu konusunda bkz. Namık Dağalp, “Tasar-

sosyal güvenliği sağlamak olması gereken bir kanuna uygun düşmemektedir⁴. Elbette ki, emeklilik fonlarında toplanan portföy, ekonomiye bir katkı sağlayacaktır⁵. Ancak bunun asıl amaç olarak Kanun gerekçesinde zikredilmesi isabetli değildir. Fon portföyü, ancak dolaylı olarak ekonomide ivme aracı olarak kullanılmalıdır. Kanun ile öncelikle, vatandaşların emeklilikte refah düzeylerinin artırılması hedeflenmeliydi. Bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının ekonomiye uzun vadeli kaynak sağlayarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunması ise ikincil bir amaç olmalıydı. Başka bir deyişle, bireyler, kendi emekliliklerine yönelik gönüllü katkılarıyla, yarınlara güven içinde bakabilmeli, buna ek olarak, oluşturulacak fonlar, toplumun bugününü ilgilendiren istihdama ve ekonomik büyümeye katkı sağlamalıydı.

Kanun gerekçesinde daha nitelikli, daha yüksek seviyede sosyal güvenlik hizmeti vermenin amaçlandığı ifade edilmekle birlikte, aslında geri planda gizlenen esas amacın, daha çok kamu finansman açıklarını kapatmak, kamunun uzun vadeli borçlanmalarında kaynak oluşturmak, ulusal tasarruf eğilimini artırmak olduğu sezilmektedir. Amaç, sosyal güvenlik sistemindeki sorunları çözmek olduğuna göre, özel emeklilik fonlarının para ve sermaye piyasalarına fon girişi sağlamak gibi ikincil fonksiyonlarını ön plana alarak, geniş halk kitlelerinin geleceği için olumsuz sonuçlara yol açmamak gerekirdi.

rufların Bireysel Emeklilik Sistemine Yönelmesi, Kalkınma açısından çok önemlidir”, TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s.14-19; Mustafa Ali Su, “Sigortacılık Açısından Bireysel Emeklilik Sistemi”, TİSK İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 23. Mali çevreler bakımından kanunun yatırım ve kalkınma amacının daha öncelikli görüldüğü yönünde bilgi için bkz. Kadir Arıcı, “Sosyal Güvenlik Sistemimiz İçin Yeni Bir Tecrübe: Özel Emeklilik Fonları”, TİSK, İşveren, Aralık 2001, C. XL, S. 3, s. 20-21.

4 Rayegan Kender, “Kanun Yapma Tekniği ve Mevzuat Açısından Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Taslağı”, Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1991, s. 15.

5 Sosyal güvenliğin ekonomik düzene etkisi konusunda bkz. A.Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. B., İstanbul 2000, s. 50-51; Ali Güzel/Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7.B., İstanbul 1999, s. 53-58.

II. KANUNUN MEVCUT KANUNLARLA ÇELİŞKİLERİ

A. Türk Ticaret Kanunu ile Çelişkileri

1. Kuruluş İzni Bakımından

Kanunda emeklilik fonu işletebilecek şirketlerin şirket türü belirtilmiştir (BETYSK m. 8/a). Buna göre emeklilik şirketleri, ancak anonim şirket şeklinde kurulabilirler. Anonim Şirketin kuruluşuna dair şartlar ise Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde anonim şirket tüzel kişilik kazanmaktadır. Anonim şirketin kuruluşu Türk Ticaret Kanunu'nun 276-311. maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Öyle ki, bu maddeler arasında kuruluşun çeşitleri, şartları, kuruluşun doğan sorumluluk ve kuruluş işlemleri dolayısıyla gerçekleştirilen kanuna karşı hile işlemleri yer almıştır.

Anonim şirketlerin kuruluşu ani ve tedrici kuruluş olmak üzere ikiye ayrılmakla birlikte uygulamada ani kuruluş çeşidi yaygındır. Anonim şirketler belirtilen şartların yerine getirilmesi ile kendiliğinden tüzel kişilik kazanamazlar. Türk hukukunda halen hakim olan "izin sistemi" ilkesine göre tüzel kişiliğin kazanılabilmesi için Ticaret Bakanlığından bir iznin alınması gereklidir. Emeklilik fonu işletmek için kurulacak bir anonim şirket için ise ayrı bir kuruluş izninin de alınması gerekmektedir (BETYSK m. 8). Bu durumda emeklilik şirketi, iki ayrı yerden izin almak zorundadır. Buna göre Ticaret Bakanlığı'ndan izin alan bir emeklilik anonim şirketi, ayrıca bir de Hazine Müsteşarlığı'ndan izin almak zorundadır.

Müsteşarlık ile Ticaret Bakanlığı'nın yapacağı inceleme farklı esaslara dayanacağından, "kuruluş izni"nin söz konusu her iki aşamada da alınmaması ihtimali ortaya çıkabilir. Şayet Ticaret Bakanlığı tarafından izin verilmiş ise, şirket tüzel kişilik kazanamayacaktır. Eğer Ticaret Bakanlığından izin alınmış, fakat Müsteşarlıktan izin alınmamış ise, bu durumda Ticaret Bakanlığı'ndan izin alan şirket, Türk Ticaret Kanunu'na göre tüzel kişilik kazanacak; ancak Hazine Müsteşarlığı'ndan "kuruluş izni" alamadığı için, şirket ya ana sözleşmesini değiştirecek ya da kendiliğinden sona ererek tasfiye aşamasına girecektir. Çünkü emeklilik şirketinin esas sözleşmesinde faaliyet alanı olarak ancak emeklilik fonu işletimi, ferdi kaza ve hayat sigortacılığı gösterilebilmektedir. Kuruluş iznini alamayan emeklilik şirketi, Türk Ticaret Kanunu'nun 434. maddesine göre "amacına ulaşması imkansız ola-

çağından" infisah edecektir. İnfisah durumunun ortaya çıkması halinde tüzel kişiliğin devamı tasfiye amacına yönelecek ve şirketin ehliyeti sınırlanacaktır⁶.

Devletin modern hukuk sistemlerinde özel teşebbüslere müdahalesi iki safhada olabilir. Kuruluşta ve çalışma hayatları boyunca devlet söz konusu şirketleri denetime tabi tutabilmektedir. Modern sistemde devlet, özel alanlarda faaliyet gösterecek şirket türünü belirlemekte ve bu şirketlerin faaliyetlerine başlamadan önce bazı şartların yerine getirilmesini isteyebilmektedir. Ancak şirketlerin kuruluşu, tamamen özel kanunlarına bırakılmaktadır. Yani anonim şirket Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmakta, ancak faaliyetlerine başlayabilmesi için ayrı bir çalışma izni (ruhsat) almaktadırlar. Bu durum hukuki birliğin ve istikrarın da temel şartını oluşturmaktadır⁷.

Kanun, bu açıdan incelendiği zaman hukuki birliğin sağlanamadığı görülmektedir. Çünkü Kanun hükümleri anonim şirketlerle ilgili düzenlemelerin yapıldığı Ticaret Kanunu'nun kuruluş hükümlerini değiştirmekte ve adeta tasfiye amacına yönelik şirketlerin doğumuna sebep olabilmektedir.

2. Sermaye Miktarı Açısından

Türk Ticaret Kanunu'nda bulunan ve anonim şirketlerin esas sermayesini tespit eden hüküm, bu Kanunla değiştirilmiş bulunmaktadır. Özellikle rakamların Türkiye'de yaşanan enflasyonist ortamda hızla eskidiği düşünüldüğünde Kanunda kuruluş sermayesi için aranan sermaye tutarı olan 20 trilyon yararlı görülebilir (BETYSK m. 8 c).

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde özel kanunlarda aksine hüküm konulabileceği öngörülmüş ise de burada belirlenen 20 trilyonluk rakamın çok yüksek olduğu belirtilmelidir. Emeklilik fonları için sermayeden ziyade teşkil edilecek olan portföy önemlidir⁸. Yüksek miktarda

⁶ Krş. Yalçın Çakalır/Mehmet Somer, "Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Şirketler Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1991, s. 59-60.

⁷ Kender, s. 12.

⁸ Aynı yönde eleştiri için bkz. Haşim Ekener, "Kanun Taslağının Tatbikatçı Açısından Değerlendirilmesi", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1992, s. 81, 82; Rayegan

sermayenin öngörülmesi büyük holdingler ve bankalar bakımından sakınca teşkil etmemekle birlikte rakip sigorta şirketleri için ağır şartlar ortaya çıkarmaktadır. Bu durum ise sektörde kartelleşmeye sebep olabilecek ve yeni emeklilik şirketlerinin kurulmasını zorlaştıracaktır⁹.

Kanunun 8. maddesinin son fıkrasında Müsteşarlığa kuruluş izninde gerekli olan sermaye tutarının Devlet İstatistik Enstitüsü Toptan Eşya Fiyat Endeksinin iki katının gerektirdiği miktar ve sınırları aşmamak şartıyla artırabilme yetkisi de verilmiştir. Bu hüküm de enflasyonun çok yüksek seyrettiği ve krizler ülkesi olan ülkemiz bakımından faydalı olarak görülebilir. Ancak anonim şirket olarak kurulan emeklilik şirketleri de kar amaçlı kurulmuşlardır. Dolayısıyla elde edilen karın sürekli sermaye artırımına yöneltilmesi şirketin faaliyet ve amacı ile bağdaşmaz ve bu sektöre girmek isteyenleri olumsuz etkiler¹⁰.

3. Ruhsatname Alma Açısından

Kanunun 9. maddesi ile, kuruluş izni alan şirketin faaliyete geçebilmesi için emeklilik branşında faaliyet ruhsatı alma zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla emeklilik şirketinin kuruluş izni alması onun faaliyete geçebilmesi için yeterli olmamakta, aynı zamanda ruhsatname almak zorunda da kalmaktadır. İkili bir izin sisteminin alınmasının şirket işleyişini güçleştirdiği ve bürokrasiyi artırdığı ortadadır. Bu sebeple kuruluş izni almak için gerekli şartlar ruhsatname almak için getirilmelidir.

Kanunda getirilen düzenlemeye göre emeklilik branşında ruhsatname alan bir şirketin ruhsatın verilmiş tarihinden itibaren en geç üç ay içinde fon kurmak amacıyla Kurul'a başvurması gerekmektedir. Bu başvurunun zamanında yapılmaması veya başvurunun reddedilmesi halinde verilmiş olan kuruluş izni ve faaliyet ruhsatı kendiliğinden geçersiz olacaktır (BETYSK m. 9). Burada usulî bir işlem olan başvurunun yapılmaması veya fon kurma

Kender, "Tartışmalar", Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, İstanbul 1992, s. 103.

⁹ Krş. M.Kemal Omağ/Mehmet Somer, "7397 Sayılı Murakabe Kanunu'nun Kanun Hükümünde Kararnamenin Anonim Şirketler Hukukuna İlişkin Olmak Üzere Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", Sigorta Murakabe Kanunu'nda Değişiklik Yapan 539 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 23 Aralık 1994, Sigorta Hukuku Dergisi, S. 1, İstanbul 1996, s. 27.

¹⁰ Krş. Omağ/Somer, s. 27.

başvurusunun reddedilmesi halinde hem kuruluş izni hem de ruhsatnamenin iptali son derece ağır bir sonuçtur. Yüksek bir sermaye ve ağırlaştırılmış koşulları yerine getiren bir emeklilik şirketinin ruhsatnamesinin elinden alınması ve bir defada kurulmamış sayılması isabetli değildir. Böyle bir durumda şirkete yeni bir süre tanınması ve bu sürede eksikliklerini tamamlayan şirketin faaliyetine devam edebilmesi öngörülmeliydi.

4. Yönetim Kurulu Değişikliği Açısından

Kanunun 14. maddesine göre mali bünyenin güçlendirilmesi için Bakan'ın alabileceği tedbirler arasında yönetim kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak yönetim kurulu na üye atama da sayılmıştır. Oysa Türk Ticaret Kanunu'na göre, anonim şirketlerin üye sayılarının şirket esas sözleşmesinde gösterilmesi gereklidir (m.279/II). Yönetim kurulu ilk kuruluşta esas sözleşme ile ve daha sonra da genel kurul kararı ile değiştirilebilmektedir. Öğretide kabul edildiği üzere yönetim kurulunu seçme ve azletme yetkileri genel kurulun münhasır yetkilerindedir. Anonim şirketlerde esas sözleşmenin nasıl değiştirileceği ise Türk Ticaret Kanunu'nun 385. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Kanunda, Türk Ticaret Kanununun bu hükümlerini değiştiren bir hüküm yer almadığına göre emeklilik şirketleri de TTK.m.385 ve devamı hükümlerine tabi olacaktır. Kanun kendi içerisinde de bir uyumu sağlayamamıştır. Çünkü, Kanuna göre, emeklilik şirketinin esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için Müsteşarlığın uygun görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir (BETYSK m. 13). Bu takdirde Bakan, tek başına işlemi nasıl gerçekleştirecektir? Kanunun hem Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile hem de kendi içerisindeki diğer hükümlerle çelişkiye düştüğü görülmektedir¹¹.

B. Sigorta Denetleme Kanunu Açısından

Sigorta Murakabe Kanunu'na göre sigorta şirketleri münhasıran sigortacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulabilmektedirler (m.2/a). Buna göre sigorta şirketlerinin sigortacılık dışında başka faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Ayrıca Sigorta Murakabe Kanunu'nun 7. maddesine göre "sigorta şirketleri, hayat sigortaları ve hayat dışı ana gruplarından sadece birinde faaliyet gösterebilirler". Fakat Kanun ile bir taraftan emeklilik şirketlerinin

¹¹ Krş. Çakalır/Somer, s. 71 vd.

hayat ve ferdi kaza sigortalarında faaliyet gösterebileceği hükme bağlanmışken (BETYSK m.8) diğer taraftan da geçici bir madde konularak emeklilik şirketlerinin kuruluşunda aranacak şartların belirlendiği 8. maddenin gereği yerine getirilmek kaydıyla hayat sigortası şirketlerinin emeklilik sigortası şirketlerine geçişi sağlanmıştır (BETYSK Geçici Madde 1). Sigorta şirketlerine mahsus bir alan olan hayat sigortacılığında, yatırım fon işletmeciliği yapan ve tamamen farklı bir sistem üzerine kurulmuş emeklilik şirketinin faaliyet göstermesi doğru değildir. Sigorta Murakabe Kanunu, sigortacılık temelinde işleyen hayat dışı sigortaların bile hayat sigortalarından ayrı olarak işletilmesini öngörmüş iken¹², Kanunun fon sistemi üzerine kurulu emeklilik şirketinin hayat sigortacılığı yapmasına izin vermesi son derece hatalıdır.

Kanunda hayat sigorta şirketlerinin emeklilik şirketlerine dönüşebilmesine ve emeklilik şirketlerinin hayat sigortası branşında ruhsat alabileceklerine dair düzenlemeler bulunmaktadır (BETYSK m. 8 ve Geçici Madde 1). Hayat sigortalarında faaliyet gösteren emeklilik şirketleri, bir taraftan fon tesis edecek ve bunu işletecekler; diğer yandan da hayat sigortası sözleşmeleri yapabileceklerdir. Bu durumda şirketin hayat sigortalarına ait teminat tesis etme yükümlülüğü ve ayrıca fon işletme görevi de bulunacaktır. Kanun bu hususu, “şirketin emeklilik branşı dışında başka bir branşta da faaliyet göstermesi halinde her bir branşa ait hesaplar ayrı tutulur” şeklinde ifade etmiştir.

Emeklilik şirketlerinin bünyelerinde hayat ve ferdi kaza sigortaları ile emeklilik fonunun bulunmasına izin verilmesi doğru değildir. Emeklilik şirketi, fon işletmek üzere kurulmuş, teknik ve idari yapısı bu sisteme göre ayarlanmıştır. Oysa hayat ve ferdi kaza sigortaları sigorta esaslarına göre kurulmuştur ve emeklilik fon yönetimi esasından tamamen farklıdır. Birbiri ile uyumlu olmayan bu iki sistemin bir şirket bünyesinde toplanması sigortacılığın mahiyetine ters düşmektedir. Yatırım fonu tesisi, sigortacılık faaliyeti olarak görülmemelidir.

Emeklilik şirketlerinin hayat sigorta şirketlerine göre yüksek sermaye öngörmeleri, emeklilik şirketlerinin hayat ve ferdi kaza sigortası alanında faaliyetlerine izin verilmesi, buna karşın hayat sigorta şirketlerinin ancak

¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Rayegan Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I, İstanbul 1999, s. 39 vd.

emeklilik şirketi statüsüne geçmek kaydıyla emeklilik fonları oluşturabilmesi fırsat eşitliğine aykırıdır. Yüksek sermayeli ve mahiyeti itibarıyla özel sigortacılıktan tamamen ayrılan emeklilik şirketlerinin, hayat sigortası poliçesi de satarak sundukları ürün çeşidini genişletmeleri, buna karşın mahiyetleri icabı hayat sigortası poliçesi satmak için kurulmuş şirketlerin faaliyet alanının kısıtlanması rekabetin kanun tarafından hayat sigorta şirketleri aleyhine bozulmasına bir örnek teşkil edecektir. Kanunun bu hükmü, yakın bir gelecekte sadece hayat sigortası poliçesi satan sigorta şirketlerinin sigorta pazarından çekilmesine neden olacaktır. Bu da rekabetin sigorta şirketleri aleyhine açıkça bozulmasıdır.

III. KANUNUN AKSAYAN YÖNLERİ

A. EMEKLİLİK SİSTEMİNE KATILMA

Kanunun 4 üncü maddesi, emeklilik sistemine katılma ve emeklilik sözleşmesini düzenlemektedir. Söz konusu maddede, emeklilik sözleşmesinde bulunacak hususların açık, net ve anlaşılabilir olması yönünde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Sözleşmelerde kullanılacak genel işlem şartlarının açık ve anlaşılabilir bir dille yazılması hususu belirtilmeliydi.

Genel işlem şartları açık ve kolay anlaşılır bir biçimde ifade edilmeli, önemli hususların altı çizilmeli ve yalın bir anlatım seçilmelidir. Hatta gereksiz ayrıntı ve tekrarlardan kaçınarak genel şartların sayısı da azaltılmalıdır. Özel sigorta poliçelerinde olduğu gibi, ancak büyüteçlerle okunabilen küçüklükte olmamasına azamî dikkat edilmelidir. Böylece daha büyük puntolarla ve okunaklı bir biçimde basılması sağlanmalıdır. Sözleşme açık olmayan ve birden çok anlama gelen hükümler içermemelidir¹³.

Genel işlem şartlarının sadece idari makamlar tarafından onaylanması ve onlar tarafından kontrolü, katılımcıları yeteri kadar koruyamaz. Aynı husus sigorta sözleşmeleri genel işlem şartları için de geçerlidir. Bilindiği gibi sigorta genel işlem şartları da denetim organları tarafından kontrol edilmekle birlikte halen söz konusu sözleşme şartlarında sigorta ettirenleri mağdur eden bir çok hüküm bulunabilmektedir. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'na emredici hükümler koymak suretiyle sigorta ettirenlerin yeterince

¹³ Bkz. Mehmet Bahtiyar, "Sigorta Poliçesi Genel İşlem Koşulları", *Batider*, 1997, Sayı 2, s. 87 vd.

korunmasını sağlamayı amaçlamıştır. Bilindiği gibi Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinde emredici hükümler ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bunun gibi bir düzenlemenin Emeklilik Yasası'nda da bulunması gerekirdi.

Kanunun 4. maddesindeki "bireysel emeklilik sistemine, medenî hakları kullanma ehliyetini haiz kişiler katılabilir. Sisteme katılacak kişiler, şirkete emeklilik sözleşmesi imzalamak zorundadırlar" ibaresi yer almaktadır. Bu, sistemin sağlıklı işleyişi açısından uygun bir düzenlemedir; ancak, burada, kanunî ehliyeti haiz olmayan, 18 yaşından büyük, ailesinin bakımına muhtaç kişilerin de bu sisteme katılımları sağlanabilmeliydi. Bu kişilerin primleri aileleri tarafından yatırılmak suretiyle emeklilikleri sağlanacak, ailelerin yükü kısmen azaltılmış ve ailelerin bu kişilerle ilgili gelecek kaygıları giderilmiş olacaktır.

B. EMEKLİLİK YAŞ SINIRI

Kanuna göre, katılımcı, en az 10 yıl prim ödemek şartıyla, 56 yaşını tamamladıktan sonra emekli olmaya hak kazanmaktadır (BETYSK m. 6). Emekliliğe hak kazanan katılımcı, birikimlerinin tamamını alabilmekte veya şirketle yapacağı anlaşmayla, yıllık gelir sözleşmesi şeklinde kendisine maaş bağlanabilmektedir.

Kanun, gönüllülük esasına dayandığı ve çalışanlara ikinci bir emeklilik sunduğu için emeklilik yaşının yüksek tutulması kendi içerisinde tutarlı görülmemektedir. Zira bu sistemde emeklilik, kamu emekliliğine ilaveten kişilerin tasarruf amaçlı yatırımlarının emeklilik şirketine yatırılmasından ibarettir. Şayet bireysel emeklilik sistemi, kamu emeklilik sistemine alternatif olarak kurulmuş olsaydı, Kanunda söz konusu olan yaş sınırı makul görülebilirdi.

Emeklilik için yüksek bir yaş sınırının getirilmesi, bu sisteme rağbeti engelleyen bir faktör olarak görülebilir. Zira, 18 yaşında sisteme katılan bir kişi, 38 sene prim ödedikten sonra emeklilik hakkı kazanacaktır. Bu da onun bu sisteme katılmamayı tercih etmesi anlamına gelir ki, fona veya sisteme katılan sayısı istenilenden az olacak demektir.

Bu sistemde, diğer sosyal güvenlik sistemlerinde olduğu gibi, devlet katkısı yoktur. Biriken paranın tamamı katılımcıya aittir. Sistemde yaş sınırı getirilmesi, sistemin cazibesini azaltmaktadır. Kanaatimizce, yaş sınırı olmaksızın en az 25 yıl prim ödeyenlere emeklilik hakkı tanınmalı idi. Bununla birlikte 10 yıl prim ödeyenlere 56 yaşında emekli olabilmeleri bir imkan

olarak sunulmalıydı. Bu durumda, 20-25 yaşındaki bir kişi, 25 yıl prim ödeyerek, 45-50 yaşında emekli olma imkanına kavuşabilir. Bu tür cazip imkânlar sağlanmadığı için, kişiler, bu sisteme girmek yerine, birikimlerini kendileri değerlendirmeyi tercih etme alternatifini düşünebileceklerdir. Kişinin sistemde 10 yıl kalıp da emeklilik hakkı kazanması yerine, genç jenerasyonun 15-18 yaşından itibaren bu sisteme katılmasını sağlamak ve 25 yıl prim ödeme şartıyla emekli olabilmesine imkân tanımak daha isabetli olacaktır. Böylece, fonda çok daha büyük miktarda para birikimi sağlanacak ve ülke ekonomisi de kazançlı çıkacaktır.

Bilindiği üzere, dünyada, standart sosyal güvenlik yerine, kademeli ve nimet külfet dengesine dayalı bir sisteme doğru gidilmektedir. Prim ödemeye başlama yaşıyla ilgili bir sınırlama mümkün olsa bile, emeklilik için 56 yaş gibi bir sınırın getirilmesi, kademeli emeklilik prensibine aykırıdır. Aslında, kim hangi oranda ve ne kadar süreyle prim ödemiş ise onun karşılığını ya defaten ya da ömür boyu belirli oranlar dahilinde almalıdır¹⁴.

C. DENETİM

1. Denetimi Yapacak Organ

Kanunun 3. maddesine göre bireysel emeklilik politikalarını belirlemek ve bunların gerçekleştirilmesi için alınması gerekli önlemler konusunda önerilerde bulunmak üzere Bireysel Emeklilik Danışma Kurulu kurulacaktır. Bu kurul, Hazine Müsteşarının başkanlığında Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından görevlendirilecek en az genel müdür düzeyinde birer temsilciden oluşacak ve en az üç ayda bir Müsteşarlıkça önerilen tarih ve gündemle toplanacaktır. Kanunun 20. maddesine göre şirketin, fonların ve portföy yöneticileri ile saklayıcıların bu kanun kapsamındaki faaliyetleri en az yılda bir kez Müsteşarlık ve Kurul tarafından denetlenecektir.

Kanunda, her ne kadar sisteme güveni sağlamak için Hazine müsteşarı başkanlığında Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşarları ile SPK başkanından oluşacak Koordinasyon Kurulu teşkil edilmesi düşünülmüşse de, kanaatimizce, bu kurul siyasi baskılardan uzak kalamayacaktır.

¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Güzel/Okur, s. 58-61, 278-280; Tuncay, 52-53, 268-274.

Özel emeklilik fonlarının, yapılacak düzenlemelere uyup uymadığını kontrol edecek ve uzman kişilerden oluşan, siyasi otoritenin baskısı altında olmayan özerk yapıya sahip bir denetim mekanizması olan “Bireysel Emeklilik Sistemi Denetleme Kurulu” da ihdas edilmeli idi¹⁵.

2. Denetimin Esası

Kanunun 20. maddesine göre şirketin bu kanun çerçevesinde yürütülen emeklilik faaliyetleri ile sigortacılık faaliyetleri Müsteşarlığın denetimine tâbidir. Şirketin fonlarına, portföy yöneticilerine ve saklayıcılara ilişkin hesap ve işlemleri ise Kurulun denetimine tâbi tutulmuştur. Denetimlere ilişkin raporlar, konularına göre Müsteşarlık veya Kurul tarafından değerlendirilir ve sonuçlandırılır.

Bilindiği üzere, bireysel emeklilik sisteminin yapacağı faaliyetler kural olarak tek bir amaca yönelmiştir. Şirket yönetimi ve mali bünyesiyle şirket fonları ve portföy yönetimi birbirinden kesin hatlarla ayrılamaz unsurlardır. Bu açıdan denetimin Kanundaki şekliyle emeklilik şirketi ve şirket fonları olarak ikili bir ayırımın yapılması ve iki ayrı denetim organı tarafından denetlenmesi isabetli bir düzenleme değildir.

D. VERGİ POLİTİKASI

Sadece Kanundaki bu düzenlemeler, özel emeklilik fonlarının tercih edilen bir sistem olmasını sağlayamayacaktır. Sisteme istenilen düzeyde katılımın sağlanabilmesi için bireysel katılımcıların ve işverenlerin vergi düzenlemeleriyle teşvik edilmesi gerekir¹⁶. Aksi halde sisteme katılım az olur. Ayrıca, daha çok katılımcının sistemden yararlanabilmesi için ülkemizdeki gelir dağılımının mümkün olduğu kadar dengeli olması gerekmektedir. Bu sebeple, yürürlükte bulunan vergi kanunlarında da değişiklik yapan bir Kanun da kabul edilmiştir¹⁷. Buna göre, oluşturulacak bireysel emeklilik sistemine katılımcı tarafından ödenecek katkı paylarının vergi matrahlarının tes-

15 Bkz. Murat Şen/Tekin Memiş, “Özel Emeklilik ve Türkiye İçin Sistem Önerisi” TÜGİAD Ekonomi Ödülleri 2000, s. 99.

16 Bu konu hakkında ayrıca bkz. Cansızlar, s. 12-13.

17 28.06.2001 tarih ve 4697 sayılı “Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”.

pitinin belirli sınırlar içerisinde indirim konusu yapılması sağlanmıştır¹⁸. Aynı zamanda emeklilik döneminde elde edilecek gelirler, belli bir tutara kadar gelir vergisinden istisna edilecektir¹⁹. Ayrıca bireysel emeklilik siste-

18 4697 sayılı kanunun 4. maddesi şu şekildedir: "193 sayılı Kanunun 40 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki (9) numaralı bent eklenmiş, 63 üncü maddesinin (2) ve değişik (3) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. 9. İşverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları. (Gerek işverenler gerekse ücretliler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahının tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı bu Kanunun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde belirlenen oran ve haddi aşamaz.) ... 3. Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, İndirim konusu yapılacak prim, aidat ve katkıların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için ödenen primlerde, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 5'ini) ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir".

19 4697 sayılı kanunun 1. ve 7. maddeleri şu şekildedir: Madde 1-"31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun değişik 21 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki mükerrer 21 inci madde eklenmiştir. Mükerrer madde 21.- Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25'i, Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemeler gelir vergisinden müstesnadır". Madde 7- 193 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin değişik (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. 1. Beyan edilen gelirin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları (Sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim ve katkı tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında ayrıca indirilmemiş bulunması şartıyla; eşlerin veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim ve katkı payları kendi gelirlerinden indirilir.), Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan % 10 oranını % 20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için % 10 oranına kadar) artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

mi içerisinde sigorta şirketleri tarafından katılımcıların katkılarının değerlendirilmesi amacıyla kurulacak emeklilik yatırım fonlarının portföy işletmeciliğinden doğan kazançlarının kurumlar vergisinden istisna tutulmasına da imkan tanınmaktadır²⁰.

Vergileme rejiminde üç aşamayı birbirinden ayırmak gerekir. Öncelikle fonlara katılım/prim ödeme aşaması, sonra bireysel hesaplarda biriken tutarı nemalandırma/yatırım aşaması ve son olarak da emeklilik ödemelerini yapma aşaması. Uluslararası uygulamalarda bu aşamalardan en az biri mutlaka vergilendirilmektedir. Kabul edilen Kanunda da bu ilkeye sadık kalınmıştır²¹.

Birinci aşamada yatırılan emeklilik primleri sınırlı bir biçimde vergiden düşülebilmektedir. Bunun üst sınırı, asgari ücretin yarısı olarak belirlenmiştir. Dünyanın diğer ülkelerinde de üst gelir grupları için 'vergi sığınağı' hali-

²⁰ 4697 sayılı kanunun 5., 11. ve 12. maddeleri şu şekildedir: Madde 5- 193 sayılı Kanunun değişik 75 inci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki (15) numaralı bent eklenmiştir. 15. Tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından; a) On yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemediği ayrılanlara yapılan ödemeler, b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlar ile diğer sandık ve sigortalardan on yıl süreyle prim veya aidat ödeyenlere ve vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler, c) Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler. Madde 11- 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (2) sayılı tablonun "V- Kurumlarla ilgili kâğıtlar" başlıklı bölümüne aşağıdaki 21 numaralı fıkra eklenmiştir. 21. Sigorta ve emeklilik şirketleri ile emeklilik yatırım fonlarının kuruluşları dahil her türlü işlemlerinde düzenlenen ve damga vergisi bu şirketler veya fonlar tarafından ödenmesi gereken kâğıtlar. Madde 12- 13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 29 uncu maddesinin (i) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki (t) ve (u) bentleri eklenmiştir. i) Emeklilik sözleşmeleri, hayat sigortaları (hayat sigortalarında ferdi kaza, hastalık sonucu malûliyet ve tehlikeli hastalıklar teminatlarının da ek teminat olarak verildiği sözleşmeler dahil) ve sağlık sigortaları ile ihracata ait nakliyat sigortalarında sözleşme ve poliçe üzerinden alınan paralar, t) Emeklilik yatırım fonlarının, sermaye piyasalarında yaptıkları işlemler nedeniyle elde ettikleri paralar, u) Banka ve sigorta şirketleri ile emeklilik şirketlerinin kuruluşlarında veya sermayelerini artırdıkları sırada çıkardıkları hisse senetlerinin itibarı değerlerinin üzerinde elden çıkarılması sonucu kendi lehlerine kalan paralar.

²¹ Ayrıca bkz. Güven Sak, "Ormanı Görmeden Bakınca", Radikal Gazetesi, 19.07.2000, "Genel Görünüm", Radikal Gazetesi, 20.07.2000, "Değişimin Önünü Açmak İçin", Radikal Gazetesi, 16.08.2000; Cansızlar, s. 12-13; Su, s. 23.

ne gelmesin diye emeklilik fonlarına vergisiz olarak yatırılacak aylık prim miktarı sınırlandırılmıştır. İkinci aşamada yatırım fonlarındakine benzer bir vergi teşviki söz konusudur. Fonların işletilmesinden elde edilecek nema üzerinde kurumlar vergisi yükü bulunmamaktadır. Böylece bireysel yatırımcının emeklilik fonuna yönelmesi halinde ek bir vergi yükünü üstlenmesi de engellenmiş olmaktadır. Üçüncü aşamada ise, elde edilen gelirin, menkul sermaye iradı olarak beyannameye dahil edilerek vergilendirilmesi sağlanmıştır. Dolayısıyla son aşamada vergilendirmeyi amaçlayan bir düzenleme yapılmıştır. Hatta son aşamada elde edilen gelir o kadar vergilendirilmektedir ki, bireysel yatırımcının yararlandığı enflasyon indekslemesi burada unutulduğu için, bireylerin yalnızca gelirleri değil, biriktirdikleri servetleri de vergiye tabi tutulmaktadır.

E. YÖNETMELİKLERE HAVALİ

Kanunda bireysel emeklilik şirketlerinin çalışma ve faaliyetleri konularının sık sık yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir. Bunlara Kanunun 11. maddenin son fıkrası ve 13. maddenin son fıkrası örnek olarak verilebilir²². Ancak belirtmek gerekir ki, yönetmeliklerle sadece kanunda belirtilmiş olan hususlar açıklanabilir. Örneğin emeklilik aracılığının yapılması hakkında yönetmelikle herhangi bir şart getirilemez. Çalışma hayatını sınırlayan hükümler ancak kanunla yapılabilir (Anayasa m. 13). Anayasa'nın 49. maddesinde temel haklardan biri olarak sayılmış olan çalışma özgürlüğünün yönetmeliklerle sınırlandırılması Anayasaya aykırı bir düzenleme olacaktır²³.

²² Bu konuda hazırlanan yönetmelik tasarıları şu şekildedir: "Emeklilik Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği", "Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik", "Bireysel Emeklilik Aracıları Yönetmeliği" ve "Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyet Esaslarına İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik".

²³ Krş. Rayegan Kender, "539 Sayılı KHK'nin Kuruluş İzni ve Ruhsata Dair Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Sigorta Murakabe Kanunu'nda Değişiklik Yapan 539 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 1996, s. 53 vd.

IV. MEVCUT KANUNDA BULUNMASI GEREKEN DÜZENLEMELER

A. KATILIMCILARIN SAKATLIK RİSKİNE KARŞI SİGORTALANMASI

Her ne kadar Kanunun 6. maddesinde emeklilik sözleşmesi süresi içerisinde, katılımcının vefat etmesi halinde lehdarının, sürekli iş göremezlik durumunun ortaya çıkması halinde ise katılımcının, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerin kendisine ödenmesini talep edebilmesi düzenlenmiş ise de katılımcının korunması için bu düzenleme yeterli değildir.

Katılımcıya etkin korumanın sağlanabilmesi için bireysel emeklilik sisteminde sakatlık sigortası da bulunmalıdır. Sistemin katılımcılara sunduğu hizmetler arasında, özel hayat sigortası şirketlerinden alınan sakatlık sigortası poliçesi de yer almalıdır. Emeklilik şirketi, topladığı primlerden belirli bir kısmı ile, üyelerini hayat sigortası şirketleriyle yaptıkları bir sözleşme çerçevesinde sakatlık riskine karşı sigorta ettirmelidirler²⁴.

B. GARANTİ FONU

Bu sistemde güven ortamının yaratılması oldukça önem taşımaktadır. Bu hizmetin yürütülebilmesi için, öncelikle, halkın bu şirketlere güven duyması gerekir. Oysa, ülkemiz koşullarında bu tür tasarrufların değerlendirilmesi, maalesef, hep üzücü sonuçlar doğurmuş; katılımcılar çoğu zaman zor durumda kalmıştır. Son yaşanan olaylarda da, bankaların içinin boşaltılarak batırılması durumunda olduğu gibi, durum hep aynıdır. Bunun için katılımcılara güvence veren bir kurum gereklidir.

Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nda hiç değinilmeyen bir konu da garanti fonu uygulamasıdır. Bilindiği gibi, bireysel emeklilik sisteminin uygulandığı ülkelerde katılımcıların haklarının korunması için bir garanti fonu tesis edilmekte ve emeklilik sisteminin sözleşme hükümlerine göre emeklilere ödeme yapamadığı durumlarda bu fon emeklilerin mağdur olmasını önleyici bir fonksiyon üstlenmektedir. Yatırımlarını gelecekte daha iyi bir yaşam standardı yakalama düşüncesiyle bireysel emeklilik sistemine bağlayanların, sistemin iflası veya krize girmesi halinde

²⁴ Şen/Memiş, s. 98.

düşünülmemiş olması sosyal güvenlik açısından büyük bir eksiklik²⁵.

Bireysel emeklilik ve yatırım sistemi, verimli bir şekilde yatırımlarını yaptığı ve büyük ekonomik krizlerin yaşanmadığı dönemlerde doğal olarak kendi işleyişini sürdürecektir. Fakat sistemin krize girmesi veya çökmesi ihtimaline karşı da ilave önlemler alınmalıdır. Sistemin çökmesinin nedeni, büyük ekonomik krizler olabileceği gibi, denetim hükümlerine rağmen fon malvarlığının amaçları dışında kullanılması, sahtekarlık ve iflas gibi nedenler de olabilir. Bu durumda sosyal devlet ilkesi, özel emeklilik fonu katılımcılarının mağdur olmasını engellemeyi gerektirir. Bu nedenle, bireysel emeklilik sisteminde mağdurların korunması için “Emeklilik Ödemesi Garanti Kurumu”nun ihdası gereklidir.

Emeklilik Ödemesi Garanti Kurumu, bankaların iflası halinde “bankazedelerin” mağduriyetlerinin önlenmesi için devreye girecek olan “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu”na benzer bir kurum olmalıdır.

Bu kurumun finansmanı, üyelerin katkıları, emeklilik fonlarının ilk kuruluşunda sisteme giriş payları ve Bireysel Emeklilik Kanunu'na aykırılık dolayısıyla hükmolunacak adli para cezaları ile idari para cezalarının belirli bir yüzdesi ile gerçekleştirilmelidir. Katkı miktarı garanti fonunun yerine getirmek zorunda kaldığı ödeme miktarına bağlı olmalıdır.

C. BELİRLİ BİR EMEKLİ AYLIĞININ GARANTİ EDİLMESİ

Bireysel emeklilik sisteminde katılımcıya ödeyeceği katkı miktarına göre bir emekli aylığı tahsis edilmektedir. Sistem, temeli itibariyle fon işletim sistemine dayandığı için, katkı payını ödeyen katılımcının emekli aylığı da fonun kârına göre değişebilecektir. Sisteme katılımın teşvik edilebilmesi için, katılımcının emekli aylığına temel olacak bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme, kamu emeklilik sistemlerine eş değerde ödenmiş katkı paylarının karşılığı olarak ödenecek emekli aylıklarından az olmayacak miktarı garanti eden bir hüküm getirmelidir. Böyle bir düzenleme ile bireysel emeklilik sistemi, katılımcılar için daha cazip ve güvenilir hale gelecektir.

²⁵ Geniş bilgi için bkz. Şen/Memiş, s. 87, 98-99.

D. KATILIMCININ KORUNMASI

1. Ruhsatnamesiz Bir Emeklilik Şirketi ile Yapılan Sözleşmelerde Koruma

Ruhsatname alınmadan yapılan emeklilik sözleşmeleri hakkında Kanun-da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun 1. maddesinde yapılan atıf gereği hüküm bulunmayan hallerde sigortacılık mevzuatı uygulanacaktır. Buna göre konunun düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu'nun Beşinci Kitabındaki sigorta hükümleri uygulama alanı bulur. Bilindiği gibi, Türk Ticaret Kanunu'na göre ruhsatnamesiz bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmeleri kumar ve bahis hükümlerine tabi olmaktadır (m.1263/II). Bir görüşe göre ruhsatnamesiz bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmelerinin kumar ve bahis hükümlerine tabi tutan TTK.m.1263/II her ne kadar TTK.m. 1264'te emredici hükümler arasında sayılmamışsa da emredici bir niteliktedir²⁶. Bu hükmün emredici olduğu, maddenin yazılış şekli ve mahiyetinden anlaşılabilir. Bilindiği gibi TTK.m.1263/II, ruhsatnamesiz bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmelerinin kumar ve bahis hükümlerine tabi olacağını hükme bağlamaktadır. Söz konusu maddenin konuluş gerekçesi Adliye Encümeni Mazbatasında izah edilmiş ve "...Zira bu fıkra hükmü, ruhsatnamesiz kimselerin sigorta muamelesi yapmaları ve böylece sigortalıların menfaatlerini tehlikeye düşürmeleri mahzurunu bertaraf etmek için ve sigortalıyı korumak maksadıyla konulan bir hüküm olduğundan..." ifadeleri kullanılmıştır. Kanunun amacının sigortalıyı korumak olduğu açıktır. Böyle olmasına rağmen ruhsatnamesiz bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmesinin mağdur tarafı, sigorta ettiren olmaktadır. Sigorta sözleşmesi yapan ve primleri ödeyen sigorta ettiren, riziko gerçekleşince sigorta tazminatını almaktan mahrum kalmaktadır. Böylece sözleşmenin mağdur tarafını, kanun koyucunun hiç arzu etmemesine rağmen sigorta ettiren oluşturmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemesi doktrinde eleştirilmiş ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçları ortaya çıkardığı belirtilmiştir²⁷. Buna rağmen yine de söz konusu hükümlere atıf yapılması ve hukukça onaylanmayan sonuçlara yol

²⁶ Haydar Arseven, Sigorta Hukuku, İstanbul 1991, s. 40.

²⁷ Tekin Memiş, "Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı ile Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Durumu ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 467 vd.

açılması eleştiriye açıktır.

Buna karşılık “adli suç ve cezalar” başlığı altında Kanunun 23. maddesi, “bu Kanuna göre gereken izinleri almaksızın emeklilik faaliyetinde bulunan veya ticaret unvanları ve her türlü belgeleri ve ilan ve reklamları ve kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda bu Kanunda belirtilen kuruluşların adını kullanan ya da 10 uncu madde hükümlerine aykırı olarak bu kanunda düzenlenen faaliyetlerde buldukları izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ve tüzel kişilerin görevlileri hakkında fiile katılma derecelerine göre üç yıldan beş yıla kadar hapis ve altı milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası uygulanır. Ayrıca Müsteşarlığın talebi üzerine bu suçları işleyen kişilerin işyerlerinin sürekli veya bir yılı geçmemek üzere geçici olarak kapatılmasına, ilan ve reklamların durdurulması veya toplatılmasına mahkemece karar verilir” demek suretiyle cezai yönünü düzenlemiştir.

2. Katılımcının Temerrüdü

Katılımcının katkı paylarını ödeyememesi hali de Kanunda düzenlenmemiştir. Katkı payını ödeyemeyen katılımcı, 1. maddenin göndermesiyle genel hükümlere tabi olacaktır. Öncelikle burada hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek gerekmektedir. Konu ile ilgili sigortacılık mevzuatında bulunan hüküm, TTK.m. 1297’dir. Ancak bu maddede düzenlenen sigorta türü, hayat sigortasıdır ve emeklilik fonuna katılma ilişkin sorunların hayat sigortasına ait hükümlerle çözülme imkanı bulunmamaktadır. Konunun genel bir düzenlemesi de Borçlar Kanunu’nda yer almaktadır. Borçlar Kanunu’nda konuya uygulanabilecek hükümler 106. ve şartları varsa 107. maddelerdir. Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinde alacaklıya bir mehil tayin edilmesi ve sonrasında ödeme gerçekleşmezse sözleşmenin feshi hali düzenlenmiştir. Ancak katılımcı ile emeklilik şirketinin yapmış olduğu sözleşmede katkı paylarının ödeneceği tarih belirtilmiş olduğundan dolayı temerrüt halinde Borçlar Kanunu’nun 107/III. maddesi uygulanacaktır. BK.m.107/III’e göre “akdin hükümlerine göre borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa” bir mehil tayinine lüzum kalmaksızın sözleşme derhal feshedilebilir. Bu durum ise katılımcının mağdur olmasına sebep olacaktır. Emeklilik şirketine katkı payı ödeyen katılımcının, en azından Türk Ticaret Kanunu’nun 1297. maddesinde hayat sigortası yaptıran kimse kadar korunması gerekirdi. Söz konusu maddeye göre, hayat sigortası yaptıran kimsenin primleri ödemede temerrüde düşmesi

halinde sigortacının sigorta sözleşmesini feshedebilmesi için, sigorta ettirenin ikametgahına bir ay içinde söz konusu ücret veya taksiti ödemesini resmi bir ihtarname veya taahhütlü mektup göndererek bildirmesi zorunludur.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da, katılımcının prim ödemediği muaf bir şekilde sistemde kalabilmesinin sağlanmasıdır. Katılımcı, hayat sigortalarına paralel olarak belirli bir yıl (örneğin 3 yıl gibi) katkı payı ödemesinden sonra herhangi bir nedenle katkı payını ödemediği veya ödeyemediği durumlarda şirkette birikmiş katkı paylarını almak yerine katkı payından muaf bir korumaya da sahip olmalıdır. Emeklilik süresi sonunda ödemiş olduğu katkı paylarını ya toplu olarak alabilmeli veya ödediği tutara orantılı olarak bir emeklilik gelirine kavuşabilmelidir.

E. TAMAMLAYICI DEĞİL ALTERNATİF BİR SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİ OLMASI

Genel anlamda sosyal güvenlik üç ayak üzerine kurulmaktadır. Birinci ayakta devlet emeklilik sistemi, ikinci ayakta özel emeklilik sistemleri, üçüncü ayakta ise bireysel emeklilik sistemi olarak hayat sigortacılığı bulunmaktadır. Ülkemizde de sosyal güvenliğin üç ayağı vardır. Bunlardan birincisi, kamu sosyal güvenlik sistemi; ikincisi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20 nci maddesine göre kurulmuş olan dayanışma sandıkları ile 743 sayılı Türk Medeni Kanununa dayanılarak kurulan vakıflar ve üçüncüsü de, "hayat sigortası" adıyla faaliyette bulunan özel sigorta şirketleri ile "bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sistemleri"dir.

Kanaatimizce, üçüncü ayakta yer alan fakat hayat sigortacılığının dışında kalan bireysel emeklilik sistemi devlet emeklilik sistemine alternatif bir kurum olarak yer almalı ve bununla aynı zamanda kamu emeklilik sistemi de desteklenmelidir. "Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu" ise böyle bir alternatifi öngörmemekte, sadece gönüllü yatırımlara dayalı tamamlayıcı, ek bir emekliliğe imkan tanımaktadır.

Kanunun esas amacı özel emekliliktir. Başka bir deyişle, ikinci emeklilik veya gönüllü katılma dayalı ek emekliliktir. Oysa ki, bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sistemiyle getirilen bu oluşuma, ancak ekonomik durumu ve maaşı yüksek olan kişiler girebilecektir. 2000 yılı sonu itibarıyla, TÜBİTAK verilerine göre, hane başına düşen aylık gelir açısından, ülkemizin yüzde 43'ü 150 milyonun altında, yüzde 32'si 150-300 milyon arasında, yüzde 15'i ise 300-500 milyon arasında bulunmaktadır. Yani, ülke nüfusu-

nun yüzde 90'ı 500 milyonun altında gelire sahiptir. Yine aynı dönem için, ülkemizde, 4 kişilik bir ailenin yoksulluk sınırınının 650 milyon civarında olduğu saptandığına göre, ancak bu rakamdan fazla gelir ve maaşı olanlar böyle bir sisteme girebilme imkanını yakalamış olacaklardır. Bu durumda Kanun, alt sınıf ve orta sınıfa hitap etmeyecek; ancak ekonomik olarak üst gelir grubundaki ücretlilere yarar sağlayacaktır. Hatta denilebilir ki, çalışmakta olan ve emeklilik için kamu kurumlarına prim ödeyen kesim, bu kurumlarda birikmiş primlerini emekliliğini bile beklemeden geri almak eğilimini taşımaktadır.

Çalışanlar tarafından bireysel emeklilik sistemine katılım yönünde bir tercih kullanıldığı andan itibaren işveren, primleri bireysel emeklilik şirketine ödemelidir. İşverenin payına düşen prim, her halükarda devlet emeklilik sistemine ödediği primden ne az ne de çok olmalıdır. Bu haliyle sisteme katılmak daha cazip hale getirilmiş olacaktır²⁸.

F. YUMUŞAK GEÇİŞ

Bireylerin gönüllü olarak ek tasarruflarda bulunabilmesine imkan tanıyan bir sistem öngören Kanun, aynı zamanda alternatif olabilme olanağını da bünyesinde bulundursa idi çok daha geniş kitlelere hitap etme niteliğine sahip olabilirdi. Bu sistemin, sosyal güvenlik sistemlerine yardımcı olabilmesi ancak alternatif olabilmesi ile mümkün olabilecektir²⁹.

Kanaatimizce, bireysel emeklilik sisteminin gönüllü katılıma dayalı tamamlayıcı bir fonksiyon üstlenip, alternatif bir sistem öngörmemesi isabetli olmamıştır. Sistem, gönüllü katılıma dayalı alternatif bir seçenek sunsa idi, çözümü son derece girift bir hal almış olan kamu sosyal güvenlik kurumlarının sorunlarının çözümüne katkıda bulunmuş olabilirdi. Ancak belirtmek gerekir ki, alternatif bireysel emeklilik sisteminin başarısı da, bir yönüyle devlet emeklilik sisteminin hemen devre dışı bırakılmamasına bağlıdır. Zira halihazırdaki kamu sosyal güvenlik sisteminden bireysel emeklilik sistemine geçiş belirli bir süreci gerektirecektir. Bu süreç içerisinde emeklilik sigortası dışındaki sigorta riskleri açısından kamu sosyal güvenlik kurumları hizmet vermeye devam etmelidir. Bu aşamada dahi isteyen vatandaşların, örneğin sağlık sigortası gibi diğer riskler açısından da özel sigorta sistemlerini seçe-

²⁸ Şen/Memiş, s. 94-95.

²⁹ Şen/Memiş, s. 95.

bilmelerine imkan tanınmalıdır. Emeklilik sigorta hizmetini bireysel emeklilik şirketlerinden almak isteyenlere ise katılım aşamasında geçiş kolaylığı sağlanmalı hatta bu teşvik edilmelidir. Ancak katılımcılar hem kamu hem de bireysel emeklilik sistemine prim ödemek isterlerse buna da herhangi bir engel konulmamalıdır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere pek çok eksik yönü olan bu Kanun, ülkemizin yaşadığı ekonomik kriz dolayısıyla ülke gerçekleriyle örtüşmemektedir. Başka bir deyişle, bu haliyle "Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu" nun pek çok sorunu da beraberinde getirmemesi için bir takım değişiklikler yapılması zorunlu görülmektedir. Bunlar, uygulama imkanı bulabilmesi, kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi kısaca, ölü olarak doğmaması için gerekli olan düzenlemelerdir. Bu tür eksikliklerle birlikte, Kanunun etki alanını genişletebilecek hususlara aşağıda maddeler halinde değinilecektir.

Öncelikle, Kanunda yapılacak bir değişiklikle bireysel emeklilik sistemi kamu emeklilik sistemine alternatif bir sistem haline getirilmelidir. Bu değişiklikten sonra, çalışan kesimlere, bireysel emeklilik sisteminin tanıtımının en iyi şekilde yapılması gerekir. Bu konuda, rakamsal örneklerle medyadan geniş ölçüde yararlanma yolu düşünülmelidir.

Sistemin başarısı için çalışanlar bireysel emeklilik sisteminin yönetimi, işleyişi, denetimi ve kendilerine sağlayacağı faydalar hakkında bilgilendirilmelidir. Sadece bu konuda yasal bir düzenlemenin yapılması yeterli olmayacaktır. Çalışanların bu yeni sistemin kendileri ve ülke açısından yararlı olduğu konusunda inandırılmaları gerekmektedir. Burada özellikle tanıtım aşamasında en büyük katkı görevi devlete düşecektir. Özellikle tanıtım aşamasında devletin, denetim görevi ve garanti fonksiyonu vurgulanmalıdır.

Bireysel emeklilikle ilgili düzenlemeler yapılırken ilk amacın çalışanlara daha iyi bir sosyal güvenliğin sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Emeklilik sisteminde toplanan fonların ilk amacı da katılımcılara çalışma hayatı sonrasında daha güvenli bir gelecek sunmak olmalıdır.

İkinci olarak Kanunda, prim ve maaş esaslı sistem arasında bir seçim alternatifini öngörülmelidir. Yoğun eğitim verdiği çalışanlarını uzun sürelerle çalıştırmak isteyen büyük işletmelerin maaş esaslı, yeni kurulmuş şirketler ile mobilitenin yüksek olduğu iş kollarındaki işletmelerin ise prim esaslı

sistemler kurabilmelerine olanak tanınmalıdır.

Üçüncü olarak Kanunun Türk Ticaret Kanunu ile olan çelişkileri giderilmelidir. Bunun için:

Emeklilik şirketi, hem kuruluş izni hem de ruhsatname alma yükümlülüğüne tabi tutulmamalıdır. Şirket, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmalı, kuruluş izni kaldırılmalı ve kuruluş izninde bulunması gerekli şartlar ruhsatname verilirken aranmalıdır.

Emeklilik sigortası şirketinin kurulması için aranan sermaye miktarı da çok yüksek olup, rekabeti bozmaktadır. Bu miktarın da sosyal güvenlik sisteminin üçüncü ayağında bulunan hayat sigortalarıyla uğraşan şirketler için aranan sermaye kadar olması gerekir.

Fon kurmak için Kurul'a süresinde müracaat etmeyen veya başvurusu reddedilen emeklilik şirketlerinin kuruluş izni ve ruhsatlarının geçersiz olması isabetli değildir. Bu sebeple Kanunun 9. maddesi değiştirilmeli ve süresi içinde fon kurmak için Kurul'a müracaat etmeyen emeklilik şirketlerine belirli bir süre tanınmalıdır. Ayrıca başvurusu reddedilen emeklilik şirketlerine de başvurunun reddedilme sebepleri bildirilmeli ve söz konusu eksikliklerin giderilmesi için kendilerine bir süre verilmelidir.

Kanunun emeklilik şirketi yönetim kurulu değişikliği hakkında düzenleme yapan 13. ve 14. maddeleri yeniden ele alınmalı ve Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu ile ilgili hükümlerin değiştirildiği belirtilmelidir. Ayrıca 13. ve 14. madde arasındaki çelişki de giderilmeli, Bakanlığın, Müsteşarlığın uygun görüşünü alarak yönetim kurulunu değiştirebileceği hükme bağlanmalıdır.

Dördüncü olarak emeklilik şirketinin hayat sigortacılığı branşında da faaliyet gösterebilmesine imkan tanıyan Kanunun Geçici madde 1 ve 8. maddesi düzeltilmelidir. Çünkü bu hükümlerle fonlama sistemine dayanan emeklilik şirketi, sigortalıların azami güvencesini sağlayan teminat ve riskin dağıtılması ilkesiyle çalışan hayat sigortası alanında faaliyet gösterebilmekte ve rekabet hayat sigorta şirketleri aleyhine bozulmaktadır. Yapılacak değişikliklerle emeklilik şirketinin hayat branşında faaliyet göstermesi engellenmelidir.

Beşinci olarak, Kanun, iltihaki bir akit olan emeklilik sözleşmeleri için katılımcıyı ve kamu menfaatini koruyan emredici düzenlemelere yer vermemiştir. Bu sebeple;

Sözleşmeler açık ve anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmalıdır.

Okunabilir büyüklükte puntolarla ve önemli yerlerinin altı çizilerek basılmalıdır.

Açık ve anlaşılır olmayan hükümler katılımcı lehine yorumlanmalıdır.

Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan 18 yaşından büyük fakat ailesinin yardımına muhtaç kişilerin de veli veya vasileri tarafından sisteme sokulabilmeleri sağlanmalıdır.

Altıncı olarak, Kanunda belirtilen 56 yaş sınırı kendi içinde çelişki yaratmakta ve bireysel emeklilik sisteminin çekiciliğini azaltmaktadır. Bu sebeple, kamu emeklilik sistemine alternatif teşkil etmeyen haliyle bu Kanunun emeklilik yaşı ile ilgili düzenlemeleri değiştirilmeli; ya en az 10 yıl prim ödeme şartıyla 56 yaşında veya yaş şartı aranmaksızın 25 yıl prim ödeyen katılımcılara emeklilik imkanı sunulmalıdır. Eğer Kanun, önerdiğimiz haliyle kamu emeklilik sistemine alternatif olarak getirilecekse, bu takdirde kamu emeklilik sistemindeki düzenlemelere paralel yaş şartı konulmalıdır.

Yedinci olarak, denetimin etkin bir şekilde yapılabilmesi için her türlü siyasi baskılardan uzak kalabilecek bir yapılanmaya gidilmelidir. Bu, tamamen özerk bir şekilde yapılanan "Bireysel Emeklilik Sistemi Denetleme Kurulu" olmalıdır. Ayrıca Kanununun 20. maddesi düzeltilmeli ve şirketin emeklilik ve sigortacılık faaliyetlerinin Müsteşarlıkça; şirketin fonlarına, portföy yöneticilerine ve saklayıcılara ilişkin hesap ve işlemlerinin ise Kurul tarafından denetlenmesi ikilemi ortadan kaldırılmalıdır. Yapılacak düzenleme ile emeklilik şirketinin denetimi bağımsız, özerk ve uzman bir kurum olan Bireysel Emeklilik Sistemi Denetleme Kuruluna verilmelidir.

Sekizinci olarak, bireysel emeklilik sisteminin tercih edilmesi ve gelişebilmesi için, vergisel teşvikler arttırılmalıdır. Uluslararası uygulamalara uygun olarak bireysel emeklilik sistemindeki vergilendirme, katılım, yatırım ve ödeme aşamalarından sonuncusunda yapılmalı; böylece fona katılım özendirilmelidir. 28.6.2001 tarih ve 4697 sayılı "Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"da, her ne kadar bireysel emeklilik fonları ile ilgili olarak vergi teşvikleri getirilmiş ise de bunun yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü aynı vergi teşvikleri daha kısa vadeli yatırım alternatifleri için de mevcuttur. Bu durumda tasarruflar uzun vadeli özel emeklilik fonlarına değil de daha kısa vadeli yatırım alternatiflerine yönelecektir. Bu sebeple mevcut Kanuna katılımcılar açısından bireysel emeklilik

fonlarını kısa vadeli yatırım alternatiflerine göre daha cazip kılacak vergi teşvikleri konulmalıdır. Bu çerçevede şu iki ihtimalden biri düşünülebilir. Ya uzun vadeli tasarrufları özendirmek için, başlangıçtaki katılım aşamasında, gelir vergisi tabanından indirilebilecek prim toplamı, yıl içinde elde edilen gelirin %30'una yükseltilebilir. Ya da vergi indirimine tabi maksimum prim tutarı yaş ilerledikçe artırılmalı ve böylece uzun vadeli emeklilik fonunun tercihi katılımcı açısından sağlanmış olmalıdır. Vergi teşvikinin suiistimale dönüşmemesi için, vergi indirimine tabi olan primler belirli bir limite bağlanmalı ve aksi davranışlar için cezai yaptırımlar öngörülmelidir. Bu cezai yaptırımlarda cezaların şahsiliği ilkesine bağlı kalınmalı yani cezai yaptırım sadece ilgili katılımcı ve fon yönetimi için uygulanmalı, diğer katılımcıları etkilememelidir.

Dokuzuncu olarak, çalışma hayatını sınırlayan hükümlerin yönetmeliklerle yapılmaması; bu sınırlamaların Kanunla yapılması gerekir.

Onuncu olarak, Kanunun 6. maddesi yeniden kaleme alınmalı ve katılımcı ölüm ve sakatlanmalara karşı sigorta ettirilmelidir.

Onbirinci olarak, fonun krize girmesi ve iflası hallerinde çalışanların tasarruflarının kayba uğramaması için "Emeklilik Ödemesi Garanti Kurumu" adı altında bir garanti fonunun ihdası gereklidir.

Onikinci olarak, önerdiğimiz alternatif bireysel emeklilik sisteminde katılımcılarla yapılacak emeklilik sözleşmesinde aynı primi ödeyen kamu emeklisinden daha düşük olmamak kaydıyla emekli aylığı bağlanması öngörülmelidir.

Onüçüncü olarak Kanuna katılımcıyı yeterince koruyan aşağıdaki hükümler getirilmelidir:

Ruhsatnamesiz bir emeklilik şirketi ile yapılan sözleşmeler hakkında hüküm getirilmelidir. Buna göre de, öncelikle emeklilik sözleşmesi geçerli sayılmalı ve ruhsatnamesiz emeklilik şirketine ödenen katkı payları, katılımcının tercih edeceği bir emeklilik şirketindeki primlerin verimliliği kadar nemalandırılarak o emeklilik şirketine geçiş sağlanmalıdır.

Katılımcının temerrüdü halinde, Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi uygulanmamalıdır. Bunun için Kanuna özel bir hüküm eklenmeli ve katılımcının temerrüdü özel hükümlere bağlanarak, birikimlerin korunması sağlanmalıdır.

Ondördüncü olarak bireysel emeklilik sistemi ikinci ve ek bir emeklilik sistemi olarak değil, kamu emeklilik sistemine alternatif olarak düzenlenmelidir.

Ve nihayet kamu emeklilik sisteminden bireysel emeklilik sistemine yumuşak bir geçişi sağlayacak hükümler konulmalıdır.

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE TESLİM KAVRAMI, TESLİMİN USULÜ VE HUKUKİ SONUÇLARI

*Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR**

GİRİŞ

İstisna sözleşmesi, Borçlar Özel Hukukunun ‘tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik)’ akitler grubunda yer almaktadır. Zira kanun koyucu, Borçlar Kanununun 356 vd. madde hükümlerinde sözleşmenin her iki tarafına da çeşitli haklar tanıırken aynı zamanda birbirlerine karşı yerine getirmekle yükümlü buldukları birtakım borçlar da yüklemiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmede taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumunda bulunmaktadırlar.

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, eser karşılığı olarak ücret ödeme, müteahhit de ödenecek olan ücret mukabilinde iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak ölçüde sözleşmeye uygun, ayıpsız bir eser imal ederek iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. Her ne kadar istisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenleyen BK.nun 356. maddesi hükmünde eserin teslimi borcundan söz edilmemişse de, bu sözleşmeye ilişkin kanunun diğer maddelerinde (özellikle 359, 360, 362, 363, 364 368 ve 371) kanun koyucu tarafından kullanılan teslim, teslim zamanı ve işin kabulü terimleri ile müteahhidin imal mükellefiyetinin yanında bir de teslim borcunun söz konusu olduğu zımni olarak kabul edilmektedir. Eserin imali ve teslimi, tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatlerin bir an önce elde edilmesine hizmet eden, birbirlerini tamamlayan ve müteahhitçe ifası gereken farklı iki mükellefiyettir. Bu mükellefiyet, aynı zamanda BK.nun 359 - 363. maddelerinde müteahhidin borçları arasında açıkça zikredilen ayıba karşı tekeffül borcunun da tamamlayıcı bir ön şartını oluşturmaktadır.

Günümüzde teknik ve ekonomik alandaki gelişmelere paralel olarak istisna sözleşmesinin kapsamı ve uygulama alanı genişleyerek bu sözleşmeler uluslar arası bir boyut kazanmıştır. Bilim ve teknoloji alanında gelişmiş bulunan ülkelerin

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

gerçek veya organize olmuş tüzel kişi müteahhitleri yabancı ülkelerde baraj, hava alanı, gar ve otoyol gibi büyük yapım ve imalât işlerini üstlenmek suretiyle, elde ettikleri kazançla bu yönde mensubu buldukları ülkelerin ekonomilerine büyük katkı sağlar hale gelmişlerdir. İstisna sözleşmesinin bu önemli işlevi dolayısıyla, gerek ulusal gerekse uluslararası alanda faaliyet gösteren bir müteahhit imalini üstlendiği eseri, zikrettiği vasıflara ve sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun bir şekilde özenle imal ederek zamanında iş sahibine teslim etmek zorundadır. Bu zorunluluk, eseri imal ve teslim borcunun zamanında, gereği gibi ifa edilmesi lüzumundan kaynaklanmakta ve bu bakımdan istisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarından en önemli bir borcunu teşkil etmektedir. Keza, bu zorunluluğa uyma görevi aynı zamanda MK.nun 2. maddesinde genel bir hukuk kaidesi olarak vazedilen, hakların kullanılması ve borçların ifasını düzenleyen 'dürüstlük kuralı'nın da bir gereğini oluşturmaktadır. Zira, istisna sözleşmesinde müteahhidin amacı belli bir ücret almak, iş sahibinin amacı da sözleşmede kararlaştırılan nitelikte ve kullanım amacına uygun bir esere zamanında sahip olmaktır. Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmeyle elde etmek istedikleri bu amaçlarına ulaştıkları takdirde bir sorun yoktur. Ancak, iş sahibi istisna sözleşmesi yoluyla elde etmek istediği bu amacına kendisine izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın ulaşamadığı takdirde (eserin zamanında teslim edilmemesi ya da ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda), müteahhit edim borcuna aykırı davranmış demektir. Doğal olarak bu durumda da müteahhidin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İnceleme konusu olarak seçtiğimiz 'istisna sözleşmesinde teslim kavramı, teslimin usulü ve hukuki sonuçları' başlığını taşıyan çalışmamızda, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğumunun bir ön şartını teşkil eden teslim kavramı, farklı işlemlere sahip bulunan teslim alma ve kabul kavramlarından farklı olan yönleri tespit edilerek, eserin teslimi usulü ve teslimin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar ele alınacaktır.

I - TESLİM, TESLİM ALMA VE KABUL KAVRAMLARININ TANIMI VE KARŞILAŞTIRILMASI

A) GENEL OLARAK

Türk - İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunlarının istisna sözleşmesini ve özellikle bu sözleşmede müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinde belirtilen teslim, teslim alma ve kabul kavramları birbirlerinden farklı kavramlar olup, bu sözleşmede tarafların menfaatlerinin korunup elde edilmesine yönelik olarak değişik amaçlara hizmet etmektedirler.

1 - Teslim Kavramı

Teslim, müteahhidin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı¹ eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde onun doğrudan zilyetliğini sağlaması, başka bir ifade ile de menkul nesnelere onarım ve işlenmesine dair istisna sözleşmelerinde, bu nesnelere müteahhitçe onarılarak ya da işlenilerek tekrar iş sahibine geri verilmesidir². Türk Hukukunda bu durumu ifade etmek üzere gerek taşınır gerekse taşınmaz eser bakımından bir tek 'teslim' sözcüğü kullanılmaktadır. Buna karşılık, İsviçre hukukunda teslim kavramını ifade etmek üzere, taşınır eserler için 'livraison – Ablieferung', taşınmaz eserler için ise 'reception – Abnahme' olmak üzere iki farklı deyim kullanılmaktadır³.

İstisna sözleşmesinde eserin teslimi (livraison) ile işin kabulü (acceptation) birbirlerinden farklı kavramlardır. Eser, bazen iş sahibinin faaliyet alanında müteahhit tarafından yapılmış veya tamir edilmiş olabilir. Bu takdirde zaten zilyetliği iş sahibinde ise teslim edilmiş sayılır. Müteahhit tarafından eserin bitirildiğinin iş sahibine bildirilmesi ve iş sahibinin de eserin tamamlanmış olduğunu kabul etmesi ile müteahhit eseri teslim (livraison) etmiş ve iş sahibi de teslim almış (reception) olur. Buna karşılık, eserin kabulü (acceptation) ise teslim edilen eserin muayenesini müteahhit, eserin sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince beyan edilmesi suretiyle yapılır. Federal Mahkeme de vermiş olduğu bir kararında aynı düşüncüyü teyit etmektedir⁴. Bununla birlikte, teslim ve kabul kavramları, ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklara etkisi bakımından da birbirinden farklı kavramlardır. Zira, teslim, kabul gibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşürmeyip, tersine bu hakların bir doğum koşulunu oluşturmaktadır.

¹ Kural olarak teslim borcunun ifası, öncelikle eserin tamamlanmış olmasına bağlıdır. İfa amacı gerçekleşmeyeceği için tamamlanmamış bir eserin teslimi söz konusu olmaz. Ancak tarafların anlaşarak teslimin gerçekleşmesini, eserin tamamlanması şartından başka şartlara bağlamaları ve teslimin yapılmış sayılacağı zamanı belirlemeleri mümkündür (Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 37).

² Bk., Pedrazzini, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband (Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenvertrag), Basel und Stuttgart 1977, 521; Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1988, 209; Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977 (Borç İlişkileri), 1012; Seliçi, 35; Aral, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1999, 357; Burcuoğlu, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilirliği İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN' ın Hatırasına Armağan, 287.

³ Burcuoğlu, 288.

⁴ RO 89 / 1963 II, p. 405,409 = JdT 1964 I p., (Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü - Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1993. 43, dn. 37); Burcuoğlu, 303.

2 – Teslim Alma Kavramı

Eserin teslimi, eserin devredilmesiyle, yani iş sahibince teslim alındığında oluşur. Bu açıdan bakıldığında teslim ve teslim alma (Abnahme) kavramları, istisna sözleşmesi hukukunda esas olarak birbirinden farklı kavramlar olmayıp, karşılıklı olarak birbiriyle bağlantılı olan kavramlardır. Zira, bu kavramlardan biri müteahhit açısından, diğeri ise iş sahibi açısından aynı olayı ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, müteahhidin eseri teslimi, iş sahibi tarafından eserin teslim alınmasının karşılığını oluşturmaktadır. Verilen maddi bir şeyin alınması ya da eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesiyle, hem teslim, hem de teslim alma aynı zamanda gerçekleşmiş olur⁵.

Teslim, müteahhit tarafından tamamlanan eserin ifa amacıyla iş sahibine arz edilmesi olduğundan, müteahhidin bu borcunun ifasına karşılılık olarak iş sahibinin de teslim alma borcu ortaya çıkar. Bu sebeple de, istisna sözleşmesi hukukunda teslim ve teslim alma borçlarının ifası aynı zamanda oluşmakta, teslim alma teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmamaktadır.

Şayet iş sahibi, müteahhit tarafından imal edilerek kendisine teslim edilmek istenen eseri haklı bir neden olmaksızın teslim almaktan kaçınırsa bu durumunda alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. Bu anlamdaki teslim alma ise, BK. m. 362’de öngörülen ‘kabul’ den farklıdır⁶. Zira, BK. m. 362’de öngörülen kabul, teslim almadan farklı olarak, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince açıklanmasına dair bir irade beyanıdır. Buna rağmen bu iki kavram doktrinde farklı şekilde yorumlanmaktadır.

⁵ BK., Gautschi, Der werkvertrag, Berner Kommentar, VI. Band, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung (die einzelnen Vertragsverhältnisse), 3. Teilband; Der Werkvertrag, Bern 1967, Art. 370, N. 4 ; Burcuoğlu, 288 ;Larenz, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977, 275. Müteahhit açısından teslim (eserin teslim edilmesi), tamamlanmış eser üzerinde fiili iktidarın ifa amacı ile iş sahibine geçirilmesidir. Buna karşılık, iş sahibi açısından teslim (eserin teslim alınması) ise, müteahhit tarafından bitirilerek teslimi teklif edilen eserin iş sahibince fiilen iktidarna alınmasıdır (Seliçi, 35).

⁶ Bu konuda istisna akdine ait özel hükümlerin düzenlendiği BK. nun 355 - 371. maddelerinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, BK. m. 368/1’de yer alan ‘iş sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş bulunmadıkça’ ifadesi bu soruna çözüm getirici niteliktedir. “Bu hükümde sözü edilen temerrüdün alacaklının temerrüdü olduğu tartışmasızdır. Burada iş sahibinin temerrüde düşmesi için kritik zaman, müteahhidin tamamlanmış ‘eseri teslim’ (livraison de l’ouvrage) almaması zamanıdır. Yoksa ‘eserin kabul’ (acceptation de l’ouvrage) edilmeme zamanı değildir. Gayet tabiidir ki, eserin kabulünde de temerrüde düşen iş sahibi, bu temerrütten sonra eser kazara telef olmuş ise, eserin bedelini ve müteahhidin masraflarını ödemek zorunda kalır” (Dayınlarlı, 141-142).

Bir görüğe göre⁷, iş sahibi tarafından eserin teslim alınması, BK. m. 362'deki eserin kabulü ile eş anlamlıdır. Bu görüş teslim almanın, sadece fiilî iktidarın elde edilmesi sonucunu değil, aynı zamanda borcun gereği gibi ifa edilmiş olduğunun beyanı sonucunu da doğurduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, teslim alma ile BK. m. 362' deki kabul (veya İsviçre kaynak metnindeki OR. Art. 370 ifadesiyle muvafakat) kavramları aynı anlama gelen kavramlardır.

Doktrinde baskın olarak ileri sürülen diğer bir görüğe göre ise⁸, teslim alma ile eserin kabulünün eş anlamlı olduğu görüşü istisna sözleşmesinin ifa sistemiyle uyuşmamaktadır. Zira, Borçlar Kanununun 359. maddesinde, iş sahibinin, ifanın gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini anlamak için eseri muayene etmesi gereği hükme bağlanmıştır. Ancak, eserin iş sahibince muayene edilebilmesi için de her şeyden önce tamamlanan eserin iş sahibinin iktidarında bulunması yani onun tarafından teslim alınmış olması gerekir. Bu bakımdan da muayene için teslim alma ile muayeneden sonra kabul etme zaman itibarıyla birbirini izleyen işlemler olarak görülmelidir. Zaten, BK. m. 362'yi karşılayan İBK. nun 370. maddesinin 1. fıkrasındaki, 'teslim alınan esere iş sahibi tarafından açıkça veya zimnen muvafakat edilirse...' ifadesinin kullanılmış olması da bu görüşü açıkça desteklemektedir. Kaldı ki, teslim almada teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Buna karşılık kabulde, iş sahibi, müteahhidin yaptığı eseri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmayacağına dair bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Dolayısıyla da, bu iki farklı anlam ve işleve sahip kavramın birbiriyle karıştırılmaması için, BK. m. 362 anlamında muvafakatin, eserin sözleşmeye uygun olarak gereği gibi ifa edildiğinin iş sahibince kabul edildiğini belirten bir irade beyanı olarak anlaşılması gerekir.

⁷ Bk., Gautschi, Art.367, N. 13a, 370, N.4; Gursky, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Heidelberg 1996, 116; Brox, Besonderes Schuldrecht, 21. Auflage, München 1996, N. 263. Teslim alma, satım hukukundaki teslim almanın aksine yalnızca eserin maddi olarak alınması değil, bilakis bundan başka iş sahibinin kesin ve itirazsız olarak müteahhidin edimini sözleşmeye uygun olarak kabul etmesi beyanını da içerir. Eserin mülkiyetinin iş sahibine ait olduğu durumlarda, örneğin, iş sahibinin evindeki durumlarda teslim alma son belirtilen beyanla gerçekleşir (Schmidt, Bürgerliches Recht, Zweiter Band, Das Schuldrecht, Berlin 1953, 122).

⁸ Bk., Gadient, Mangel - und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Zürich 1994, 53, 55; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991, 206; Musielak, Grundkurs BGB 4. Auflage, München 1994, 570; Seliçi, 36, 43; Kaplan, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, 129; Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 165 - 166. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bk., Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184 - 551, Yargıtay Yayını No.24, Ankara 1993 (Sözleşme), Art. 370, N. 2; Larenz, 277; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989, 127, 219; Dayınlarlı, 43; Tunçomağ, Borç ilişkileri, 1021,1025.

Doktrinde baskın olarak ileri sürülen bu görüş Yargıtay ve Federal Mahkeme tarafından da kabul edilen bir görüştür⁹.

İstisna sözleşmesinde tamamlanan eserin iş sahibince teslim alınması farklı surette gerçekleşebilir. Teslim alma, maddî çalışma sonuçlarında tamamlanan eserin iş sahibince fiilen teslim alınması suretiyle gerçekleşir. Buna karşılık, maddi olmayan çalışma sonuçlarında durum farklıdır. Bu durum özellikle bir taşınmazın imaline ilişkin istisna sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. Taşınmaz eserlerde olduğu üzere, eserin özelliğine göre, fiilî anlamda teslim alma mümkün olmazsa, teslim alma mükellefiyeti düşer. Bu durumda, teslim almanın yerini eserin bitirilmiş olması hali alır. Aynı durum, rizikonun karşı tarafa geçmesi için de geçerlidir. Bir tiyatro gösterisi, bir konserin verilmesi, yolcu nakli veya bir adresin bulunmasına aracılık etme imal edilen eserin fiilen teslim alınmasının mümkün olmadığı durumlara örnek olarak gösterilebilir¹⁰. Keza, inşaat veya inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan bir tamiratın da işin sonunda teslimini fiilen elden ele geçirilmesi suretiyle yapılması mümkün değildir. Yine, kısmi inşaat işini yerine getiren alt-müteahhidin, zilyetliği genel müteahhide geçirmek suretiyle teslimi gerçekleştirmesi de söz konusu olamayacaktır. İşte bu hallerde inşaatın teslimi, inşaatın bittiğinin ve inşaat sahibinin emrine amade olduğunun müteahhit tarafından inşaat sahibine bildirilmesi ile, teslim alma ise, inşaat sahibinin bu bildirim üzerine inşaatın tamamlandığını belirlemesi ile gerçekleşir¹¹.

Kanun koyucu, tamamlanan eserin iş sahibince teslim alınmasına bir dizi önemli neticeler bağlamaktadır. Şöyle ki; istisna sözleşmesinde ayıptan doğan haklar kendi açısından eserin tamamlanmasını şart koşan eserin teslim alınmasıyla ortaya çıkarlar. Eserin teslim alınması ile birlikte, usulüne uygun bir muayene sırasında görülen veya hileli bir şekilde saklanmayan ayıplardan dolayı oluşan bütün haklar düşer. Teslim almadan önce iş sahibi yalnızca ayıpsız bir eserin teslimini talep edebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıptan doğan zararın tazmini hakkı bir istisna teşkil eder. Bu hak teslim alma zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur¹².

⁹ Bk., BGE 89 II 409 ; Y.4.HD. 25.12.1973 T., E. 13792, K. 10111 (İKİD, 1975, s. 3677).

¹⁰ Bk., BGB § 638, 641, 644, 645; BGHZ 48, 263; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987, 702; Larenz, 275; Gursky, 116; Brox, N. 265.

¹¹ Bk., Klunzinger, Einführung in das Bürgerlicherecht, 2. Auflage, München 1989, 342; Gursky, 116; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Auflage, Berlin - Newyork 1985, 555; Gautschi, Art. 367, N. 12; Seliçi, 36; Tandoğan, 127; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1038.

¹² Gadiant, 101.

Teslim alma ile birlikte ayıptan doğan haklar için zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, ücretin muaccel olması, ücret rizikosunun müteahhitten iş sahibine geçmesi ve ayrıca müteahhidin ön edim mükellefiyetinin sona ermesi gibi durumlar da teslim almanın sonucuna bağlanmaktadır¹³. Kanun koyucu tarafından eserin teslim alınmasına bu denli önemli sonuçlar bağlandığından, iş sahibi, teslim alma borcunun ifasında gecikmek ve dolayısıyla alacaklı temerrüdüne düşmek istemiyorsa tamamlanarak kendisine sunulan eseri teslim almak zorundadır. Aksi durumda iş sahibi, tamamlanarak kendisine teslim edilmek istenen eseri zamanında teslim almaz ise, alacaklı temerrüdüne düşer ve bundan dolayı zarar görür¹⁴. Teslim edilmek istenen eserin ayıplı olması mümkündür. Bu durumda, iş sahibinin eseri teslim alırken ayıplı işler için ihtirazi kayıt ileri sürmesi gereklidir. Buna karşılık, eksik işler için iş sahibinin ayıp ihbarında bulunmasına gerek yoktur¹⁵.

Eserin teslim alınması, Türk ve İsviçre hukuklarında Alman Hukukundan farklı olarak, iş sahibi bakımından bir hukukî mükellefiyeti değil bilakis sadece bir borcu ifade eder¹⁶. Alman Hukukuna göre, iş sahibi, müteahhit tarafından sözleşmeye uygun yani ayıpsız ve sözleşmede kararlaştırılan özellikleri haiz olarak imal edilen eseri (BGB § 633/I) zamanında teslim almakla yükümlüdür (BGB § 640). Bu yükümlülük, iş sahibinin asli bir yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, eserin sözleşmeye uygun imal edilmemesi durumunda iş sahibi BGB § 640'a göre eseri teslim almaktan ve BGB § 320'ye uygun olarak da müteahhidin ücret alacağı talebine karşılık sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürerek eser ücretini ödemekten kaçınma hakkına da sahiptir¹⁷. Bu durumda eserin teslim alınmamış olması nedeniyle iş sahibi temerrüde düşmüş olmaz. Ancak, iş sahibi sözleşmeye uygun olan eseri haber vermeden teslim almaktan vazgeçerse

¹³ Klunzinger, 340 ; Brox, N. 263; Fikentscher, 555; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696; BGB § 638/I, II, 641,644/II.

¹⁴ Honsell, 206; Brox, N.272; Gursky, 117. Ayrıca bk., BK. m. 90 (OR. Art. 91); BGB § 640/I, 284.

¹⁵ Bk., Y.15 HD. 27.12.1988 T., E. 1988/4788, K. 1988/4637 (Erdem, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. III, Adana 1990, 89); 15. HD. 22.2.1977 T., E. 3167, K. 391 (Uçar, 93 vd.).

¹⁶ Bk., BGB § 640; Brox, N. 272; Honsell, 206

¹⁷ Brox, N. 260, 263. Satım sözleşmesinde alıcının teslim alma mükellefiyeti BGB § 433/II' ye göre tam karşılıklı, her iki tarafa da borç yükleyen, bir esas (ana) mükellefiyet değildir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde her iki tarafa borç yükleyen esas (ana) mükellefiyettir. Bu hakkın imkânsız hale getirilmesi, geciktirilmesi ya da reddedilmesi 320-327. maddeden doğan hakları çürütür. Bk., Fikentscher, 554; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 695, 696; Larenz, 274.

temerrüde düşer. Bu durumda da müteahhit BGB § 326'ya göre hareket edebilir. Müteahhit, bizzat dava açmak suretiyle iş sahibini teslim almaya zorlayabilir. Kesinleşen mahkeme kararı da eserin iş sahibince teslim alınmasının yerini alır¹⁸.

Eserin teslim alınmasının gerçekleşme anı, İsviçre Borçlar Kanunu ile SIA - Norm 118' de birbirinden farklıdır. Borçlar Kanununa göre, bir inşaat eserinin iş sahibinin arsası üzerinde imal edildiği durumlarda, farklı hükümlerin sonucu olarak iş sahibi (inşaat sahibi), müteahhidin eserin hazır olduğunu kendisine haber vermesi üzerine, eseri tamamlanmış olarak kabul ettiği veya kabul etmek zorunda olduğu anda teslim alma gerçekleşir. Buna karşılık SIA 118 Normuna göre ise, kural gereği ortak muayene sona ermiş ve eserde önemli hiç bir ayıp tespit edilememişse teslim alma gerçekleşmiş olur. Bu farklılığa ilâveten, İsviçre Borçlar Kanunu ile SIA - Norm 118'de, eserin muayenesi ve ihbarı, ücretin muacceliyeti ve ayıptan doğan hakların ortaya çıkışı hususunda birbirlerinden farklı düzenlemeler de mevcuttur¹⁹.

3 - Kabul Kavramı

Daha önceden de belirtildiği üzere, istisna sözleşmesinde teslim almadan farklı olarak kabul (Genehmigung); müteahhit tarafından teslim edilen eserin, sözleşmeye uygun görüldüğü, ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibince yapılan bir irade açıklaması niteliği taşır²⁰.

Hukuki anlamda kabul (onaylama – esere muvafakat), açık veya zımnî bir irade beyanını içerir (BK. m. 362 / OR. Art. 370). Başka bir ifadeyle, kabul beyanı, açık ya da üstü kapalı olarak izhar edilebilir. Açık kabul, açık bir beyan ile, örneğin eserden kıvanç duyduğunu açıklayan bir yazı ile, zımnî kabul ise açık bir beyan ile değil aksine üstü kapalı olarak, örneğin bozuklukların bilinmesine rağmen eserin değişikliğe tâbi tutulması ile ya da belirli ayıpların sonuçları üzerinde anlaşma ile (burada tereddüt halinde, iş sahibince bilinen öteki ayıpların onaylanması vardır) ya da yasadaki özel hüküm dolayısıyla, zamanında ayıbı bildirmemek sureti ile gerçekleşebilir. Keza, muayene ve bildirim külfeti yerine getirilmezse eser yine kabul edilmiş sayılır²¹.

18 Bk., BGB § 644/I, II, 293, 372 ve 383; ZPO 888, 894; Fikentscher, 555; Larenz, 262; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696.

19 Bk., Gadiant, 245 vd.

20 Bk., Tandoğan, 127, 217 ; Velidedeoğlu / Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, 577; Karahasan, İnşaat, İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997, 264; Gauch, Der werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1985, N. 1502; BGE 89 II 409.

21 Becker, Sözleşme, Art. 370, N. 2.

Eserin iş sahibince kabulü, sözleşmenin her aşamasında söz konusu olabilir. Örneğin, iş sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi, daha sonra, hatta muayene ve ayıp bildirimini takiben de ayıplı eseri kabul edebilir. Hatta iş sahibi teslimden önce ayıpları öğrenmişse, daha bu aşamada da eserin bu şekilde teslim edilmesi halinde kabul edeceğini bildirebilir²². Ancak, kabul gerçekleşmiş ise artık, kötü ifa olgusunu düzeltten ve müteahhide yöneltmiş bir irade açıklaması olan kabulden iş sahibi tek taraflı olarak geri dönemez²³. Zira, eserin açık ya da zımnî olarak kabul edilmesi, usulüne uygun muayenede görülemeyen veya müteahhidin kasten sakladığı gizli ayıplar dışında, müteahhidi eserdeki ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtarmakta, iş sahibinin de seçimlik haklarının ve bu arada ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini talep edebilme haklarının kaybına sebep olmaktadır.

Eserin teslim alınması ile eserin kabulü birbirinden farklı kavramlardır. İstisna sözleşmesinde, imal edilen eserin sadece fiilen teslim alınması (rein tatsaechlicher Übergabe)²⁴, zilyetliğinin iş sahibine geçmiş olması mutlaka eserin kabul edildiği (onaylandığı) anlamına gelmemektedir²⁵. Zira, eserin kabulünde aranan irade açıklaması unsuruna karşılık, teslim almada iş sahibinin teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur²⁶. Kural bu olmakla birlikte, bazı istisnai durumlarda eserin teslimi ile birlikte kabulün aynı anda gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, iş sahibinin muayeneden vazgeçmesi durumunda olduğu gibi²⁷. Bu tür istisnai durumlar bir kenara bırakılacak olursa, kabul, ancak eserin teslim ve teslim alınmasından sonraki bir aşamada gerçekleşen bir durumdur.

Kavram birliğinin sağlanamadığı terminolojiye dikkat etmek gerekir. Zira, istisna sözleşmesinde teslim alma ve kabul kavramları birbirlerinden farklı kavramlardır. İBK. nun Fransızca metninde kabul (annahme) ve teslim alma (abnahme)

22 Öz, 120.

23 Gauch, N. 1487; Burcuoğlu, 303.

24 Doktrinde haklı olarak zilyetliğin nakli anlamındaki "Übergabe" ile istisna sözleşmesine özgü teslimi ifade eden "Ablieferung" terimleri arasında bir ayrım yapılmaktadır. Zilyetliğin nakli anlamındaki "Übergabe" istisna sözleşmesindeki teslim ve teslim bağli sonuçların doğumu için yalnız başına yeterli değildir. Bu konuda bk., Saenger, Zum Beginn der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen, NjW 1997, 1946.

25 Bk., Gadiant, 54; Gautschi, Art. 370, N. 4; Gauch, N. 1502; Karahasan, 264; Tunçomağ' a göre, eserin teslimi onun ismarlayan tarafından kabulü anlamını taşır (bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1038).

26 Tandoğan, 127; Gadiant, 54.

27 Bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1021, ve dn 58a.

kavramları için (acceptation ve reception) ifadeleri kullanılmaktadır²⁸. İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu bakımından teslim ve teslim alma, iş sahibinin ayıp dolayısıyla kendisine tanınan hakların kullanımının, kabul ise, müteahhidin tekeffül sorumluluğunun düşmesinin ve dolayısıyla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kaybetmesinin bir ön şartını oluşturmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, teslim alma ve kabul kavramları mahiyeti ve hukuki sonuçları bakımından birbirlerinden farklı kavramlar olup istisna sözleşmesinde farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

B) TESLİM, TESLİM ALMA VE KABUL KAVRAMLARININ, BAYINDIRLIK İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ, TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN VE SIA - NORM 118' DEKİ DÜZENLENİŞ TARZI

1 - Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi Bakımından

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 41 ve 44. maddelerindeki “muvakkat kabul” ve “kat’i kabul” başlığı altındaki düzenleme, teslim ve teslim alma kavramlarıyla ilişkili bir düzenlemedir. BİGŞ. nin 44. maddesinde ifade edilen kesin kabul, işin ifa olarak kabulü anlamına gelmektedir (BK. m. 362).

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin uygulandığı yapım ve hizmet işlerine ilişkin bir istisna sözleşmesinde, kesin kabul işlemi, BİGŞ. nin 41. maddesinde belirlenen usul ve yöntemlere uygun olarak, belirlenen tarihte (teminat süresi içinde)²⁹ müteahhidin başvurusu üzerine idarece kesin kabul heyeti oluşturularak gerçekleştirilir. Ancak, BİGŞ. nin 23. maddesinin 1. fıkrasına göre, kesin kabul işleminin idare tarafından onaylanması tarihine kadar müteahhidin her türlü sorumluluğu devam etmektedir. Yine, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince, bu süre zarfında müteahhit, inşaattaki kusur ve noksanlardan dolayı idarece gerekli görülecek bütün tamirat ve düzeltmeleri, kanal, şose, sanayi imalatının daimi bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmaya mecburdur.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 41. maddesinde belirtilen geçici kabul ise, inşaatın idare tarafından teslim alınmasını ifade etmektedir. Burada artık inşaat tamamlanmış olup tamamlanan eserin idarece teslim alınması söz konusudur. Eserin teslim alınması anlamına gelen geçici kabul şu şekilde gerçekleşir: Eserin

²⁸ Honsell, 206.

²⁹ Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek olan süreye teminat süresi denir. Bütün yapım ve hizmet işlerinde teminat süresi BİGŞ. m. 42 uyarınca genellikle 12 aydır. Ancak bu sürenin işlerin özelliğine göre artırılması ya da eksiltilmesi mümkündür (Gönülal, Yapı İşleri Uygulaması, Ankara 1990,187).

imalini tamamlayan müteahhit, eserin kesin kabulü için öncelikle, inşaatın tamamlandığını ve teslim alınmasını talep ettiğini belirten bir dilekçe veya telgrafla idareye başvurmak zorundadır. Müteahhidin bu başvurusu üzerine, yapılan işler kontrol tarafından en çok otuz gün içinde ön incelemeye tâbi tutulur. Bu inceleme sonucunda, işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işleminin yapılmasında bir engel bulunmadığı tespit edilirse, kontrol tarafından 'Geçici Kabul Teklif Belgesi' düzenlenerek ita amirine gönderilir. İta amiri de en geç on gün içinde üç kişiden ibaret Geçici Kabul Komisyonu'nu oluşturur. Bu komisyon, belirlenmesini takiben en geç on gün içinde işyerine giderek müteahhit tarafından yapılan işleri muayene eder ve muayene sonucunda işin BİGŞ. m. 41/4' de aranan şartlara uygun olduğu ve dolayısıyla geçici kabule hazır bulunduğu tespit edilirse 'Geçici Kabul Tutanağı' düzenlenir. Geçici kabulün yapılabilmesi için ya inşaatın noksansız olması veya noksan varsa, bunun bedelleri toplamının inşaatın tamamının bedelinin yüzde beşinden fazla olmaması gerekir. Keza, bu oranı geçmeyecek kusur ve eksikliklerin de, işin idareye teslimine, inşaatın kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte bulunması gerekir.

Geçici kabul komisyonunca inşaatın sözleşme, şartname ve teknik kurallara uymadığını, belirtilen nitelik ve oran içinde kalan noksanlar olduğunu tespit ederse, geçici kabul zabıtnamesi yapılarak ve bu noksanları gösterir bir ek liste düzenlenir, bunların tamamlanması için de müteahhide bir süre verilir. Eğer tespit edilen noksanlar geçici kabul zabıtnamesinde belirtilen sürede bertaraf edilmemişlerse ana sözleşmede belirlenen cezaî şartın dörtte biri gecikmeden dolayı cezaî şart olarak talep olunur ve geçici kabul de bu noksanların tamamlanmasına kadar ertelenir. Bu durumda teminat süresi işlemeye başlamaz.

Geçici kabulün yapıldığı tarih, bu sürenin bitim tarihi olup, bu tarih zabıtnamaya geçirilir. BİGŞ. nin 42. maddesinde belirtilen teminat süresi esas itibarıyla bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin sistemi içinde geçici kabul, sadece tamamlanmış inşaatın idare tarafından teslim alındığını kanıtlar. Bunun dışında müteahhidin sorumluluğu üzerine bir etkisi olmamaktadır. Nitekim BİGŞ. nin 23. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında, kesin kabul tarihine kadar her türlü sorumluluğun müteahhide ait olduğu, 43. maddede de teminat süresi içinde ortaya çıkacak bozuklukların müteahhit tarafından giderileceği, 44. maddede ise teminat süresi içinde müteahhide atfedilecek hiçbir bozukluk ve noksan görülmediği takdirde kesin kabulün yapılabileceği açıkça belirtilmektedir. Görülüyor ki, idare, geçici kabule rağmen, bozukluklar hususunda haklarını saklı tutmaktadır. Geçici kabul zabıtnamesine ekli listede gösterilip tamamlanması istenen bozukluklar dışında bozuklukların varlığı teminat süresi içinde belirlenebilirse

bunun onarılması veya düzeltilmesi müteahhitten istenebilecektir. Çoğu zaman büyük ve karışık inşaat tekniğini gerektiren işlerin, geçici kabulün yapıldığı kısa süre içinde sözleşme, şartname ve teknik kurallara uygunluğunun denetlenebilmesinin olanak dışı olması karşısında teminat süresi, emniyet ihtiyacından doğmuştur. İlk anda gözden kaçabilecek noksanlıkları ortaya çıkarabilmek, aynı zamanda teslim alınan inşaatın dış etkenlere karşı dayanıklılığını denetleyebilmek için, idare, teminat süresi denilen bir süreyi gerekli görmüştür. Bu süre içinde kullanılmadan doğacak aşınma ve eskimenin dışında kalıp inşaatın kötü yapılması sonucu ortaya çıkan bozukluklar veya sonradan belirlenecek noksanlar dolayısıyla müteahhit sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla, geçici kabul, kesin kabul için eserin gerekli denetiminin yapılabilmesini sağlama amacı güden bir işlemdir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 44. maddesine göre yapılacak kesin kabul ile, muayene ve ihbar süresi geçirilerek bildirilmemiş olan açık bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona ermektedir. Buna karşılık, kesin kabulden sonraki gizli bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğu Borçlar Kanunundaki müteahhidin sorumluluğu hükümlerine tâbidir. Kesin kabul için kurulan komisyon teminat süresi içinde müteahhidin borçlarını yerine getirip getirmediğini, kullanmanın sebep olacağı eskime ve aşınma ötesinde inşaatın fena yapılmasından doğan bir bozukluk veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir noksan olup olmadığını tetkik ederek, bu hususlarda bir eksiklik görmezse kesin kabul zabıtnamesini düzenler ve böylece kesin kabul gerçekleşmiş olur.

İşin özelliği ve sözleşmenin imkân tanınması durumunda geçici ve kesin kabulün bir arada yapılması da mümkündür. Böyle bir durumda ayrıca kesin kabul işlemine gerek kalmaz. Kontrol hizmeti ihalelerinde, kontrolü yaptırılan işin geçici ve kesin kabullerinin yapılp kesin hesabın da idarece onanması, kontrol hizmetini yükümlenen müteahhidin de hizmetinin kabulü anlamına gelir. Proje ve hizmet işlerinde ise, işin bitirildiğine ilişkin tutanağın yetkili makamca onaylanması ile hizmet bitirilmiş ve kabul edilmiş sayılır³⁰.

2 - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, yalnızca tüketiciye arz edilen mal ve hizmetlere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Kanunun 3. maddesine göre, mal, 'ticaret konusu taşınır eşyayı', hizmet ise, 'bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri' ifade etmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan bir istisna sözleşmesinin bu kanun kapsamına girmesi

³⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Kural / Kılıçbay /İzmir, İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, 1057 vd. ; Seliçi, 37 vd. ; Gönülal, 181 vd.

için, konusunu taşınırlara ilişkin olarak 3. maddede belirtilen nitelikte tüketim amaçlı faaliyetlerin oluşturması gerekir. Taşınmazlar, tüketim kavramıyla bağdaşmayacağı için konusunu taşınmazların oluşturduğu bir istisna sözleşmesi TKHK. kapsamı dışında kalır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren istisna sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarını, belirli bir meslek veya sanatı icra eden müteahhit ile tüketici sıfatını haiz olan iş sahibi oluşturur.

4077 sayılı Kanunun kapsamına da girebilen ve konusunu bir taşınının oluşturduğu, örneğin, satım, karz, istisna gibi³¹ tüketim amacının söz konusu olabileceği sözleşmelerde, sözleşmeden doğan asli borcun yerine getirilmiş sayılabilmesi için, taşınının, mülkiyeti geçirici etkisi üzerinde anlaşarak zilyetliğinin devredilmesi gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 2. maddesi gereğince, tüketim sözleşmelerinin konusunu taşınır mallar oluşturacağından, sözleşmeye konu olan taşınır malların devri Medeni Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilir. Zira, TKHK. nun 30. maddesinde, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde sözleşmeye konu olan bir taşınının zilyetliğinin devri, Medeni Kanundaki yollarla yani, fiilî teslim (MK. m. 890), fiilî hakimiyeti temin edecek vasıtaların teslimi veya eşyanın hak sahibinin hakimiyet sahasına dahil edilmesi, hükmen teslim (MK. m. 892), kısa elden teslim ya da eşyayı temsil eden senetlerin teslimi suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak, zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet de iş sahibine geçirilmedikçe müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz³². İfa yeri ve zamanına ilişkin hususlar ise tamamen Borçlar Kanununa göre belirlenecektir.

Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi bir istisna sözleşmesinde teslim edilen ayıplı eserin iş sahibince açık ya da zımnî bir şekilde kabul edilmesi, müteahhidi sorumluluktan kurtarmaktadır. Aynı sonuç 4077 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olan bir istisna sözleşmesi bakımından da söz konusu olmaktadır. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre, tüketici, hizmetin ayıplı olduğunu bilerek almışsa³³, örneğin, diktirdiği elbisenin hatalı olduğunu ya da boyanan

³¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Aslan, Tüketici Hukuku (ve İlgili Mevzuat), Bursa 1996, 4 vd. ; Akıncı, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, 43 vd.

³² Bk., Öz, 167.

³³ Tüketicinin aldığı malın / hizmetin (eserin) ayıplı olduğunu biliyor sayılması için satıcı veya imalatçı / hizmeti veren (müteahhit) tarafından kullanılmış, tamir edilmiş veya ayıplı mal üzerine veya ambalajına, alıcının kolayca okuyabileceği şekilde "özirlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Bu durum, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir (TKHK. m. 4/7). Tüketicinin satın aldığı malın ayıplı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği satıcı tarafından ve ancak m. 4 / 7' ye göre fatura, fiş gibi satış belgelerinde açıkça yazılmak suretiyle kanıtlanabilecektir. Bk., Aslan, 107 vd. ; Akıncı, 52 vd.

duvarda yer yer dalgalar bulunduğunu görerek bunu kabullenmişse veya hizmeti teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde, hizmetin alelâde ayıplarını müteahhide bildirmemişse, eser kabul edilmiş sayıldığından artık müteahhidin sorumluluğu yoluna başvurulamaz³⁴.

3- SIA 118 Normu Bakımından

SIA - Norm 118' de³⁵ kabul kavramı karışık olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, İBK. daki kabul kavramına göre daha fazla unsur içermektedir. Kanuni düzenlemede teslim, sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesi maksadıyla eserin yalnız bir şekilde iş sahibine verilmesiyle oluşur. SIA - Norm 118' e göre teslim için yapılan bu tanım yalnızca amaca ulaşma için geçerlidir. Fakat, kabulün gerçekleşmesi usulü için bu tanım geçerli değildir. Çünkü, burada müteahhit eseri tamamladığını bildirecek, taraflar da eseri birlikte kontrol ederek yaptıkları kontrolün neticesini bir protokolde tespit edeceklerdir.

Hukuki düzenlemeye uygun olarak SIA - Norm 118'de bulunan kabul ve teslim kavramları birbirleriyle bağlantılı kavramlardır. Bu yüzden genellikle kabul kavramı kullanılır. Teslim alma şu şekilde gerçekleşir:

Müteahhit iş sahibine eserin hazır olduğunu bildirmek suretiyle kural gereği teslimi gerçekleştirir (SIA - Norm 118 Art. 158). Bu bildirme kanuni düzenlemenin aksine sözlü veya yazılı olabilir, fakat zımnî olamaz. Bu bildirim, eserin kullanımına alınmasının yerini alır (SIA - Norm 118 Art. 158/I).

Müteahhidin eserin tamamlandığını bildirmesi ve iş sahibinin de buna karşın eseri kullanmaya başlaması, 1 aylık sürenin başlangıcını oluşturur. Bu süre dahilinde tarafların eseri birlikte muayene etmeleri gerekir. SIA - Norm 118, sürenin

³⁴ Zevkililer, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998, 339. Ayrıca bk., TKHK. m. 4/II, VI, BK. m. 198/II.

³⁵ SIA-Norm 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur - und Architekten - Verein (SIA), Ausgabe 1977/1991. Avrupa ülkelerinde mühendis ve mimar derneklerinin teknik kuruluşlarla birlikte hazırladıkları İnşaat İşlerinin İfasında Uyulması Gerekli Esaslar, inşaat işlerinde mutad olanı, belirli bir zanaatkâr ediminin hangi nitelikleri taşıması gerektiğini ve müteahhidin nelerden sorumlu olduğunu gösteren kuralları içerirler. Fakat bu kurallar, taraflarca kararlaştırılmış ve sözleşmenin diğer hükümlerine aykırı değilse, uygulanırlar. İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri bakımından yabancılik unsuru taşıyan milletlerarası inşaat sözleşmelerinde standart kurallar uygulanmaktadır. Bu standart kurallar arasında en çok başvurulan da FIDIC (Federation Internationale des Ingenieurs Conceils, International Federation of Consulting Engineers Internationale Vereinigung Beratender Ingenieure = "Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu") kurallarıdır. Bunun yanında İsviçrede inşaat işlerinde uygulanmakta olan SIA-Norm 118 kuralları da bu tür kurallara örnek olarak gösterilebilir.

nasıl hesaplanacağına dair bir kural içermemektedir. Bu yüzden kanuni yollara başvuru için öngörülen süreler hakkında İBK. nun genel hükümleri geçerli olur. Farklılıklar yaptıkları etki ve ihbarın şekli bakımındandır. İhbarın içeriğinde hukukî düzenleme açısından fark yoktur. Her iki durumda da eserin bitirildiği haber verilir. Her ikisi arasındaki fark, sırf daha önceden de söylendiği gibi eserin tamamlandığının haber verilmesinin şekli bakımındandır.

SIA - Norm 118' e göre de, eserin teslim edilmesi ancak eser tamamlanmışsa gerçekleşebilir. Eser kanuni kurallara göre tamamlanmışsa, sözleşmede öngörülen bütün yükümlülükler yürürlüğe girer. Sözleşmeyle ilgili yükümlülükler, inşaatın içerisinde düzenlenmesi, temizlenmesi ve eserin imali esnasında ortaya çıkan bütün hafriyatın alınması da dahildir. Ayıplı olma eserin tamamlanması açısından bir anlam taşımaz. SIA - Norm 118' de kullanılan bitirilme kavramının bundan başka İBK. daki tamamlanma kavramından farkı yoktur.

SIA 118 Normunun 158. maddesinin 2. fıkrasında, eserin tamamlandığının bildirilmesinden sonra 1 aylık bir süre içerisinde, inşaatı sevk ve idare edenle (iş sahibi, kontrolör ya da temsilcisi olabilir) müteahhidin eserin birlikte kontrol edilmesi gerektiği öngörülmektedir³⁶. Eğer iş sahibi daha önceden bir kontrolör ya da temsilci görevlendirmemişse, muayeneyi bizzat kendisi üstlenmek zorundadır. Keza, iş sahibi ayrıca bu konuda verdiği vekâleti istediği zaman feshedebileceği için muayeneyi bizzat yürütmeye yetkilidir de. İş sahibinin muayeneye katılabilmesi için esas itibarıyla konuyla ilgili özel bir bilgiye sahip bulunması zorunlu değildir. Gerçi, müteahhidin SIA - Norm 118 gerekçesiyle, eseri birlikte muayene borcu yoktur. Fakat o muayeneye katılarak ve iş sahibine muayene için gerekli bilgileri vermek zorundadır. Şayet müteahhit muayeneden önce, muayene esnasında ya da muayeneden sonra ayıpları hileli olarak iş sahibinden gizlerse, bunlar için ayrıca sorumlu olur. SIA - Norm 118, muayenede gösterilmesi gereken özen için bir ölçü belirlememiştir. Keza, iş sahibinin bir uzman gibi muayeneye katılma mecburiyetinin de olup olmadığını belirtmemiştir. Bu yüzden iş sahibi veya kontrolör, müteahhidin, mantıklı bir sözleşme ortağından beklenilebilen dikkat ve randımanla eseri muayene etmek zorunda olduğunu sözleşmede kararlaştırabilirler.

Burada somut durumlarda objektif olarak hukuka uygun özen gösterilmesi e-

³⁶ Eserin birlikte muayenesi, müteahhide, uyumsuzlukları doğrudan doğruya konuşabilme, uyumsuzluk hususunda açıklama yapabilme ve kendi mükellefiyetleri hakkında bir fikir edinebilme, inşaat sahibine ise, daha büyük bir avantaj olarak önemli ayıplar olduğunda teslim almayı geciktirebilme ve her şeyden önce zaman olarak ayıpları kolayca ihbar edebilme imkânını sağlar (Gadient, 247).

sastır. Ancak, yalnızca müteahhidin muayeneden mesul tutulması ve kendisinin bilgi verme mükellefiyetinin bulunması, iş sahibinin mesleki bilgisine olan talebi azaltır. İş sahibinin, müteahhidin verdiği bilgiye uymama hakkı vardır. Keza iş sahibi, müteahhidin bütün ayıpları belirleyemeyeceğini de öngörmek zorundadır.

Eğer özenle yapılan muayene esnasında önemli ayıplar tespit edilirse başka bir şeye gerek kalmaksızın iş sahibince eserin teslim alınması kolaylıkla reddedilebilir. İş sahibinin onarım için müteahhide uygun bir süre vermesi gerekir. Müteahhit, onarımdan sonra iş sahibine işin bitirildiğini yeniden bildirir. Bu durumda, söz konusu 1 aylık süre dahilinde yeniden ortak bir muayenenin yapılması zorunludur.

Önemli ve önemsiz ayıplar arasındaki sınırlamanın, eserin teslim alınması bakımından özel bir önemi vardır. SIA - Norm 118, sınırlandırma hususunda esas fark kriteri olarak ayıbın, eserin tamamına ya da eserin bir kısmına olan ilişkisini (bağlantısını) göz önüne almaktadır. Önemli (nitelikli) ayıplar, her iki tarafça öngörülen eserin kullanım amacına hanel getirmektedir. Bu yüzden eserdeki bu tür ayıplar, mümkün olduğunca çabuk giderilmelidir. Önemli ayıpların tespitinden sonra teslim alma gerçekleşmediği için müteahhit ayıpların giderilmesine zorlanır.

Eserdeki ayıpların kullanım amacına aykırı nitelikte olması her iki taraf açısından önemli olmalıdır. Bu sonuca taraflar arasında yapılan istisna sözleşmesi yorumlanmak suretiyle varılmalıdır. Eğer iş sahibi, müteahhide ilk muayeneden ve önemli ayıpların tespitinden sonra ayıpların giderilmesi için hiç bir süre vermezse ya da ayıpların giderilmesinden sonra 1 aylık süre zarfında ikinci ortak muayeneye katılmazsa, eser önemli ayıplara rağmen kabul edilmiş sayılır.

Eğer ortak muayene esnasında önemli olmayan (niteliksiz) ayıplar tespit edilirse, teslim alma buna rağmen muayenenin yapılmasıyla birlikte gerçekleşir. Gerçekten, önemli ayıpların mevcut olması fakat bunun hiç bir tarafça farkına varılmamasının ya da önemli ayıpların daha sonradan oluşup oluşmamasının önemi yoktur. İş sahibinin bu durumda müteahhide eserde tespit edilen önemsiz ayıpların giderilmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Eğer muayene esnasında hiç bir ayıp tespit edilmemiş olursa eser muayenenin bitirilmesiyle birlikte kabul edilmiş sayılır. SIA - Norm 118 Art. 158/III' de taraflardan ortak muayenenin sonucunu kural gereği bir protokole bağlamaları öngörülmektedir.

Eğer 1 aylık süre zarfında taraflardan her ikisi de talep etmez ya da iş sahibi tarafından katılım gerçekleşmediği için muayene gerçekleşmez ise, eser kabul edilmiş sayılır. Kabul, başka bir şeye gerek kalmaksızın kullanılmayan bu muayene süresinin son gününün bitimi ile başlar. İş sahibinin sürenin kullanılmadan geçmesinde bir kusurunun olup olmadığının önemi yoktur. İhmal için ayrıca iş sahibi tarafından görevlendirilen kontrolör de sorumlu olabilir.

SIA - Norm 118, m. 164/I' de bir ispat hükmü tespit eder. Belirli olayların mevcudiyeti halinde yani muayene süresinin kullanılmadan geçişi durumunda başka bir şeye gerek kalmaksızın mevcut olayda kabulün gerçekleştiğine hükmedilmelidir. İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 8. maddesine aykırı olan ispat yükümlülüğü sözleşmeleri, istisna sözleşmesi hukukunda da geçerlidir. SIA - Norm 118, muayenesiz kabulün oluşumu için aykırı bir anlaşmanın taraflarca ispat edilip edilemeyeceği ve hangi şartlarda ispat edilebileceği hususunda her hangi bir bilgi içermez. 164. maddeye göre eser veya eserin bölümü bu sürenin sona ermesiyle kabul edilmiş sayılır³⁷.

C) ESERİN TAMAMLANMASI VE İŞ SAHİBİNE TESLİMİNİN GERÇEKLEŞMESİ USULÜ

1- Eserin Tamamlanması Usulü

İş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde eserin teslimi, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Eserin tamamlandığına ilişkin bu bildirim ise, açık veya zımnî bir irade beyanıyla yapılabilir. Eserin tamamlanmadığı ve tamamlanmayan eserin iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanması durumlarında, teslim ve teslim alma gerçekleşmez³⁸. İş sahibi, tamamlanmamış eseri müteahhidin bildirimini beklemeksizin kullanmaya başlamış ise, artık teslimin hukukî sonuçlarından bildirim yapılmadığı itirazında bulunarak kurtulamaz. Kullanmaya başlama, inşaatın sonraki aşamasına girişme, bitirilmiş eve girme veya kiracıları taşınmaya bırakma biçiminde olabilir³⁹. Bu yüzden bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa dahi, bu mutlaka teslimin yapılmış olduğunu gösteren bir kıtas sayılmaz⁴⁰.

Eserin tamamlanmış olmasından bahsedilmesi için, o eserde, sözleşmede öngörülen bütün işlerin ifa edilerek eserin teslimine hazır hale getirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, müteahhit, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu bü-

³⁷ Bk., Gadiant, 66 - 75.

³⁸ Gadiant, 56; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1012.

³⁹ Tandoğan, 126. İş sahibinin bir arsası üzerinde yapılan taşınmaz eserlerde teslim gibi geri verme de şahsi anlamda mümkün değildir. Burada iş sahibi bakımından, belirlenen işlerin bitirilmesi ve teslimin mutabık (eş zamanlı) olması gerekir. İnşaat işlerinde, iş sahibinin taşınması tek başına yeterli değildir İş sahibi tek başına karar vererek inşaata konu olan gayrimenkule taşınmaya karar veremez. Taşınma ancak işlerin bitirilmesi sonucunda mümkün olur. Yani işler tamamen bitirilmeden taşınması teslim anlamına gelmez (Pedrazzini, 524).

⁴⁰ BGE 25 II 867; Gautschi, Art. 367, N. 8 - 12 ; Tandoğan, 126.

tün işleri ifa etmiş ise eser tamamlanmıştır⁴¹. Başka bir ifadeyle de, '...Bir eserin tamamlanmış olması eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Müteahhit bunu gerçekleştirmedeği sürece, iş sahibi ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamaz. Diğer bir deyimle, müteahhit eseri hukukî ve fiilî anlamda⁴² tamamlayıp teslim etmedikçe, ayıpların ihbarı yükümlülüğünden yararlanamaz'⁴³. İşin tamamlanmasına hangi edimlerin dahil olduğu tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yorumundan çıkarılır. Tarafların irade beyanlarına uygun olarak bekledikleri veya bekleyebilecekleri her şeyin yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmede tarafların neyi hedefledikleri veya sözleşmenin hangi edimleri içerdiği hususu ise güven prensibine göre yorumlanmalıdır⁴⁴.

Eserin tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil (tali) işler (örneğin, bir elektrik anahtarının takılması) eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa bu durumda eser tamamlanmış kabul edilmelidir⁴⁵.

İstisna sözleşmesinde, teslimin yapılmış sayılabilmesi için, müteahhidin üzerine aldığı bütün işlerin (iş sahibinin sözleşmede tanınan yenilik doğurucu bir hakka dayanarak ısmarlama yaptığı değişiklikler de dahil olmak üzere) tamamlanmış olması gerekir⁴⁶. Her ne kadar ısmarlanan şeyde yapılan sipariş değişiklikleri eserin tamamlanmasına dahil olsa da, eser ayıplarının giderilmesi buna

41 Pedrazzini, 521; Gadiant, 56; Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 702; Olgaç, Türk Borçlar Kanunu Akin Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1970 (Borçlar, C.II) 1079; Turanboy, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜEHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990, 154.

42 Y. 15. HD. 13.11.1984 T., E. 1074, K. 3475, "Tamamlanmış olma olgusu, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin eser üzerinde fiilî hakimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukukî teslim anlamına gelir" (Karahasan,260).

43 Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem. C.3, 73).

44 Gadiant, 56. Bu hususta ayrıca bk., YİBK. 25.1.1984 T., E. 1983/3, K. 1984/1 (Erdem, 81; Y.15.HD., 14.5.1992 T., E. 5877, K. 2594 (Uygur, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5, Ankara 1993,673).

45 Tandoğan, 126 ; Turanboy, 155.

46 Tandoğan, 126. SIA - Norm 118' e göre de, eserin teslimi ve teslim alınmasının gerçekleşmesi eserin tamamlanmış olmasına bağlıdır. Bk., Gadiant, 69. Ayrıca bu hususta bk., Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem. C. 3, 73).

dahil değildir⁴⁷.

Ayrıca, eserin tamamlanmış olmasının, eserin ayıpsız olmasından da ayırt edilmesi gerekir. Zira, bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir ve bu durum onun teslimini engellemez⁴⁸. Edimlerin nitelikleri, teslim ve teslim almanın şartları bakımından önemli değildir. Çünkü, müteahhit, eserin tamamlanması için sözleşme gereği olan bütün edimleri gerçekleştirmek zorundadır⁴⁹. Bir inşaat eserinin imal edildiği durumda, inşaatın içerisinde düzenlenmesi, temizlenmesi ve eserin imali esnasında ortaya çıkan bütün hafriyatın alınması sözleşme gereği ifası gereken edimlere dahildir⁵⁰. Fakat, müteahhit eseri bir an önce iş sahibine teslim edebilmek için bu edimleri ayıplı olarak yerine getirmiş olabilir. Müteahhit, bu anlamda eseri teslim edebilmek için sözleşmeyi tamamen yerine getirmiş olmak zorunda değildir. Bu yüzden eserin ayıplı olmaması durumu teslimin şartı değildir. Bu düzenleme, kanun koyucunun müteahhidin yararına olan bir düzenlemesidir. Müteahhidin, eseri teslim edebilme menfaati, iş sahibinin yalnızca kursesiz eseri kabul etmesi menfaatinden daha büyük olarak değerlendirilmiştir. Eserin teslim alınması eserin onaylandığı anlamına gelmez. Bu sebeple de, eserin teslim alınmış olmasının iş sahibinin ayıptan doğan hakları üzerinde bir etkisi yoktur⁵¹. Ayıplı bir eserde ayıplı bir çalışma sonucu karşısında bulunulur; henüz sözleşmeye göre borçlu olunan bütün çalışmalar bitirilmemişse eser tamamlanmamıştır. Ancak, bu sebeple eser ayıplı sayılamaz ve müteahhit hakkında ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz⁵². Dolayısıyla, eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması birbirinden farklı iki durumdur. Zira, ayıplı ifa halinde temerrüde

47 Gadiant, 56.

48 Tandoğan, 126; Gadiant, 69. Eserde garanti edilen özelliklerin eksikliği veya ayıpların bulunması, Alman Hukuku bakımından da eserin tamamlanmış olduğunun kabulüne engel teşkil etmemektedir (BGB § 646). Aksi takdirde, 638. maddeye yapılan atfın bir anlamı olmazdı (Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 702).

49 Gadiant, 57.

50 Gadiant, 69.

51 Gadiant, 57. Buna karşılık Alman Hukukunda, iş sahibi ayıplı olduğunu bildiği eseri, haklarını saklı tutmaksızın teslim alırsa ifa hakkı ortadan kalkar. Bu durumda yalnızca ayıptan dolayı 635. maddeye göre maddi zarar ziyan tazminatı talep edebilir (BGB § 640/II, BGH Vers R, 74, 292 f). Ancak, iş sahibi eseri teslim alırken ayıptan doğan haklarını saklı tutmuş ise BGB 633 ve 634. maddelerde belirtilen hakları kullanma hakkına sahip olur. Bk., bk., Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 686, 695; Schlechtriem, N. 376; Larenz, 266.

52 Gauch, N. 918, 979 vd.; Tandoğan, 160.

ilişkin hükümler değil, bu konudaki özel hükümler (BK. M. 359 vd.) uygulanır⁵³. Eserin tamamlanmamış ya da ayıplı olup olmadığı şuna göre belirlenir: Eğer, eserin imali çalışmalarının kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulmadan (değiştirilmeden) işe devam mümkünse eser tamamlanmamış, yoksa ayıplıdır⁵⁴. Örneğin, astar sürülmeden boyanın yapılması durumunda eserin tamamlanmaması değil, ayıplı olması söz konusu olur.

Eserin tamamlanması, bazen eserin teslim alınmasının yerini alması bakımından önem taşır. Zira, eserin özelliğine göre, fiilen teslim almanın gerçekleşmesi mümkün olmazsa, teslim almanın yerini eserin tamamlanmış olması hali alır⁵⁵.

2 - Tamamlanan Eserin İş Sahibine Teslim Edilmesi Usulü

İstisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenleyen Borçlar Kanununun 356. maddesinde eseri teslim borcundan açıkça söz edilmiş değildir. Bununla birlikte, BK. 358, 359/I, 360, 362, 363/II, 364, 368 ve 371. maddelerinde kullanılmış olan 'teslim', 'teslim zamanı', 'işin kabulü' terimlerinden eseri teslim borcunun Türk Hukukunda da zorunlu bir unsur olarak zımnen kabul edildiği sonucunun çıkarılması mümkündür⁵⁶. Zira, eser kavramı maddi olmayan emek sonuçlarını da içine alacak biçimde geniş tutulduğu takdirde, hiç olmazsa maddi eserler için müteahhidin teslim borcunun varlığını kabul etmek gerekir. Hatta maddi olmayan eserlerin fikri muhtevası için de bir teslim borcunun varlığından söz edilebilir. Örneğin, bir projenin yalnız üzerine yapıldığı kağıt bakımından değil, aynı zamanda fikri muhtevası bakımından BK. m. 359/1 (OR. Art. 367/1) anlamında tamamlanmış olarak belli bir günde teslimi istenebilir. Teslim edilen proje, fikri muhtevası bakımından da maddi varlığı olan bir eser gibi muayene edilebilir ve iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı ise, iş sahibi, BK. m. 360/1 (OR. Art. 368/1) gereğince projeyi kabulden kaçınabilir⁵⁷.

Maddi nitelikte olmayan iş görme sonuçlarında teslim, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin örneğin bilimsel görüş veya raporun yazıldığı kağıdın,

53 Tandoğan, 131.

54 Gauch, N. 981.

55 Klunzinger, 342; Larenz, 275; Brox, N. 265; BGB § 646. Yaratılan eserin niteliğine göre, biçimsel (şekli) teslim mümkün olmazsa ve teslim yerine sözleşenlerin ortak işlemleri geçirilemiyorsa, müteahhidin, görülebilir biçimde işini tamamlanmış saydığı ve iş sahibinin eseri kullanabileceği an, teslim diye kabul edilir (bk., Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II, 1; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 521, 1012; Karahasan,258).

56 Tandoğan, 124; Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, 479; Turanboy, 154; Karahasan,254.

57 Bk., Tandoğan, 125, dn.47.

müzik eserinin kaydedildiği bandın iş sahibine verilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Kanaatimce, maddi iş görme sonuçlarında olduğu gibi, en azından fikri muhtevası bir şey üzerinde cisimlenebilen, teslim elverişli gayri maddi iş görme sonuçlarında da teslim gerekli ve zorunludur. Zira, kanun koyucu istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim, iş sahibinin de teslim alma borcuna ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartı olarak muayene ve ihbar gibi önemli hukukî neticeler bağlamaktadır. Keza, müteahhidin ücret alacağı hakkı teslim anında muaccel olmakta ve bu anda hasar alacaklıya geçmektedir. Dolayısıyla tamamlanan eserin bir an önce iş sahibine teslimi, alacaklının menfaatine olduğu kadar müteahhidin de menfaatlerinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Teslim borcu eseri imal etme mükellefiyetinin hem bir gereği hem de bir sonucudur. Zira, tamamlanan eserin teslimi müteahhidin kendi iş ve eseri meydana getirme sorumluluğundan kurtulma isteğini gösterir. Eğer müteahhit, kanunda belirtilen borçlarını gereği gibi ifa etmek istiyorsa, işi zamanında sonuçlandırmak ve imal ettiği eseri ayıpsız olarak iş sahibine teslim etmek zorundadır⁵⁸. Başka bir ifadeyle, istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri imal etme (hazırlama) mükellefiyetinin yanında bir de imal ettiği eseri zamanında iş sahibine teslim etme mükellefiyeti söz konusudur. Dolayısıyla, her iki mükellefiyet de gerek iş sahibinin gerekse müteahhidin sözleşmeden beklediği menfaatlerin bir an önce elde edilmesine hizmet eden, birbirlerini tamamlayan ve müteahhit tarafından ifası gereken farklı edim mükellefiyetleridir⁵⁹.

Teslim borcu zamanında ifa edilmediği takdirde müteahhit temerrüde düşer ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır⁶⁰. Buna karşılık, teslim borcunun zamanında ifa edilmesine rağmen teslim edilen eserin ayıplı ol-

⁵⁸ Pedrazzini, 515, 524.

⁵⁹ Gautschi, Art., 363, N. 4; Dayınlarlı, 27 ; Tandoğan, 124 - 125; Karahasan,191. Ancak, eserin zamanında imal edilip iş sahibine teslim edilebilmesi için iş sahibinin de imal faaliyetine katılması zorunlu ise (örneğin, bir terziye ismarlanan elbisenin provasının yapılması gibi), iş sahibi, bu faaliyete zamanında iştirak etmek zorundadır. Aksi takdirde, eserin zamanında imal ve teslim edilmemesinin olumsuz sonuçlarına kendisi katlanır. Bu durumda, iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşeceğinden müteahhit, zamanında prova yapamamasından dolayı harcadığı zaman için uygun bir tazminat isteyebileceği gibi dilerse iş sahibine uygun bir süre tanıdıktan sonra sözleşmeyi de feshedebilir (BGB § 643) (bk., Gursky, 117).

⁶⁰ Müteahhit teslim borcunu ifada temerrüde düşerse, özel bir hüküm olmadığı için, BK. m. 96 vd. (özellikle 101-108) hükümleri uygulanır. Kural olarak müteahhidin temerrüde düşmesi için, iş sahibi tarafından ona ihtar çekilmesi gerekir. Teslim tarihinin taraflarca birlikte tayin edildiği (BK. m. 101/II) veya ihtarın faydasız kalacağı hallerde (BK. m. 107/b.1) artık temerrüt için ihtar gerek yoktur. Temerrüdün sonuçları bakımından BK. m. 102 - 108 uygulanacaktır. Bk., Aral, 359 vd. ; Zevkliler, 331; Dayınlarlı, 91 vd.

ması durumunda, temerrüt değil, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur ve kendisi hakkında BK. m. 360 vd. hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, müteahhit bu tür bir sorumluluğa muhatap olmamak ve sözleşmeden beklediği menfaatleri bir an önce elde etmek istiyorsa, gerek sözleşmede gerekse kanunda belirtilen mükellefiyetlerini tam olarak yerine getirmelidir. Bu bakımdan da müteahhit, imalini üstlendiği işi sözleşmeye uygun olarak zamanında tamamlamalı ve tamamladığı eseri de aşağıda belirtilen esaslar dahilinde iş sahibine teslim etmelidir⁶¹.

a) Teslim Borcunun İfası Usulü

Teslim borcu, genellikle, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre tamamlanan eserin sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği temsilcisine usulüne uygun bir şekilde sunulup verilmesi, başka bir ifadeyle, eser üzerinde onların doğrudan doğruya zilyet olmalarının sağlanması⁶² suretiyle ifa edilir. Yeniden imal ya da inşa edilen taşınır eserler bakımından durum böyledir. Bununla birlikte bazı durumlarda bu borcun, iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumunun ortadan kaldırılması⁶³ ve eserin iş sahibinin kullanımına hazır olduğunun bildirilmesi suretiyle de ifası mümkündür⁶⁴. Teslimin yapılmış olması, müteahhit tarafından eserin fiilî ve hukukî anlamda tamamlandığı, sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirildiği ve icra edildiği anlamına gelir. Ancak, teslimin yapılmış sayılabilmesi için, müteahhidin teslim niyeti iş sahibi tarafından anlaşılabilir olmalıdır⁶⁵.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin teslim borcunun ifası, imal edilen eserin türüne yani taşınır veya taşınmaz oluşuna göre ya da eserin bağımsız bir maddi varlığa sahip olup olmamasına göre farklı şekilde gerçekleşir. Şöyle ki:

⁶¹ Bu hususta bk., Pedrazzini, 515 ; Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem, 73).

⁶² “İş sahibinin doğrudan doğruya zilyetliğinin sağlanması, yeniden imal veya inşa edilen eserin iş sahibine teslim edilmesi ya da iş sahibince tamir veya işlenmek üzere müteahhide verilen şeyin imal faaliyeti neticesinde tekrar iş sahibine geri verilmesi şeklinde olabilir. Sağlanacak olan zilyetliğin her zaman asli zilyetlik olmasına da lüzum yoktur; bir şeyin kiracısı onu tamir için bir ustaya vermişse, şeyi geri aldığı vakit fer’i zilyet olmaktadır” (Tandoğan, Borçlar, 125).

⁶³ Örneğin, bir taşınmazın bozuk olan su ve elektrik tesisatlarının onarımında iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumların onarım marifetiyle ortadan kaldırılması söz konusudur (bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1012; Gautschi, Art. 363, N. 5; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II)

⁶⁴ Bk., Tandoğan, 125; Dayımları, 38; Turanboy, 154; Gadiant, 54 vd.

⁶⁵ Olgaç, Borçlar, C. II, 1079.

aa) İmal Edilen Eserin Taşınır veya Taşınmaz Oluşuna Göre

Sözleşmenin konusunun bir taşınır eserin imali olduğu durumlarda, imal edilen eserin teslimi borcu, eserin tamamlanmasını müteakiben müteahhit tarafından mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi suretiyle yerine getirilir. Buradaki nakil borcu, işin niteliğinin gerektirdiği ve bu bakımdan taraflarca başlangıçta kararlaştırılmış sayılan bir borçtur⁶⁶. Mülkiyeti nakil borcu ise, ancak, malzemesini müteahhidin tedarik ettiği taşınır bir eser imaline ilişkin istisna sözleşmelerinde (eser teslimi sözleşmesi) söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde müteahhidin teslim borcu yanında satım akdine kıyasen mülkiyeti sağlama borcu da bulunmaktadır⁶⁷. Aksi durumda, yani eserin imalinde kullanılan malzemenin iş sahibine ait olduğu durumlarda, eser müteahhidin değil iş sahibinin mülkiyetinde olduğundan, bu gibi durumlarda teslim yalnızca zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşir⁶⁸. Örneğin, onarım için müteahhide bırakılan taşınırlarda zilyetliğin geriye geçirilmesi yani nesnenin onarılacak geriyeye verilmesi ile birlikte teslim gerçekleşmiş olur.

İmal edilen eserin mülkiyetinin nakli, mülkiyeti geçirici etkisi üzerinde anlaşarak zilyetliğin iş sahibine devri suretiyle gerçekleştirilir. Zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet iş sahibine geçmedikçe müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz. Uygulamada, zilyetliğin nakli çoğunlukla elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim suretiyle yapılmaktadır. Ancak, zilyetliğin hükmen teslim veya havale yoluyla geçirilmesi suretiyle de mülkiyetin nakli mümkündür. Bununla birlikte, iş sahibi, bu tür bir zilyetlik (ve mülkiyet) devrine rıza göstermek zorunda değildir. Keza, iş sahibi, hazırlanan esere vasıtasız zilyet kılınması dışında bir devir türünü kabul etmemesi durumunda alacaklı temerrüdüne de düşmüş olmaz. Aksine, elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim yerine hükmen teslim ya da havale öneren müteahhit borçlu temerrüdüne düşebilir. Yeter ki sözleşmede aksi kararlaştırılmamış veya işin niteliğinden dürüstlük kuralı ışığında bunun mümkün olduğu sonucu çıkıyor olsun⁶⁹.

Teslim kavramının içerisine, gerekli şartlar altında, tamamlanan eserin monte

⁶⁶ Öz, 166 ; Dayımları, 141.

⁶⁷ Tandoğan, 127; Karahasan,258. Müteahhit, meydana getirdiği eserin mülkiyetini iş sahibine geçirmek zorundadır. İstisna sözleşmesi mülkiyetin geçirilmesinin hukuki sebebini teşkil eder, mülkiyetin geçirilmesi ise eşya hukukunda öngörülen kurallara uygun olarak gerçekleştirilir (Aral, 359). Alman Hukukuna göre, malzemesinin müteahhit tarafından temin edilerek bir eserin imal edilmesi durumunda, sipariş üzerine eser imali söz konusu olduğundan BGB § 651/I' de yer alan özel hüküm burada uygulanır ve müteahhit nakil yükümlülüğü altına girer (bk., Schlechtriem, N. 364).

⁶⁸ Bk., Gautschi, Art. 363, N. 6 c ; Schlechtriem, N. 364; BGE 72 II 349.

⁶⁹ Gautschi, Art. 367, N.9 ; Öz, 167.

edilmesi veya eserin kullanıma hazır hale getirilmesi yani çalıştırılması faaliyeti de dahildir. Örneğin, bir makinenin teslimi onun yerine takılmasıdır; durumun özellikleri gerektiriyorsa bunun işler hale konması ve işleyiş şeklinin açıklanması da teslim borcunun kapsamına girer⁷⁰. Taşınır bir eserin usulüne uygun olarak teslim edilip edilmediği hususunda taraflar arasında ihtilaf çıkarsa, bu bir hukukî fiil olduğundan kural olarak varlığı tanıkla ispat edilebilir⁷¹.

İstisna sözleşmesinin konusunun taşınmaz yapı inşasının olduğu ve taşınmazın inşasının iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı durumlarda ise, kural olarak, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açık veya üstü kapalı (zımî) bir biçimde iş sahibine bildirilmesi (Mitteilung), maddi bir şeyin verilmesinin yerini alır⁷². Bu bildirim üzerine, iş sahibinin müteahhide ait olan bu yükümlülüğün, onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile de teslim gerçekleşmiş olur⁷³. Bu durumda, müteahhidin imal edilen eserin mülkiyetini iş sahibine geçirmesi söz konusu değildir. Zira, zaten bu durumda imal edilen inşaat arsanın bütünleyici parçası olup, arsa sahibinin mülkiyetindedir. Medeni Kanununun 905. maddesi hükmü uyarınca da arsa sahibi (iş sahibi) zaten eser maliki olarak, zilyetliğin kendisine tanıdığı yetkileri de haiz olduğu için zilyetliğin devri de söz konusu olmaz⁷⁴.

Taşınmaz eserin, arsa sahibinin arsası üzerinde eksiksiz olarak imal edilip görülebilecek bir şekilde tamamlandığı durumlarda, tamamlamadan sonra müteahhitçe taşınmazdan el çekilmesi, eserin iş sahibinin yararlanmasına her bakımdan hazır bir şekilde terk edilmesi, eserin örtülü biçimde bir bildirimle teslimi anlamı-

⁷⁰ Pedrazzini, 521; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. 2; Olgaç, Borçlar, C. II, 1079.

⁷¹ Y.15. HD. 15.3.1990 T., E. 1989/3618, K. 1990 / 1157, "Bilindiği gibi hukukî işlem belli bir hukukî sonuç doğuran irade beyanıdır. Buna karşın hukukî fiilin doğurduğu sonuç failin iradesi dışında kalan olgudur. Kural olarak hukukî fiilin varlığı hakkında tanık sözlerine itibar edilebilir. Somut olayda 4 adet tezgahın davacıya teslim edilip edilmediği şeklindeki uyumsuzluk, hukukî fiille ilgilidir. Hukukî işlemler, yani akdi ilişki konusunda bir uyumsuzluk bulunmadığına göre bu ilişkinin gerçekleşmesine yönelik olan ve failin iradesi dışında kalan teslim vakıtası hakkında tanık dinlenmesine yasal bir engel yoktur" (YHD., Eylül 1990, C. 13, S. 9, s. 1322).

⁷² BGE 115 II 459 ; 113 II 267. İnşaat sahibi, müteahhidin beyanını beklemeden bitmiş inşaatı kullanmaya başlarsa, inşaatı teslim aldığı kabul edilir (Seliçi, 37).

⁷³ Gautschi, Art. 363, N. 5a - 5b ; Gadiant, 54; Seliçi, 37; Tandoğan, 125; Turanboy, 154; Aral, 358. Karahasan' a göre, iş sahibinin fiilî egemenliğini engelleyecek tüm engeller ortadan kaldırılarak, bu durum iş sahibine bildirilmeli ve bu suretle iş sahibinin taşınmaz üzerindeki fiilî egemenliği kullanması sağlanarak teslim gerçekleştirilmelidir (bk., Karahasan, 255 vd.).

⁷⁴ Öz, 168 vd. ; Turanboy, 154.

na gelmektedir⁷⁵. Ancak, bu şekilde bir teslim, olağan şartlar altında, taşınmaz inşasının tamamlandığının iş sahibince anlaşılacağı veya anlaşılması gerektiği durumlarda söz konusu olabilir. Aksi durumda yani taşınmazın inşasının tamamlandığının kolayca anlaşılacağı ve iş sahibince makul şartlar altında anlaşılmasının da beklenemeyeceği ya da bildirim sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı hallerde müteahhit eserin tamamlandığını iş sahibine bildirmek zorundadır. Ancak müteahhit, inşasını tamamladığı taşınmazı, iş sahibinin açıkça anlayabileceği bir tarzda iş sahibinin tasarrufuna bırakmışsa, bu durumda ayrıca bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Bu hususların tespitinde ise her halükarda Medeni Kanunun 2. maddesinde belirtilen genel bir hukuk kaidesi olan 'dürüstlük prensibi' göz önünde tutulmalıdır.

Taşınmaz sahibinin oturduğu konutta yapılan onarımlarda işin sonunda teslimin fiilen elden ele geçirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda da, müteahhidin iş sahibine işin bittiğini bildirmesi ve iş sahibinin de işin tamamlandığını kabul etmesi ile birlikte teslim gerçekleşmiş olur. Başka bir ifadeyle, eserin imalının tamamlanarak iş sahibinin yararlanmasına terk etmek ya da tamamlandığının ihbar edilmesi kesin olarak eserin usulüne uygun bir biçimde teslim edildiği anlamına gelmez. Taşınmaz niteliğinde olan şeylerin onarımında, onarımın tamamlanabilmesi için zilyetliğin müteahhide geçirilmesi gerekli değildir. Teslimin gerçekleşebilmesi için, iş sahibinin taşınmaz üzerinde yeniden egemenliğinin sağlanması gerekir. Örneğin, müteahhidin inşaat iskelesini sökmesi, tamir için getirdiği alet ve araçlarla uzaklaşması, çukurları kapatması gibi durumlarda inşaat üzerindeki egemenliği yeniden sağlanmış olur. Dolayısıyla, sözleşmenin konusunun taşınmazın onarımının teşkil ettiği durumlarda, usulüne uygun bir teslimden söz edebilmesi için taşınmazda kurulan baraka, şantiye gibi şeyler ile taşınmazın içinde ve dışında bırakılan, iş sahibinin eserde fiili egemenliğini gereği icra etmesini olumsuz etkileyecek olan malzeme ve inşaat artıklarının ortadan kaldırılması gerekir. İş sahibinin fiili egemenliğini gereği gibi kullanmasına engel olan bu tür engeller ortadan kaldırıldığı anda teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁶.

bb) İmal Edilen Eserin Bağımsız Bir Maddi Varlığa Sahip Olup Olmamasına Göre

Bir duvarın boyanması, aletin onarılması, evin elektrik tesisatının yapılması, binanın döşenmesi, cihazın takılması gibi eser borçlarında, bağımsız bir eserin iş sahibine nakli söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tür borçların ifasında mülkiye-

⁷⁵ Tandoğan, 125; Seliçi, 37.

⁷⁶ Bk., Gautschi, Art. 367, N.8, 12; Gadiant, 55; Tandoğan, 125-126; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Turanboy, 154; Öz, 169; Karahasan, 255; Dayınlarh, 141.

tin devri söz konusu olmaz. Her ne kadar bu gibi durumlarda teslimden söz edilmekteyse de, buradaki teslim maddi anlamda bir teslim olmayıp, iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumun müteahhit tarafından ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir⁷⁷.

Eserin maddi olmayan çalışma sonuçlarından ibaret olduğu durumlarda, bunların üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin (eser taşıyıcının, Werktrager-örneğin mütalâa veya raporun yazıldığı kağıdın, müzik eserinin kaydedildiği bantın-) iş sahibine verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁸. Eserin mahiyeti maddi anlamda bir teslimi imkânsız kılıyorsa, o zaman teslim, müteahhidin, eseri iş sahibi tarafından görülecek derecede bitirilmiş ve tasarrufa hazır duruma getirmesiyle gerçekleşmiş olur. Örneğin, maddi olmayan eserlerin tesliminde durum böyledir⁷⁹.

b) Teslim Borcunun İfa Yeri

Tamamlanan eserin teslimi borcunun ifa yerinin tespitinde BK. m. 73 hükümünden faydalanılabilir. İstisna sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olup taraflar teslim yeri ve zamanı gibi tali noktaları kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere serbestçe kararlaştırabilirler. Sözleşmede müteahhit, sözleşmeye uygun bir eser imalinin yanında, imal ettiği eseri iş sahibine belirli bir tarihte teslim etmeyi de üstlenebilir. Böyle bir durumda müteahhit, tamamlanan eseri hangi gün ve saatte teslim edeceğini iş sahibine bildirmek zorundadır⁸⁰.

Eser tamamlanınca iş sahibi tarafından mı teslim alınmak için aranacağı yoksa müteahhit tarafından mı ona götürüleceği taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olabilir veya halin icaplarından onların bu konudaki örtülü iradelerinin ne olduğu ortaya çıkarılabilir (BK. m. 73)⁸¹. Öz' e göre, sözleşmede taraflar açıkça

⁷⁷ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Gautschi, Art. 366, N.5b. "... Bazı bağımsız maddi varlığı olmayan eser borçlarında teslimden söz etmek, bu kuruma taşıyamayacağı kadar geniş bir anlam vermek olur. Örnek olarak, iş sahibinin evinin bir odasını boyayan veya bir cam takan müteahhidin işi tamamladıktan sonra orayı terk etmesi, artık 'teslim' diye nitelenmemelidir. Bu iş görülürken müteahhit her hangi bir şeye zilyet olmadığı gibi, iş bittikten sonra da iş sahibinin zilyetliğini rahatsız eden bir durum olduğu ve bu durumun ortadan kalkmasıyla ifanın gerçekleşmiş olduğu biçiminde bir konstrüksiyon da inandırıcı değildir. Böyle sözleşmelerde, eser tamamlandığı anda ifanın (doğru veya ayıplı) gerçekleştiği, bir başka deyişle, teslimsiz ifa edilen bir eser borcu bulunduğu kabul edilmelidir. Kuşkusuz, eksik iş yapıldığı durumlarda ifa söz konusu olmaz" (Öz, 167-168).

⁷⁸ Bk., Tandoğan, 125; Dayınlarlı, 38; Aral, 358.

⁷⁹ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Aral, 358.

⁸⁰ Bk., Olgaç, Borçlar, C. II, 1039 - 1040.

⁸¹ Tandoğan, 126.

veya örtülü olarak ifa yerini kararlaştırmamışlarsa, bu hususta bir adet de bulunmuyorsa, BK. m. 73/b.3 hükmü uyarınca, borcun doğumu anında borçlunun ikametgâhı neresiyse eserin orada teslim edilmesi gerekir. Fakat çoğu kez, istisna sözleşmelerinin niteliği gereği teslim borcunun, müteahhidin çalışma yerinde (dükkan, imalâthane, yazıhane vb.) ifa edileceği kararlaştırılmış sayılır. Örneğin, dikilen elbisenin teslim tarihinde terziden alınması asıldır.

Kanaatimce, taşınır bir eserin teslim borcunun ifa yeri, sözleşme serbestisi prensibi uyarınca öncelikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan yerdir. Sözleşmede ifa yerine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması durumunda, sorun, MK. m. 2 çerçevesinde tarafların bu konuya ilişkin örtülü iradeleri ve nihayet yapılan istisna sözleşmesinin türüne göre bu hususta uygulanan bir adet olup olmadığı tespit edilerek çözümlenmelidir. Böyle bir tespitin yapılamadığı durumlarda ise, borçlunun (müteahhidin) ikametgâhı, sözleşmede icapta bulunan ve sözleşmenin yapılmasında daha fazla menfaati olan iş sahibinin ikametgâhına üstün tutulmalı, tamamlanan eser de iş sahibi tarafından aranmalıdır. Taşınmaz eserler bakımından ise bir sorun bulunmamaktadır. Zira, taşınmaz şeylere ilişkin bir iş görme sonucu (inşa ve tamir) bu şeylerin bulunduğu yerde meydana gelir⁸². Dolayısıyla, taşınmaz şeylerin mütemmim cüzünü veya teferruatını teşkil edecek eserler de (makineler gibi) şeyin bulunduğu yerde teslim edilmeli ve takılmalıdır⁸³.

Malzemesi iş sahibi tarafından getirilen, tamir ya da işlenmek için müteahhide bırakılan şeylerin imali tamamlanınca, sözleşmede müteahhidin eseri iş sahibine göndereceği yolunda bir hükme yer verilmiş olmadıkça, tamamlanan eser iş sahibi tarafından aranmalıdır. Buna karşılık, müteahhidin kendi malzemesiyle yeniden imal ettiği taşınır eserlerin, müteahhit tarafından genellikle iş sahibine götürülmesi veya hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere gönderilmesi gerekir⁸⁴.

82 Turanboy, 156.

83 Bk., Tandoğan, 126 ; Yavuz, 480 ; Karahasan,258.

84 Gautschi, Art. 363, N. 6 b-e ; Karahasan,259; Tandoğan, 128; Yavuz, 480; Zevkililer, 331. İmal olunan işin (eserin) iş sahibine götürülmesi veya gönderilmesi suretiyle tesliminin imal borcu içerisine dahil olup olmadığına genellikle karar verilemez. Fakat, anlaşma veya denemeden sonra eğer eser iş sahibi tarafından teslim alınmışsa kabul edilmek zorundadır. Akde veya örf ve adete göre iş sahibinin eseri bizzat imal yerinde aramaya mecbur bulunduğu tespit ve kabul olunmadığı müddet ve nispette, müteahhit, eseri, iş sahibine götürmeye mecburdur (Guhl / Merz / Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, Achte Auflage, Zürich 1995, 481; Gök-türk, Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951,499).

c) Teslim Borcunun İfa Zamanı

İstisna sözleşmesinde teslim borcu zaman itibarıyla müteahhidin iş görme borcunun ifasından sonra ifa edilmesi gereken bir borçtur. Dolayısıyla müteahhit öncelikle sözleşme ile imalini üstlendiği eseri tamamlamalı ve müteakiben de tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibine teslim etmelidir⁸⁵.

İstisna sözleşmesinde taraflar, sözleşme serbestisi prensibi dahilinde uzama ve kısalma sebepleriyle birlikte⁸⁶, belirli bir takvim günü ya da bir süre tayin ederek en geç tayin edilen sürenin sonunu, teslim borcunun ifası zamanı olarak kararlaştırabilirler. Uygulamada genellikle teslim borcunun ifası zamanı taraflarca bu şekilde kararlaştırılmaktadır. Ancak, bu kararlaştırma yapılırken de müteahhide, imal veya inşaya ilişkin olarak iş görme borcunu yerine getirmesi için uygun bir zaman bırakılmalıdır. Büyük inşaat eserlerinde işe başlama, tamamlama ve eseri teslim tarihleri genellikle eserin tamamlanması için gereken süre göz önünde tutularak önceden sözleşmede taraflarca birlikte kararlaştırılmakta ya da böyle bir kararlaştırma yapılmayarak, eserin tamamlanması için gereken süre, işin uzman tarafı olan müteahhidin inisiyatifine bırakılmaktadır. Eserin imali bakımından işe başlama, tamamlama ve teslim tarihinin önceden kararlaştırıldığı hallerde, müteahhit, kararlaştırılan bu süreye riayet etmek zorundadır. Aksi durumda müteahhit akdin feshi müeyyidesiyle karşılaşabilir. Zira, müteahhidin kararlaştırılan sürede işe başlama da gecikmesinin, teslim tarihinde eserin teslim edilemeyeceği tahminine imkân verdiği hallerde, iş sahibi BK. m. 358 f.1'e dayanarak sözleşmeyi feshetmeye yetkilidir⁸⁷.

Teslim tarihinin anlaşmayla belirlenmediği durumlarda, sözleşmedeki bu boşluğun tarafların varsayılan iradesine ve işin niteliğine göre doldurulması gerekir. Bu yapılırken de, deneyimli bir uzmanın zamanında başladığı işi bitirmek için mutad araç, gereçleri ve iş gücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde tutulmalıdır. Ancak burada, Borçlar Kanununun 74. maddesi hükmünde yer alan hemen ifa ilkesi uygulanmamalı, müteahhide, eseri yaratması ve teslimi için uygun bir süre bırakılmalıdır⁸⁸. Müteahhide bırakılması gereken süre, alış-veriş

85 Kural olarak müteahhit, imal ettiği eseri vaktinde iş sahibine teslim ettiğini ispatla yükümlüdür (Bk., Y.15.HD., 28.6.1988 T., E. 4097, K. 2447- Uygur, 890 vd.).

86 Taraflar sözleşmede teslimin hangi şartlar altında ve hangi anda yapılmış sayılacağına ilişkin kayıtlar koyabilirler. Ancak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi yine sözleşmede yer verilen sebepler dışında iş sahibi tarafından tek taraflı olarak kısaltılmayacağı gibi, müteahhit tarafından da uzatılmayacaktır (Bucher, 205; Tandoğan, 127).

87 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Karahasan, 234 vd.

88 Zevkililer, 331; Aral, 358 vd. ; Dayınlarlı, 90.

yaşamının göreneklerine (iş hayatının âdetlerine) göre saptanmalı, müteahhide, eseri meydana getirip teslim edebilmesi için gerekli hazırlanma zamanı da tanınmalıdır. Keza, bir meslek adamı söz konusu ise, onun bazı yüklenimlerinin (taahhütlerinin) de bulunabileceği göz ardı edilmemelidir⁸⁹.

Teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, sözleşme süresiz olarak kabul edildiğinden, işe gecikmeksizin başlamayan müteahhidin iş sahibi tarafından, BK. m. 101 ve 107. maddelerine uygun olarak temerrüde düşürülmesi gerekir. Şayet müteahhit, BK. m. 106 gereğince belirlenen uygun süre içerisinde işe başlamamış olursa bu durumda iş sahibi, BK. m. 106' nın kendisine tanıdığı seçimlik yetkilerden birini kullanabilir⁹⁰.

Kanaatimce, istisna sözleşmesinde sipariş edilen her eser, özen borcuna uygun olarak kararlaştırılan nitelikte ve ayıpsız olarak imal edilebilmesi için az ya da çok belirli bir zaman sarfını gerektirir. Sözleşmede bu süre kararlaştırılırken MK. m. 2 hükmüne aykırı hareket edilemez. Keza, böyle bir sürenin kararlaştırılmamış olması durumunda da çok istisnai haller olmadıkça müteahhitten eseri derhal⁹¹ teslim etmesi istenemez⁹². Aksi takdirde, bu talep MK. m. 2'de ifade edilen dürüstlük prensibine aykırı olur. Bununla birlikte, teslim süresinin sözleşmede müteahhidin inisiyatifine bırakıldığı durumlarda da müteahhit, bu prensibinin gereğini yerine getirmek zorundadır. Bu bakımdan müteahhit, sözleşmenin kurulmasından sonra işin niteliğine göre objektif olarak makul görülebilecek bir zamanda işe başlamalı ve normal tempoyla en uygun zamanda imal faaliyetini tamamlayarak imal ettiği eseri iş sahibine teslim etmelidir⁹³. Teslim borcunun, işin niteliğinin gerektirdiği uygun bir zamanda ifa edilip edilmediği hususunun tespitinde ise,

⁸⁹ Karahasan,250.

⁹⁰ Bk., Y.15.HD., 10.12.1985 T., E. 2349, K. 4159 (Karahasan,250, dn. 91a).

⁹¹ Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi, BK. m. 74' e göre, teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından sonra hemen ifası, ancak işin niteliğinin yapım için pek az zamana ihtiyaç gösterdiği istisnai hallerde istenebilir (Yavuz, 480).

⁹² Eserin teslimi için, sözleşmede belirli ya da belirlenebilen bir süre kararlaştırılmamışsa ve de işin niteliğinden tersi çıkarılmıyorsa, sözleşme yapılır yapılmaz gecikmeksizin (derhal) işe başlanmalı ve çalışmalara ara verilmeksizin devam edilmelidir. Ancak müteahhidin, hemen işe başlamasının söz konusu olduğu durumlarda, ona, alışveriş yaşamında yürüyen dürüstlük kuralına göre edimini yerine getirmesi için gereksediği (muhtaç olduğu) zaman bırakılmalıdır (Karahasan,250).

⁹³ Eserin teslim günü belirli değilse, işe başlayan müteahhit, benzer işlerdeki normal tempo ile işi yürütmelidir. Çalışma temposunun belirlenmesinde, işin özelliği ve müteahhidin iş sahibince bilinmesi gereken mesleki yetenekleri ve nitelikleri göz önünde bulundurulur (Karahasan,251). Ayrıca bk., Y. 15.HD. 14.2.1989 T., E. 2384, K. 5231; 15.HD. 2.3. 1989 T., E. 2027, K. 940 (Karahasan,250, dn. 91).

tarafaların farazi iradeleri ile birlikte objektif şartlar altında mutad çalışma araçlarıyla, vaktinde eserin imaline başlayan basiretli bir müteahhidin işi ne kadar sürede tamamlayıp teslim edebileceği göz önünde tutulmalıdır.

d) Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Sonuçları

Kanun koyucu, müteahhidin teslim borcunun ifasına muayene ve ihbar, eser ücreti, zamanaşımı, yarar ve hasar hususlarında önemli hukukî sonuçlar bağlamıştır. Tamamlanan eserin teslimi ve dolayısıyla iş sahibince teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıkan bu hukukî neticeler aşağıdaki başlıklar altında izah edilebilir:

aa) Eser Ücretinin Muaccel Olması

Satım sözleşmesinde olduğu gibi, istisna sözleşmesinde de kural olarak şeyin-eserin teslimi ile eser ücreti borcunun ifasının aynı zamanda karşılıklı olarak yerine getirilmesi prensibi geçerlidir⁹⁴. Bu prensip dolayısıyla da, tamamlanan eserin iş sahibine teslim edilmesi istisna sözleşmesinde, öncelikle eser ücretinin muaccel hale gelmesini (exigibilite du prix) sağlamaktadır⁹⁵.

Bu prensip, Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrasındaki (OR. Art. 372/1) düzenlemeden doğmaktadır. Belirtilen madde hükmüne göre, 'iş sahibi eser ücretini teslimde ödemek zorundadır'. Ancak kanundaki düzenleme emredici nitelikte bir düzenleme değildir⁹⁶. Dolayısıyla bu prensip ancak, ücretin bir kısmının ya da tamamının teslimden önce veya teslimden belirli bir zaman sonra ödeneceği yolunda taraflarca sözleşmede aksine bir hüküm konulmadığı takdirde uygulanabilir⁹⁷. Sözleşmede böyle bir kararlaştırmanın yapılmadığı durumlarda, eser

⁹⁴ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1048; Dayınlarlı, 43.

⁹⁵ Ancak, eserin tesliminin iş sahibinin (alacaklının) direnmesi (temerrüdü) sebebiyle mümkün olmadığı durumda da ücret muaccel olur.

⁹⁶ Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrası hükmü, ancak müteahhidin büyük yatırımlar yapmasını gerektirmeyen küçük el zanaatlarına ilişkin istisna sözleşmeleri için önem taşımaktadır. Geniş mali kaynakları ve büyük giderleri gerektiren makinelerin yapımı veya yapı işleri gibi işlere ilişkin istisna sözleşmelerinde, iş sahibinin, eser bitmeden onun yapılması giderlerine katkıda bulunmasını öngören hükümlere yer verilir. Sözleşmede iş sahibinin hangi zamanlarda ve ne miktarda ön ödemelerde bulunacağı doğrudan doğruya veya bu hususa ilişkin mesleki teamüllere ya da genel teslim şartlarına atıf yapılarak dolaylı yoldan tespit edilir (Gautschi, Art. 372, N. 7 e; Yavuz, 500; Tandoğan, 302). Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Baygın, Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, 197 vd.

⁹⁷ Taraflar BK. 364 / 1' de ki kuralın aksine sözleşme yapabilirler. Örneğin, ücretin bir kısmının (ücretin üçte birinin sözleşmenin yapılması, üçte birinin de iş başlayınca) veya tamamının teslimden önce yahut teslimden sonra (faturanın ibrazı tarihinde veya bundan belli bir süre sonra) ödenmesi kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşmanın varlığını iddia eden taraf bunu kanıtlamakla yükümlüdür (Tandoğan, 303).

ücreti alacağı, eserin tesliminden önce (tamamlanması anında) veya daha sonra (usulüne uygun muayeneden sonra) değil⁹⁸, teslim anında muaccel hale gelir⁹⁹. Buna karşılık, müteahhidin eserin tamamını teslimden önce kısmi bir ödeme yapılmasını talep etme hakkı yoktur¹⁰⁰.

Eser ücretinin teslim anında muaccel hale gelmesi, müteahhidin bu anda kendi borcunu ifa etmesine, yani eseri sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak zamanında teslim etmiş olması şartına bağlıdır¹⁰¹. Federal mahkemeye göre de¹⁰² zamanında ve noksansız (ayıplı olmayan) bir eserin teslim edilmesiyle birlikte ücret alacağı muaccel hale gelir. Eğer teslim edilen eser ayıplı ise iş sahibi, sözleşmenin ifa edilmediği def'i ile ücret borcunu ödemekten kaçınabilir. Eserdeki ayıp önemsiz olsa, eserin kullanımını ciddi olarak engellemese dahi, BK. m. 364'de böyle bir ayırım yapılmadığından iş sahibi bu durumda da ücret ödemekten kaçınabilir.

İş sahibinin eseri muayene (yani sağlamlığını ve sözleşmeye uygunluğunu

98 "İş sahibinin, eseri muayene etmeden önce eser ücretini ödemekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. İş sahibinin, ücret ve eserin üçüncü bir yere bırakılmasını ve ücretin sadece eserin kabul edilmesinden sonra çekilmesini isteyebileceği görüşü savunulmuştur. Ne var ki bu anlayış isabetli değildir. Aksi takdirde, iş sahibi eser tamamen ayıplı olduğunda da eserin ücretini bir yere bırakmaya zorlanmış olabilir. Aksine mümkün olduğu takdirde, eser daha müteahhidin elinde bulunurken iş sahibine giderleri kendisine ait olmak üzere eseri muayene etmesine ya da m. 367/II (BK. m. 359/II)' ye göre muayene ettirmesine izin verilmelidir. Ne var ki, adet gereğince, özellikle ticari ve sınai iş hayatındaki adet gereğince, satımdaki gibi, çok defa şu kural uygulanır: 'önce eser, sonra para'. Bu suretle iş sahibi ödmeden önce kendi elinde eseri kendisi muayene etmek imkânına sahip olur. Eserin iş sahibi nezdinde monte edilmesi ve var olan donatıma uydurulması zorunlu ise, tereddüt halinde, ücretin ödenmesine kadar alı koymadan vazgeçme kabul edilebilir" (Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2). Bu hususta ayrıca bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1049.

99 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Baygın, 190 vd.

100 Gauch, N. 789; Tandoğan, 302; Yavuz, 500; Gadiant, 58. Ancak ücret bölümlere göre - hem de ayrı ayrı teslim edilecek bölümlere göre - tespit edildiği takdirde yasaca, her bölümün tesliminde ödemenin de yapılması zorunludur. Bk., BK. m. 364/II (OR. Art. 372/II); Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 4; BIGŞ. m. 39.

101 Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2, 3; Yavuz, 500; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1048. Gadiant' e göre, eserin ayıplı olması ücretin muaccel hale gelmesine engel olmaz. Zira, eser ücreti, Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrasına (OR. Art. 372/I) göre, yalnızca eserin tesliminden dolayı muacceliyet kazanır. Muacceliyet için kanunda müteakip başkaca şartlar belirtilmemiştir. Teslim ise, eserin ayıpsız olmasını şart koşmaz. Bu sebeple de, eserin ayıplı olarak teslimi, ücretin muaccel olmasını etkilemez. Zira, iş sahibinin Borçlar Kanununun 81' inci (OR. Art. 82) maddesi ile güvence altına alınan ücreti ödemekten kaçınma hakkı vardır (bk., Gadiant, 58, dn.16 - 19).

102 BGE 89 II 235.

tespit) etmeden eser ücreti ödemek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır¹⁰³. Tunçomağ'a göre¹⁰⁴, iş sahibine teslim almadan önce, giderleri kendine ait olmak üzere, eseri muayene etme veya ettirme olanağını tanımak doğru olur. Bu yüzden müteahhidin eseri ödemeli olarak, iş sahibinin adresine gönderme yetkisi yoktur. Öte yandan, iş sahibinin ücreti ödemediği eserin teslimini isteme yetkisi bulunmadığından, onun muayeneyi müteahhidin yerinde yapması gerekir. Sadece eser teslim edilmeden muayenenin olanaksız olduğu yerde, iş sahibi ücreti bırakmaya (tevdie) zorlanabilir. Fakat taraflar ücretin ancak muayenenin yapılmasından sonra muaccel olacağını kararlaştırmakta özgürdürler ve alış veriş hayatında, özellikle İsviçre' de, bu yolda bir geleneğin varlığından söz edilmektedir Bunun yanında teslim edilen eser için iş sahibi düzeltme yapılmasını isteyebiliyorsa ve böyle bir talepte bulunmuşsa, eserin ücreti ancak düzeltilmiş eserin teslim edilmesi ile muaccel olur¹⁰⁵. İş sahibi bozukluklar dolayısıyla ücretten bir indirim ileri sürerse, eserin teslimi ile, haklı indirmenin çıkarılmasından sonra kalan ücret alacağı muaccel olur¹⁰⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, Borçlar Kanununun düzenlemesine göre, eser ücretinin muacceliyeti eserin teslim alınması anına bağlıdır. Buna karşılık SIA - Norm 118'in düzenlemesine göre, eser ücretinin muacceliyeti ancak eserin teslim alınmasından sonraki 30 gün içerisinde oluşmaktadır¹⁰⁷. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde ise, müteahhidin ücret alacağı kesin hesabın çıkarılması gününden itibaren başlamakta ve muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır¹⁰⁸.

Kanaatimce, istisna sözleşmesinde eser ücretinin muaccel hale gelmesi bakımından eserin mutlaka ayıpsız olarak teslim edilmiş olması bir ön şart değildir. Taraflar arasında yapılan istisna sözleşmesine konu olan eserin tamamen ayıpsız bir şekilde imal edilmesi, eserin türüne göre her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, oldukça kapsamlı bir iş gücü ve teknolojik imkânların kullanımını gerektiren komplike bir eserin, ya da sanatsal tasavvur ve becerilerin yoğun olduğu bir eserin imalinin söz konusu olduğu durumlarda, eserin ufak tefek arızaları, bozuklukları başka bir ifadeyle ayıpları ihtiva etmesi makul karşılanabilir. Keza, böylesi

¹⁰³ Bk., Becker, Sözleşme, Art. 372, N.2.

¹⁰⁴ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1049.

¹⁰⁵ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 3.

¹⁰⁶ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 3.

¹⁰⁷ Gadiant, 245.

¹⁰⁸ Bk., BiGŞ. m. 39, 40; BK. m. 126/4.

bir durumda doğal olarak MK.m.2 prensibinin de göz önünde tutulması gerekir¹⁰⁹.

Eserin ayıplı olması, somut istisna sözleşmesinin muhtevasına bağlı olduğundan nisbî bir kavramdır. Eserde, aşikâr, gözle görülebilir ayıplar dışında kalan ayıplar ise, ancak eserin tesliminden sonra, iş sahibi tarafından ya da bilirkişi marifetiyle, sözleşmede aranan niteliklerle eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılmasına yönelik yapılacak bir muayene neticesinde tespit edilebilecek bir husustur. Dolayısıyla, eserin, BK. m. 360/I' de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla, ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması eser ücretinin muaccel olmasına engel teşkil etmez. Müteahhit ya tamamen ayıpsız, ya da önemli derecede ayıplı olmayan bir eseri iş sahibine teslim etmiş olmakla birlikte eser ücretinin ödenmesini talep edebilir. Zira kanun koyucu, iş sahibine kabulden kaçınma (sözleşmeden dönme) hakkını, ancak, teslim edilmek istenen eserin BK. m. 360 f.1' de belirtilen ölçüde, yani 'iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede' ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir surette aykırı olması durumunda tanımaktadır. Ancak bu halde dahi iş sahibi sözleşmeye uygun olmayan eseri kabul edebilir¹¹⁰.

Yine kanun koyucu, teslim edilecek eserde bu denli ağır ayıpların bulunmadığı durumlarda, eserin teslimini mümkün görmektedir¹¹¹. Ayrıca, eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla iş sahibine, eserin tesliminden sonra kullanılmak üzere farklı seçimlik haklar (onarım, ücretten indirme, zararın tazmini) tanımakta ve onun ifa menfaatini korumaktadır.

¹⁰⁹ Y.15.HD., 22.2.1989 T., E. 2115, K. 726, "Taraflar arasındaki sözleşmeye göre inşaatın bitim tarihi 30.4.1987 ise de, sonradan taraflar bu süreyi 1 ay uzatmışlardır. Davalı müteahhit de uzatılan bu süre içerisinde inşaatı ufak tefek noksanlıklarla bitirmiştir. Söz konusu ayıp ve noksanlıklar inşaatın teslim alınarak kiraya verilmesini engelleyici nitelikte olmayıp davacı iş sahibi inşaatı teslim almamakla zararın oluşmasına kendisi sebebiyet vermiştir. Bu durumda davacının kira kaybı ile sözleşmeden kaynaklanan cezayı istemesi olanağı bulunmamaktadır" (Uygur, 886).

¹¹⁰ Borçlar Kanununun 360. maddesi hükmü gereğince, eğer ayıplar iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve kabul etmesinin kendisinden beklenebileceği kadar önemli değilse, ifayı reddedemeyecektir. Gene aynı maddenin son fıkrasına göre, iş sahibinin arasında yapılan inşaatlarda ayıplar bu ölçüde önemli olsa dahi, iş sahibine ifayı kabul zorunluluğu getirilmiştir. İşte bu durumlarda eserin ayıplı olduğundan söz ederek ifayı reddetmek ve müteahhidi temerrüde düşürmek mümkün değildir (Öz, 173).

¹¹¹ Y. 15. HD. 20.10.1977 T., E. 1470, K. 1937, "Yüklenicinin ücretini alabilmesi için sözleşmenin kendisine yüklediği yapım borcunu eksiksiz veya eser sahibinin kabulden kaçınmayacağı ufak tefek ayıplarla bitmiş olması gerekir" (YKD. 1978, s. 427 vd.).

bb) Yarar ve Hasarın Geçmesi

İstisna sözleşmesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak¹¹², hasar (transfert des profits et des risques) teslim ile birlikte sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir¹¹³. Zira, Borçlar Kanununun 368. maddesinin 1. fıkrasına göre, 'yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça¹¹⁴ müteahhit ne yaptığı işin ücretini¹¹⁵ ne de masrafların tediyesini isteyemez'. İkinci fıkrasına göre de, 'bu takdirde telef olan malzeme kime ait idi ise hasarı da ona aittir'¹¹⁶. Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için de tamamlanınca ferdi ile belli olan (parça borcu haline gelen) bir eserin¹¹⁷, teslimden önce

¹¹² Bk., BK. m. 183 / 1.

¹¹³ Dayınlarlı, 43; Seliçi, 43.

¹¹⁴ İş sahibine müteahhit tarafından sunulan eserin haklı bir nedene dayanmaksızın reddi, alacaklının temerrüdüne yol açmış olur. Bu konuda istisna sözleşmesine ait özel hükümlerin düzenlendiği BK. nun 355-371. maddelerinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, BK. m. 368/1' de yer alan 'iş sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça' ifadesi bu soruna çözüm getirici niteliktedir. Bu hükümde sözlü edilen temerrüdün, alacaklının temerrüdü olduğu tartışmasızdır. Öğreti de bu yönde görüş birliği içindedir. O halde, BK. nun 368/1. maddesinde yer alan bu özel hüküm, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması durumunda alacaklının temerrüdüne düşeceği hususunu da içerir. Bu nedenle, konunun genel hükümler çerçevesinde (BK.m.90 vd.) incelenip çözüme bağlanması gerekeceği hususu dikkatten uzak tutulmamalıdır (Dayınlarlı, 142).

¹¹⁵ Satım sözleşmesinde satım konusu şey alıcıya tesliminden sonra yok olursa, satıcının satış bedelini isteme hakkı saklı kalmır. Malın teslim alınmasından itibaren alıcı, malın ücret rizikosunu üstlenir. İstisna sözleşmesinde ise ücret rizikosunun karşı tarafa geçmesi için ölçü alınan zaman süreci eserin teslim alınması anıdır. BGB 644. maddenin 1. fıkrasının 1. bendine göre, müteahhit rizikoyu teslim alma anına kadar kendi üzerinde taşır. Ancak, eserin teslim alınmasından itibaren riziko iş sahibine geçer (Klunzinger, 342).

¹¹⁶ Alman Hukukuna göre de kural olarak, eserin teslim alınması ya da duruma göre tamamlanmasına kadar ki hasara müteahhit katlanır. Bk., BGB § 646, 644/I .

¹¹⁷ Tamamlanınca ferdi ile belli olan (parça haline gelen) bir eser tamamlanmasına rağmen teslim edilmeden önce taraflara yüklenemeyen bir sebeple (yangın, çalıntı vb.) telef olmuşsa, hasara müteahhit katlanır (BK. m. 117/II, 368/I). Bu durumda müteahhidin, eseri teslim borcu kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle ortadan kalkar ve müteahhit yaptığı giderleri ya da ücreti artık isteyemez. Eserin teslimden önce (yapımı sırasında) kaza sonucu telef olması durumunda ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacağından, bu durumda müteahhit eseri yeniden imal etmek mecburiyetindedir. Ancak, iş müteahhide aşırı derecede pahalıya malolacaksa, müteahhit, BK. m. 365 / II veya 367 hükmüne dayanarak tazminat ödemeksizin işe devamdan kaçınabilir. Tamamlanınca çeşidi ile belli olacak bir eser tamamlanmadan önce, ya da tamamlanıp teslim edilmeden önce kaza sonucu telef olursa, kusursuz imkânsızlık söz konusu olmaz. Çeşidi ile belirtilen eserin hasarı iş sahibine ancak teslim ile geçer (Zevkliler, 344 ; Becker, Sözleşme, Art. 376, N. 1 vd.).

ve taraflardan birinin kusuru olmaksızın¹¹⁸, tesadüfen yok olması gerekir 119. İstisna sözleşmesinde hasarın teslimden önce müteahhide ait olması kuralının ağırlığı bazı istisnalar tanınarak hafifletilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki:

Borçlar Kanununun 368. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca, iş sahibi yapılan eseri teslim almada temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar iş sahibine ait olur¹²⁰. Ancak, istisna sözleşmesinde müteahhit ayıpsız bir eserin imali ile yükümlü olduğu için, iş sahibi kendisine teslim edilmek istenen ayıplı bir eseri teslim almak zorunda değildir. Böyle bir eseri teslim almadığı takdirde de, o ayıpsız bir eserin teslimini talep etme hakkına sahip olur. Keza, iş sahibi bu durumda, teslim alınan, başka bir deyişle alacaklımın temerrüdüne de düşmüş sayılamaz¹²¹.

Yine, teslimden önce hasara iş sahibinin katlanacağı diğer bir istisnai durumda, BK.m.368/III hükmünde belirtildiği üzere, eserin iş sahibine isnadı kabil sebeplerle, örneğin, iş sahibince verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olması, eseri tehlikeye sokan yanlış talimatların verilmesi, ifanın yerine getirilmesi için katkıda bulunulması gereken durumda kendisine düşen akdi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi davranışlar sonucunda eserin telef olması veya kısmen zarara uğramasıdır¹²². Malzemesi iş sahibince verilen bir eserin teslimden önce yok olması durumunda, müteahhit, iş sahibi tarafından verilen malzemeyi tazmin etmek zorunda değildir. Bilakis, malzemeyi veren taraf, teslimden önce eserin tesadüfen yok olması rizikosuna katlanmak zorundadır¹²³. Buna karşılık, malzemeyi veren müteahhit ise, onun sorumluluğu satıcıdan daha ağırdır. Zira, satım sözleşmesinde satıcı malı ayırt etmekle umulmadık olaydan dolayı sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde müteahhit, ancak, eseri teslim etmiş ya da iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmüş ise sorumluluktan kurtulabilir¹²⁴.

¹¹⁸ Eser yanlardan birine yüklenilebilen nedenlerden yok olmuşsa bu durumda, BK. m. 368/III' deki özel hüküm dışında, genel hükümler (BK. m. 96, 101 vd.) uygulanır (Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1044).

¹¹⁹ Bu hususta bk., Gadient, 59, dn. 22,23.

¹²⁰ İş sahibinin alacaklı sıfatı ile temerrüdü, şartları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bk., Dayınlarlı, 130 vd., özellikle, 143.

¹²¹ Klunzinger, 341, 343.

¹²² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Gautschi, Art.376, N. 11 c; Gadient, 59 vd.; Becker, Sözleşme, Art. 376, N. 1 vd.; Tandoğan, 321 vd.; Yavuz, 461 vd.; Zevkliler, 344 vd.

¹²³ Gadient,59; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1046.

¹²⁴ Becker, Sözleşme, Art. 376, N.1.

Borçlar Kanununun 368. maddesi hükmünde açıkça teslimden söz edilmiştir. İş sahibi ancak bu andan itibaren eser üzerinde fiilen tasarruf gücüne sahip olmaktadır. Bu sebeple de, iş sahibinin sorumluluğu sonraki bir tarihe, örneğin, eserin kabulü anına kadar uzatılamaz. Ancak, istisnaen iş sahibi, eser teslim edilmeden önce eseri kabul ettiğini bildirmişse, bu durumda kural olarak hasar kabul anından itibaren kendisine geçer. Çünkü, bu andan itibaren iş sahibi eserde tasarruf olanağını kazanır¹²⁵.

cc) Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

İstisna sözleşmesinde tamamlanan eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkan diğer bir sonuçta, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanımı için öngörülen zamanaşımı sürelerinin (debut du delai de prescription) işlemeye başlamasıdır. Borçlar Kanununun 363. maddesinin 1. fıkrasında (OR. Art. 371/I), 'ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar, satım sözleşmesindeki alıcının haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine tâbi kılınmıştır'. Yine aynı maddenin son fıkrasında da, taşınmaz inşaata¹²⁶ ilişkin ayıptan dolayı iş sahibinin haklarının müteahhide ve inşaata iştirak eden mimar ve mühendislerle karşı, eserin teslim alınmasından itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir¹²⁷. Dolayısıyla, bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesinde, 'ayıba karşı tekeffülden doğan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, eserin iş sahibi tarafından sözleşmeye uygun olduğunun kabulünden (Genehmigung) değil, fakat eserin teslim alınmasından (Abnahme) itibaren işlemeye başlamaktadır'¹²⁸. Böylelikle de, iş sahi-

125 Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1044, 1046. "Burada iş sahibinin temerrüde düşmesi için kritik zaman, müteahhidin tamamlanmış 'eseri teslim' (livraison de l'ouvrage) almama zamanıdır. Yoksa 'eserin kabul' (acceptation de l'ouvrage) edilmeme zamanı değildir. Gayet tabiidir ki, eserin kabulünde de temerrüde düşen iş sahibi bu temerrütten sonra eser kazara telef olmuş iş eserin bedelini ve müteahhidin masraflarını ödemek zorundadır" (bk., Dayınlarlı, dn.60).

126 İnşaat, malzeme ve emek sarfiyatı arza bağlı olarak meydana getirilen, belli bir iktisadi önem taşıyan, bağımsız şeylerdir. Başka bir ifadeyle, İnşaat, arazi ile birleştirilmiş ve malzeme ve emek sarfiyatı ile, imal, inşa veya tanzim edilmiş şeylerdir. Örneğin, binalar, bunların eklentileri, duvarlar, köprüler, çeşmeler vs. İnşaat, temelli kalmak maksadı olmaksızın belirli bir hizmete tahsis amacıyla meydana getirilen menkul inşaatı ve insan eliyle toprağa bağlı olarak, devamlı kalmak amacıyla meydana getirilmiş bulunan ve ekonomik değer taşıyan taşınmaz inşaatı olmak üzere iki türüdür. Taşınmaz inşaat denince ilk akla bina gelir. Bina ise, arsanın üstünde veya altında yapılan arza devamlı surette bağlı olan yapıdır (MK. m. 648 - 650). Bu hususta bk., Tandoğan, 222 vd. ; Öz, 80 vd.; Seliçi, 208 vd.; Artukmaç, İnşaat Hukuku, Ankara 1975, 9 -11.

127 Alman Hukukunda da eserin teslim alınması anı ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı sürelerinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bk., BGB § 638/I.

128 Tandoğan, 226.

binin ayıptan doğan hakları, genellikle teslimden itibaren bir yıl, tacirler arasındaki ticari istisna sözleşmelerinde altı ay ve taşınmaz inşaatında beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

Bir inşaatta işin bittiğinin müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi ve onun da işi bitmiş sayması zamanaşımının işlemeye başlaması için yeterlidir¹²⁹. İş sahibi nezdinde yapılan tamirlerde ve eserin maddi olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu hallerde ise, fiilen bir teslim söz konusu olmadığından, zamanaşımı süresi işin bitimi tarihinden itibaren hesaplanmalıdır¹³⁰.

dd) Eseri Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması

Eserin teslimi ve teslim alınmasının diğer önemli bir sonucu da, teslimden sonra, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerinin ortaya çıkmasıdır¹³¹. Zira, Borçlar Kanununun 359. maddesinin 1. fıkrasına (OR. Art. 367/I) göre, iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek (verification) ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmekle (avis) yükümlüdür.

Eserin muayenesi ve ayıplarının ihbarı iş sahibine yüklenen bir külfet olup, iş sahibinin istisna sözleşmesinden doğan bir borcu değildir. Bununla birlikte, sözleşmenin ifası amacıyla kendi tasarrufuna bırakılan eseri teslim alan iş sahibi, ayıp dolayısıyla kendisine tanınan haklarını kaybetmek istemiyorsa, işlerin mutad gidişine göre mümkün olur olmaz eserin niteliklerini itinalı bir şekilde muayene etmek ve muayene neticesinde tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar etmek zorundadır¹³². Ancak, bu yükümlülük, tamamlanan eserin sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibinin tasarrufuna bırakılması başka bir ifadeyle fiilî ve hukukî anlamda bir teslimin gerçekleşmiş olması durumunda ortaya çıkar durumunda ortaya çıkmaktadır¹³³. Aksi durumda, iş sahibinin daha önceden bir muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³⁴.

129 BGE 89 II 405.

130 Yavuz, 486; Tandoğan, 226.

131 Tamamlanan eser, iş sahibine teslim edilmeden önce iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin olmadığına dair bk., Bucher, 209; Honsell, 200; BGE 94 II 164.

132 Bk., Gadiant, 65 vd.

133 Y.15.HD. 13.11.1984 T., E. 1074, K. 3475 (Karahasan,260).

134 Becker, Sözleşme, Art. 367, N. 2 vd. ; Gauch, 1518; Bucher, 209; Honsell, 200; Uygur, 865; BGE 94 II 164.

ee) Cezaî Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması

Teslimin diğer önemli sonucu ise, fer'î bir hak olan cezaî şartı isteme imkânının da ortadan kalkabilmesidir¹³⁵. Cezaî şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı taahhüt etmesidir¹³⁶. Uygulamada iş sahipleri genellikle istisna sözleşmesine, eserin zamanında veya gereği gibi hazırlanmaması halinde müteahhidin bir miktar para ödeyeceğine dair hükümler koymaktadırlar. Bu tür bir uygulamaya çoğunlukla 'gecikme cezası' şeklinde inşaat sözleşmelerinde rastlanılmaktadır. Gecikme cezasının kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslimde gecikilen her zaman birimi (gün, hafta, ay, yıl vb.) için bir miktar para ödeyeceğini taahhüt etmektedir¹³⁷. Bununla birlikte, tarafların para ödenmesi dışındaki edimleri de sözleşmede cezaî şart olarak kararlaştırmaları mümkündür¹³⁸.

Taraflar sözleşmede cezaî şartı, seçimlik cezaî şart, ifaya eklenen cezaî şart ve cayma cezası şeklinde düzenleyebilirler¹³⁹. BK. m. 158/2 hükmü gereğince sözleşmede, ifaya eklenen cezaî şart şeklindeki bir düzenleme, borcun gereken yer ve zamanda yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, hem borcun ifasını hem de borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarını tazmin ettirme imkânını vermektedir. Ancak, alacaklının, cezanın ödenmesini isteyebilmesi için de, ceza talebinden açıkça vazgeçmemiş veya anlaşmaya aykırı bir şekilde sunulan ifayı herhangi bir ihtirazi kayıt (çekince) koymadan kabul

¹³⁵ Y. 15. HD. 7.10.1983 T., E. 1922, K. 23/2, 'Cezaî şart, asıl borcun fer'i niteliği olup muaccel olduğu takdirde bağımsız borç niteliği kazanır. Ancak, asıl borç yerine getirilmiş ise veya borçtan kurtulmuşsa cezaî şart da ortadan kalkar' (Erdem, 38). Ayrıca bu hususta bk., Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu (Çev. Osman Tolun), I. Kısım, Fasikül V, Genel Hükümler, Ankara 1973 (Genel Hükümler), Art. 160, N. 8, 11; Uçar, Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, 121.

¹³⁶ Turanboy, 157 ; Öz, 295. Cezaî Şart hakkında ayrıntılı bilgi için bk., Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963 (Cezaî Şart), 11 vd.; Uçar, 1 vd. ; von Tuhr, Borçlar Hukunun Umumi Kısım, C. 1-2, (Çev. Cevat Edege), İstanbul 1983, 763 vd. ; Becker, Genel Hükümler, Art. 160, N.1 vd.

¹³⁷ Bk., Öz, 295 vd. ; Aral, 362 vd.

¹³⁸ Bk., Becker, Genel Hükümler, Art. 160, N. 6; Aral, 362. Taraflar sözleşmeyi yaparken cezaî şartı diledikleri miktarda kararlaştırılabilirler. Ancak sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın aşırı derecede adalete aykırı olması durumunda, hakim, cezaî şartı BK. m. 161/III hükmü uyarınca makul bir düzeye indirebilir. Ancak taraflar tacir olduğu takdirde böyle bir indirim söz konusu olmaz. Bk., HGK, 9.10.1991 T., E. 15 - 340, K., 467; Aral, 363; Uçar, 99 vd..

¹³⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Uçar, 17 vd. Cezaî şart, sözleşmede taraflarca borcun hiç ifa edilmemesine veya eksik olarak ifa edilmesine karşı kararlaştırılmış olabilir. BK. m. 158/I hükmüne göre borç hiç ifa edilmezse, bu durumda alacaklı ya ifanın gereği gibi yapılmasını ya da cezanın ödenmesini isteyebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, ikisini birlikte talep edemez

etmemiş bulunması gerekir. Aksi takdirde, alacaklı artık cezaî şartın ifası talebinde bulunamayacaktır. Keza, dava halinde bu husus mahkeme tarafından re'sen nazara alınacaktır¹⁴⁰. Buna karşılık, borcu ihlâlde kusursuz olduğunu ispat eden borçlu (müteahhit), cezaî şart ödemekten kurtulur. Her ne kadar, BK. m. 161/II hükmü, bu imkânı sadece 'kusursuz imkânsızlık' bakımından düzenlemiş görünüyorsa da; aynı sonucun bütün kusursuz borç ihlalleri bakımından, örneğin, kusuru olmaksızın temerrüde düşme durumunda da kabul edilmesi gerekir¹⁴¹.

Yargıtay tarafından çeşitli tarihlerde verilmiş olan kararlarda¹⁴², istisna sözleşmesinde iş sahibince eser teslim alınırken cezaî şart isteme hakkı saklı tutulmamışsa, teslim ile cezaî şartı isteme imkânının ortadan kalkacağı sonucuna varılmıştır. Saklı tutma beyanı ise, en geç eserin teslimi anına kadar yapılmış olmalıdır¹⁴³.

ff) Ayıptan Doğan Hakların Ortaya Çıkması

Borçlar Kanununun 360. maddesinde belirtilen haklar, ayıplı eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkarlar. Buna karşılık, bu haklardan doğan talepler, şartların gerçekleşmesi anından itibaren ileri sürülebilirler. Zira, ayıptan doğan haklardan kaynaklanan talebin ortaya çıkması, ayıptan doğan hakların ortaya çıkmasından farklıdır. Örneğin, onarım talebi ilk olarak iş sahibi tarafından onarım hakkı lehinde seçim hakkının kullanıldığı anda ortaya çıkar¹⁴⁴. Ayıptan doğan haklar eserin teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıktığından, eserin teslim alınmasından önce, yalnızca ayıpsız bir eserin teslimi talep edilebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıptan doğan zararın tazmini hakkı bir istisna teşkil eder. Zarar ziyan tazmini hakkı BK. m. 360' a (OR.

¹⁴⁰ Y.15.HD., 25.5.1987 T., E. 4443, K. 2341, "Taraflar arasındaki sözleşmenin 19. maddesinde kararlaştırılan ceza şartı, BK. nun 362. maddesi hükmünce işin teslimi sırasında ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeye talep edilemez. Davalıların bu yöne ilişkin savunmasının aksi davacılar tarafından iddia ve ispat edilmediğine göre bu yöne ilişkin istek ve davanın reddi gerekir" (Uygur, 895). Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Uçar, 17; Ayan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996, 79 vd.

¹⁴¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1985, 480; Aral, 364.

¹⁴² Bk., Y. 15. HD., 26.1.1981 T., E. 1981/29, K. 1981/113 (YKD., 1981, C.8, S.8, s. 1037); 4.HD. 25.12.1973 T., E. 13792, K. 10111 (İKİD, 1975, s. 3677); 15.HD. 1977 T., E. 166, K. 313 (Kural / Kılıçbay / İzmir, 579). Keza, kabul, BK. nun 113' üncü maddesine göre, fer'i hakları, bu arada ceza koşulunu (BK. m. 158/2) düşürür (Seliçi, 43).

¹⁴³ Aral, 364.

¹⁴⁴ Tamamlanan eserin ayıplı olması onun teslimini engellememektedir. Zira ayıba karşı tekeffülün söz konusu olabilmesi için, eserin ayıplı olarak tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bk., Tandoğan, 126; Dayınlarlı, 42; Gadiant, 57.

Art. 368) göre ne eserin muayenesini ve ne de ayıbın ihbarını şart koşar. Bu hak teslim alma zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur¹⁴⁵. Bununla birlikte Alman Hukukunda, eserdeki ayıbın bilinmesine rağmen ihtirazi kayıt konulmaksızın eserin teslim alınması (satım sözleşmesinde olduğu gibi - BGB § 464) iş sahibince, ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan bilinçli bir vazgeçme olarak kabul edilir¹⁴⁶.

Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar Borçlar Kanununda eserin teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıkmalarına rağmen, SIA - Norm 118' e göre, bu ortaya çıkış zamanı yalnızca sözleşmeden dönme hakkı için söz konusu olmaktadır. İnşaat sahibi, onarım ve ücretten indirim hakkını eser tamamlanır tamamlanmaz, eseri teslim almadan önce de kullanabilir. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmini hakkının ortaya çıkış zamanı ise, inşaat sahibinin mal varlığı durumunun kötüleşmeye başladığı andır¹⁴⁷.

Ayıptan doğan haklar, eserin teslimi ile birlikte, eserin imali ve teslimi talebinin yerini alırlar. Zira, teslim edilen eserin, müteahhidin zikrettiği nitelikleri ve sözleşmede tahsis amacı bakımından kararlaştırılan nitelikleri taşımaması durumunda müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar.

Teslim anının ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının başlangıcını teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müteahhit tarafından ayıplı bir eser teslim edilmişse,¹⁴⁸ Federal mahkemeye göre ise¹⁴⁹,

¹⁴⁵ Bk., Gadiant, 64, dn. 37, 101, dn.14; Guhl / Merz / Koller, 486.

¹⁴⁶ Klunzinger, 343.

¹⁴⁷ Gadiant, 245.

¹⁴⁸ Ayıplı eser teslimiyle iş sahibinin ayıpsız eser teslimine ilişkin alacağının yerini ayıba karşı tekeffülden doğan hakları alır. Bu hakların doğumu için de vaktinde ayıp ihbarı yapılmış olması ve bunların ileri sürülmüş olması şart değildir. Ayıp ihbarının vaktinde yapılması, zaten doğmuş olan hakların eserin kabul edilmiş varsayılması ile düşmelerini önler. Ayıpsız eser teslimine ilişkin alacağın yerini ayıba karşı tekeffülden doğan yenilik doğurucu haklar ve ayıp sonucu zararın tazminine ilişkin alacak hakkı alır. Bk., Gauch, N.1687 vd, 1721-1727; Gadiant, 245. Teslim anı, iş sahibinin açık ayıplar için tekeffülden doğan haklarının kullanımının ve umulmayan hallerden sorumluluğun başlangıcı için bir ölçüt teşkil eder. Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrasının kullanımından (OR. Art. 366/II), eserin iş sahibine teslimini, Borçlar Kanununun 359. maddesine (OR. Art. 367) göre, iş sahibi tarafından eserdeki onarım talebinin öne sürülebilmesinin bir şartı olarak öngörür. Ancak, satım sözleşmesinin aksine, istisna sözleşmelerinde eser teslim edilmeden önce Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrasının (OR. Art. 366), iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, teslim unsuru, eserdeki ayıptan dolayı ortaya çıkan bütün tekeffül durumlarının bir şartı da değildir. Dolayısıyla ayıba karşı tekeffülden doğan haklar, eserin teslimi ile birlikte başlamakta ve eserin bu zamandaki

muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmişse, BK. m. 360' da ön görülen ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kullanılabilir. Bu hususta, Federal Mahkemenin görüşü daha doğru gözükmemektedir. Bize göre de, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı için öngörülen zamanaşımı süresi teslimden itibaren başlamaktaysa da, iş sahibinin ayıp dolayısıyla sahip olduğu haklar, ayıplı eserin teslimi ile değil, ancak, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesinden itibaren kullanılabilirler. Eserin ayıplı olması durumunda, Borçlar Kanununun 360. maddesinde iş sahibine tanınan haklar, BK. m. 359' da belirtilen muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi şartına ilâveten eserin tamamlanması ve ayıplı olması şartlarının da birlikte gerçekleşmesi halinde kullanılabilir olan haklardır¹⁵⁰.

SONUÇ

İstisna sözleşmesinde ortaya çıkarılan maddi iş görme sonuçlarında olduğu gibi, fikri muhtevası bir şey üzerinde cisimlenen gayrimaddi iş görme sonuçlarının da teslimi gerekli ve zorunludur. Zira kanun koyucu, istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim, iş sahibinin de teslim alma borcunun ifasını ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartı olarak görmekte ve bu borçların ifasına muayene ve ihbar süresinin başlaması gibi önemli hukukî neticeler bağlamaktadır. Keza, müteahhidin ücret alacağı hakkı da kural olarak teslim anında muaccel olmakta ve bu andan itibaren hasar alacaklıya geçmektedir. Dolayısıyla, tamamlanan eserin bir an önce iş sahibine teslim edilmesi zorunluluğu, alacaklının menfaatine olduğu kadar müteahhidin de menfaatlerinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bu sebeple de, müteahhit ister maddi isterse gayrimaddi bir sonuç ortaya çıkarmış olsun, ortaya çıkardığı eseri iş sahibine teslim etmek zorundadır. Zira, teslim borcu müteahhidin eseri imal etme mükellefiyetin hem bir gereği hem de bir sonucudur.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin amacı, harcadığı emek sonucunda imal ettiği eserin karşılığı olarak belirli bir ücret almaktır. Ancak bu ücrete hak kazanabilmesi için de eseri ayıpsız bir şekilde imal ederek zamanında iş sahibine teslim etmiş olması gerekir. Şayet imal ederek teslim ettiği eser, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri va da böyle bir kararlaştırma olmasa

durumu, eserin teslim zamanında sözleşmeye uygun olup olmaması ve neticesinde ayıptan sorumluluk bakımından önem taşımaktadır (bk., Bucher, 208; Pedrazzini, 525).

¹⁴⁹ BGE 100 II 30. Aynı görüşte, Öz, 94; Zevkliler, 336.

¹⁵⁰ Ancak, bu hakların kullanımı için öngörülen zamanaşımı süreleri ayıplı eserin teslim alınmasından itibaren başlamaktadır.

dahi dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak eserde bulunması gereken lüzumlu nitelikleri taşıyor ya da eserde iş sahibinin ifa menfaatini engelleyen başka türde (açık-gizli, fiilî-hukukî, aslî-ikincil, önemli-önemsiz vs.) ayıpları ihtiva ediyor ise, müteahhit ücrete hak kazanamaz dolayısıyla tekeffül hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olur. Keza, teslim borcunu zamanında ifa etmez ise, bu durumda temerrüde düşer ve kendisi hakkında 'borçlunun temerrüdü' hükümleri uygulanır.

Satım sözleşmesinde olduğu gibi istisna sözleşmesinde de kural olarak eserin teslimi ile ücret borcunun aynı anda ifası prensibi geçerlidir. Bununla birlikte eser ücretinin muacceliyeti, kural olarak imal edilen eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak zamanında teslim edilmiş olmasına bağlıdır. Müteahhit, imal ettiği eseri önemli derecede ayıplarıyla birlikte teslim etmek istemesi durumunda, iş sahibi sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürerek ücret ödemekten ve eseri teslim almaktan kaçınabilir. Ancak eserdeki ayıplar, BK. nun 360. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen derecede önemli değilse, iş sahibi müteahhide karşı böyle bir def'i ileri sürerek eseri teslim almaktan kaçınmaz. Aksi durumda iş sahibinin bu davranışı MK.m.2' de yer alan dürüstlük prensibine aykırı olur ve bir hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Zira kanun koyucu, eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla iş sahibine, eserin tesliminden sonra kullanılmak üzere farklı seçimlik haklar (onarım, ücretten indirim ve zararın tazminini) tanımakta ve onun ifa menfaatini korumaktadır.

Dolayısıyla, eserin mutlaka ayıpsız olarak teslim edilmiş olması, istisna sözleşmesinde eser ücretinin muaccel hale gelmesi bakımından bir ön şart değildir. Zira, sözleşmeye konu olan eserin tamamen ayıpsız bir şekilde imal edilmesi, eserin türüne göre her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, büyük iş gücü ve teknolojik imkânların kullanımını gerektiren komplike bir eserin ya da sanatsal tasavvur ve becerilerin yoğun olduğu bir eserin imalinin söz konusu olduğu durumlarda, eserin ufak tefek arızaları, bozuklukları başka bir ifadeyle, ayıpları ihtiva etmesi makul karşılanmalıdır. Bu sebeple eserin, BK. m. 360/I' de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla, ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması, eser ücretinin muaccel olmasına bir engel teşkil etmez. Müteahhit ya tamamen ayıpsız ya da önemli derecede ayıplı olmayan (hakkaniyet gereği makul karşılanabilecek derecede ayıplı) bir eseri iş sahibine teslim etmiş olmakla birlikte eser ücretinin ödenmesini talep edebilmelidir. Zira kanun koyucu, iş sahibine kabulden kaçınma (sözleşmeden dönme) hakkını ancak, teslim edilmek istenen eserin BK. m. 360 f.1' de belirtilen ölçüde yani 'iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesi-

ne göre kabule icbar edilemeyeceği derecede' ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir surette aykırı olması durumunda tanımaktadır. Ancak bu halde dahi sözleşmeye uygun olmayan eserin iş sahibince kabulü mümkündür.

Keza ayıplı olmamakla birlikte önemsiz derecede eksiklikleri bulunan bir eserin teslimi durumunda da iş sahibi, eseri teslim almaktan ve eser ücreti ödemekten kaçınmamalıdır. Doğal olarak yine bu durumda da MK.m.2 hükmü göz önünde tutulmalıdır.

TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI VE ÖZELLEŞTİRMEYE HAKİM İLKELENDEN BİRİSİ OLARAK REKABETİN KORUNMASI*

*Yrd.Doç.Dr. Şükrü Yıldız***

I. ÖZELLEŞTİRMENİN TANIMI

Özelleştirme kavramının herkes tarafından benimsenmiş tek ve kesin bir tanımı yoktur. Özelleştirme çoğu kez çeşitli yaklaşımlarla farklı içerikte tanımlanan bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Zira özelleştirme konusu, ekonomi, işletme ve yönetim, hukuk (kamu ve özel), politika gibi bir çok disiplinin ilgi alanına girmekte ve bu nedenle farklı tanımlamalara yol açmaktadır¹. Ekonomi açısından özelleştirme; devletin ekonomik faaliyetlerinin azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılmasını ifade ederken, hukuk açısından özelleştirme KİT'lerin mülkiyet ya da yönetimlerinin özel sektöre devri anlamını içerir².

Ekonomilerin yeniden yapılandırılmasının bir yolu olan özelleştirme, her ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasal yapısına göre biçimlenen ve yorumlanan bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 12 Kasım 1998 tarihinde Erzincan'da düzenlenen "Hukuki ve İktisadi Boyutları ile Özelleştirme" konulu sempozyumda tebliğ olarak sunulmuştur

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

¹ AKTAN C. C.: Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine Özelleştirme, sh.69; SERİM B: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme, Ankara 1994, sh.25; ATASOY V: Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, Ankara 1993, sh.181.

² SAMMEL P.: Özelleştirme ve Kamu Sektörü (Çeviren: Candan Köse) : Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Ekim 1987, sh.38; Türkiyede KİT'lerin Özelleştirme Sorunu ve Sistematik Bir Yaklaşım Önerisi (Özel İhtisas Komisyonu Raporu) TOBB Yayını Ankara 1993, sh. 9-10; TAN T KİT"erin Özelleştirilmesi ve Sorunlar, Amme İdaresi Dergisi, C.25, S.1, Mart 1992, sh.27.

II. ÖZELLEŞTİRMEİNİN AMACI

Özelleştirme olgusu, 1970'li yıllarda yaşanan dünya ekonomik krizi içinde çıkış yolları arayan ekonomik politikalar sonucu ortaya çıkmış bir çözüm şeklidir. 1929 dünya ekonomik krizinde “çözüm” olarak öngörülen KİT uygulaması, 1970 krizinde artık “neden” olarak görülmektedir. 1929 krizi “devletçilik” ilkesini yükseltirken, 1970 krizi özelleştirme ilkesini yükseltmiştir.

1929'dan sonra uygulanan Devletçi politikalar 1970 de karşılaşılan sorunların çözümünde yetersiz kalmış ve giderek önemini yitirmeye başlamıştır. Bu politikalar devletin fonksiyonlarını artırmış ve boyutlarını genişletmiştir. Bu da ortaya çok ciddi ekonomik sorunlar çıkarmıştır. Bunlar bütçe açıkları, işsizlik, yüksek enflasyon, aşırı dış borçlanmalar ve ödemeler dengesi açıkları olarak sayılabilir.

Böylece 90'lı yıllarda yıldızı parlayan en önemli ekonomik gelişme özelleştirme olmuştur. Yüzyılımızda kamu sektörünün ekonomik hayattaki giderek artan ağırlığını 80'li yıllarda tersine döndürme düşüncesi 90'lı yıllarda bir sorumluluk olarak ortaya çıkmıştır. Gerek sanayileşme, gerek kamunun ekonomideki etkisini azaltma ve devletin rolünü yeniden tartışma aynı zamanda biçimlenmiştir.

Dünya Bankası verilerine göre 1980-1992 yılları arasında 15.000 kamu kuruluşu özelleştirilmiştir. Bunların 11.000'i Doğu Almanya'dadır. Doğu Avrupa, Orta Asya ve Latin Amerika bu özelleştirmelerde % 89 pay sahibidir³.

Ülkemizde de devletin sosyalleşmesi anlayışına paralel olarak kurulan KİT'ler 1970 yılına gelinceye kadar bu amaca büyük ölçüde hizmet etmiştir. Başlangıçta 1923 İzmir İktisat Kongresinde alınan kararla özel sektör öncülüğünde kalkınma modeli benimsenmiş, ancak bunda başarılı olunamamıştır. 1930 yıllarda devlet öncülüğünde ve devlet ağırlıklı kalkınma modeli (Devletçilik) zorunlu olarak benimsenmiştir. Devlet, ülkeyi batılı çağdaş devletler düzeyine ulaştırabilmek amacıyla iktisadi hayatta daha aktif bir rol oynamaya başlamıştır.

Ancak devletçilik ilkesi 1970'li yıllardan sonra ortaya çıkan ekonomik sorunları çözmek bir yana bizzat kendisi sorun üretmiş, var olan sorunları büyütüştür. Çünkü KİT'ler de siyasi baskılar, bürokratik müdahale ve formaliteler, gizli işsizlik, kalite kontrolü ve araştırma geliştirme olmaması, bu işletmeleri verimsiz kılmakta hatta ülkenin sırtındaki bir kambur durumuna getirmektedir.

³ World Bank Policy Research, Privatization: Eight Lessons of Experience August- Oktober 1992, Volume 3, N. 4, sh.1 vd.

Ülke kalkınmasında önemli görevler üstlenen bu kuruluşların günümüzde artık görevini tamamlamış olduğu, bu nedenle KİT'lerin bir taraftan verimli çalışmalarını sağlamak teknolojik gelişmelerden yararlandırmak ve özellikle bunların niteliksiz insan deposu haline sokulmalarını önlemek, diğer taraftan siyasi güçlerin geçim kaynağı olma durumuna son vermek için tümünün bir program dahilinde bir yasayla özel kesime devredilmesinin kaçınılmaz olduğu yönündeki düşünceler hakim olmuştur.

Kısaca, özelleştirme ile devleti küçülterek daha az harcayan ve asli fonksiyonlarını yapar hale gelen bir yapı hedeflenirken, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin oluşturulması, devlet bütçesindeki KİT finansman yükünün azaltılması ve sermaye piyasasının geliştirilerek mülkiyetin tabana yayılması amaçlanmaktadır⁴.

III. TÜRKİYEDE ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ ALTYAPISI

A. 4046 Sayılı Kanun Öncesi Dönem

Özelleştirme uygulamalarına yönelik olarak , ilk hukuki düzenleme 29/2/1984 tarihli ve 2983 sayılı Kanun⁵ ve 84/8495 sayılı Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği ile yapılmıştır. 2983 sayılı Kanun kamu iktisadi teşebbüsleri ile bulara ait tesislere, hisse senedi ihracı yolu ile gerçek ve tüzel kişilerin ortak edilebilmesine veya bu tesislerin işletme hakkının belli sürelerle devrine olanak tanımaktaydı.

Yönetmelik , hisse senetlerinin satış şartlarını tespit yetkisini Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına vermiş ve bu satış sırasında işletmenin , çalışanların ve yöre halkının durumu da dikkate alınarak bazı sınırlamaların getirilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, gerekli görüldüğünde özelleştirme kapsamına alınmış işletmelerde çalışanlara veya işletmelerin bulunduğu yerdeki yöre halkına öncelikli olarak belli bir yüzde tahsis edilebilecektir. Ayrıca, özelleştirilecek kuruluşların tekel oluşturulmasına dikkat edilecek ve bunların hisseleri mümkün olduğu kadar çok kişiye satılmak suretiyle devri hedeflenecektir. Bu sebeple, gerekli durumlarda gerçek ve tüzel kişilere satılacak hisse senedi miktarına sınırlama getirilebilecektir.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin olarak 28/5/1986 tarihli ve 3291 sayılı Kanun⁶ ile de özelleştirme uygulamalarına

⁴ AKTAN C. C : age, 88; Türkiye'de Özelleştirme, T:C: Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 26 Ekim 1998, sh 1-2; ALTINTAŞ B : KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkisi, SPK yayınları, Ankara 1989, sh. 51.

⁵ 17 Mart 1984 tarih ve 18344 sayılı RG.

⁶ 3 Haziran 1986 tarih ve 19126 sayılı RG.

ilişkin temel hükümler getirilmiş ve bunların özelleştirme kapsamına alınması ve uygulamaların yürütülmesine ilişkin esasları belirlemiştir.

Kanunun 13. maddesine göre "Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine Bakanlar Kurulunca; müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunca Karar verilir. Kamu Ortaklığı Kurulu ayrıca bu kuruluşlara ait iştiraklerdeki kamu paylarının satışı ve devri konusunda da yetkilidir."

Yine 14. maddenin a bendine göre "Doğrudan veya dolaylı olarak devlete ait hisselerin tamamı bedeli alınmadan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş ve Türk Ticaret kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer Kanunlardaki şartlar aranmaksızın anonim ortaklığa dönüşmüş sayılır" hükmü getirilmiştir.⁷Haklı olarak doktrinde bu hüküm eleştirilmiş ve sakıncalı bulunmuştur⁸. Gerçektende özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, müessese, kuruluş, iştirak, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin anonim şirketi düzenleyen kurallara tabi tutulmaksızın kendiliğinden anonim şirkete dönüşmesi mümkün değildir. Her şeyden önce bir anonim şirketten söz edebilmek için asgari esas sermaye şartının sağlamış olması gerekir. Diğer bir ifade ile esas sermaye miktarı ile bu sermayenin kaç paya ayrıldığı ve payların itibari değerlerinin gösterilmiş olması asgari geçerlilik şartıdır. Ne var ki, kanun koyucu özensiz davranarak bu hususları gözden kaçırmıştır.

Özeleştirme uygulamalarında karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla, uygulamalara esas teşkil eden 2983 ve 3291 sayılı kanunlarda çeşitli tarihlere değişiklikler yapılmıştır. Ancak yapılan değişikliklerle dağınık bir yapı arz eden özelleştirme mevzuatı daha da karışık bir hale gelmiştir. Gerek bu karmaşık yapıdan kaynaklanan sorunların, gerek özelleştirme uygulamalarının sonucuna bağlı olarak karşılaşılan sosyal, ekonomik ve hukuki sorunların çözümü için yeni düzenlemeler yapılması, uygulamalara hız ve verimlilik kazandırmanın yanı sıra özelleştirme konusunda kamuoyu desteğinin sağlanması bakımından kaçınılmaz olmuştur⁹. Bu anlamda konuyu önem ve ivediliği de göz önünde bulundurularak Bakanlar Kuruluna, özelleştirme uygulamaları konusunda düzenleme yapma yetkisi veren ve 11 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe giren 3987 sayılı yetki yasası çıkartılmıştır. Hükümetin

⁷ Aynı hüküm daha sonra çıkarılan 531 sayılı KHK ile 3974 sayılı Kanunda da yer almıştır. 1 Mart 1994 tarih ve 21864 sayılı RG.

⁸ DOMANIÇ H: Özelleştirmeye İlişkin Kararnamelerin İptalinin Yasal Boşluk Doğurmayacağı ve Özelleştirmenin Diğer İlgili Kurallara Göre Yapılabileceği, Yaklaşım Dergisi, Yıl 2, S.21, Eylül 1994, sh.16; ARSLAN İ : Özelleştirmenin Hukuki Boyutu ve Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları, Prof. Dr. Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, sh.414.

⁹ Türkiye'de Özelleştirme, T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 26 Ekim 1998, sh 2.

bu yasaya dayanarak çıkarttığı 530, 531, 532,5 33 sayılı KHK 6 Haziran 1994 de, 546 sayılı KHK ise 7 Temmuz 1994 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, söz konusu yetki kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan Kanun Hükmünde Kararnameler Anayasa Mahkemesi Tarafından iptal edilmiştir¹⁰.

B. 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Dönemi

Yetki kanunu ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra, özelleştirmeye ilişkin esasların, üzerinde fikri ve siyasi açıdan uzlaşma sağlanabilecek bir yasa çerçevesinde yeniden düzenlenmesi konusunda çalışmalara başlanılmıştır.

Bu çalışmalar sonucunda, bütün siyasi partilerin ve sendikaların önerileri de dikkate alınarak hazırlanan 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu 27 Kasım 1994 tarihinde RG de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun önceki mevzuatta bir takım değişiklikler yapmış, yeni düzenlemeler getirmiş, özellikle de özelleştirme işlemlerinin sağlıklı yapılabilmesi için bazı ilkeler kabul etmiştir. Yeni düzenlemelerin ana başlıkları şu şekilde açıklanabilir:

“Özelleştirme Yüksek Kurulu” oluşturulmuştur. ÖYK- Başbakanın başkanlığında, Hazine den sorumlu devlet bakanı, Özelleştirmen sorumlu devlet bakanı, Maliye Bakanı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Özelleştirme programına alınan kuruluş çalışanlarının üyesi oldukları konfederasyonların kendi aralarında seçtikleri toplam 4 üyeden oluşan ÖYK kurulmuştur. Kurul üyelerinin tamamının katılımıyla toplanan ve 2/3 çoğunluk karar alır¹¹.

“Özelleştirilme İdaresi Başkanlığı” kurulmuş

Özelleştirme dolayısıyla işini kaybedenlere ek bir “iş kaybı tazminatı” ödenmesi öngörülmüş, Erken emekliliği teşvik edici hükümler getirilmiştir.

Stratejik nitelikteki kuruluşlarda Devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse senedi oluşturulması kabul edilmiştir.

¹⁰ AYM nin 3987 sayılı Kanunun iptaline ilişkin gerekçeli kararı 10 Eylül 1994 tarih ve 22047 sayılı RG’de yayımlanmıştır. KHK lerin iptaline ilişkin gerekçeli karar ise 5 Ağustos 1994 tarihli Resmi Gazetenin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır.

¹¹ Kanunun bu hususu düzenleyen 3. maddesi, 3.4.1997 tarih ve 4232 sayılı kanunla değiştirilerek aşağıdaki şekle konulmuştur:

Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Görevleri Madde 3 - Başbakanın başkanlığında, Başbakan Yardımcısı (Bakanlar Kurulunun birden fazla siyasi parti tarafından oluşturulması halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en çok üyesi olan diğer iktidar partisine mensup Başbakan Yardımcısı, Başbakanın belirleyeceği bir Devlet Bakanı, özelleştirmeden sorumlu Devlet Bakanı (bu konuda görevlendirilmiş bir Devlet Bakanının olmaması halinde Başbakanın belirleyeceği diğer bir Devlet Bakanı), Maliye Bakanı ile Sanayi ve Ticaret Bakanından oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu (Kurul) kurulmuştur. Kurul, üyelerinin tamamının katılımı ile toplanır ve kararları oybirliği ile alır. Kurulun sekreteryası hizmetleri Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür.

İktisadi devlet teşekküllerinin özelleştirilmesinin yanında diğer devlet teşekküllerinin de özelleştirilmesine imkan tanınmıştır.

Özelleştirme işlemlerinin aleniyet esası içinde yürütülmesi esası benimsenmiştir.

Özelleştirme uygulamalarında elde edilecek gelirin genel bütçe ve yatırımlarında kullanılmaması hükme bağlanmıştır.

Kuruluşların özellikleri ve içinde buldukları şartların özelliklerine göre özelleştirme yönteminin belirlenmesi konusunda Özelleştirme Yüksek Kuruluna yetki verilmiştir.

Özelleştirme yöntemleri 18. maddenin A bendinde ,

a) Satış: Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da A.Ş. statüsünde olan kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının-içinde bulunulan şartlar dikkate alınarak

Yurtiçi veya yurt dışında

Halka arz

Gerçek ve/veya tüzel Kişilere blok satış

Gecikmeli halka arzı içeren blok satış

Çalışanlara satış

Borsada normal ve/veya özel emir ile satış

Menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesini ifade eder.

b) Kiralama

c) İşletme hakkının verilmesi

d) Mülkiyetin gayri ayni hakların tersi

e) Gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflardır.

Şeklinde sayılmıştır.

Yöntemlerden hangilerinin uygulanacağına Kurulca karar verilir.

Tekelciliğe meydan vermemek için gerekli tedbirlerin alınması ve olabilecek tekelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi gerekir.

Kanunun 16. Maddesi özelleştirme uygulamaları sonucu rekabetin korunmasına ilişkin hükümler öngörmüştür. Bu hükümleri bir sonraki bölümde detaylı olarak ele alacağız.

Ülkemizde özelleştirme uygulamaları bu kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Ancak 4046 sayılı Kanunun da bazı maddeleri Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bunlar 18 maddenin B bendindeki Değer Tespiti ile ilgili hüküm ve C bendindeki İhale Komisyonlarının oluşumu ile İhale Usul

ve işlemlerini düzenleyen hükümlerdir¹². Diğer yandan Geçici 15. madde hükümleri de iptal edilmiştir.¹³

C. 1986- 1998 Yılları Arasında Benimsenen Özelleştirme Yöntemleri

1986-1998¹⁴

Blok Satış	% 45	2 Milyar 32 milyon	645 bin 286 \$
Halka arz	% 15		672 Milyar \$
İMKB	% 12		526 Milyar \$
Uluslar arası Arz	%16		718 Milyar \$
Tesis varlık satışı	% 12		600 Milyar \$
TOPLAM			4.550 Milyar \$

Gerçekleştirilen özelleştirme uygulamalarının % 88 i hisse senedi satışı şeklinde vuku bulmuş, % olmuştur.12 ise varlık satışı şeklinde olmuştur. Toplam özelleştirme tutarı 26 Ekim 1998 tarihine kadar 4.550.000.000 Amerikan Dolarıdır.

Hisse senedi satışlarında blok satış %45 oranla birinci sırada ve en çok tercih edilen özelleştirme yöntem olmuştur. Bunu sırasıyla % 16 ile uluslar arası arz, %15 ile halka arz ve % 12 ile İMKB da hisse senedi satışları izlemektedir.

Diğer yandan 1986-1994 dönemi içinde gerçekleştirilen özelleştirme tutarı 2.805.620.000 Amerikan Doları, hisse senedi satışları ise 2.056.667.000 \$ dır. Diğer bir ifade ile 4046 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 26 Ekim 1998 tarihine kadar olan dönemde 1.745.000.000 Dolarlık özelleştirme gerçekleştirilmiştir. Bu rakamlar da göstermektedir ki, önceki döneme göre özelleştirme uygulamalarında belirgin bir artış söz konusudur. Ancak istenilen ve beklenen düzeye daha ulaşamamıştır.

Önemle belirtilmesi gereken bir başka husus ise blok satış yöntemi ile hem yabancı sermayenin¹⁵ ülkemize çekilmesi amaçlanmış, hem de yönetim boşluğunun önüne geçilmek istenmiştir.

¹² Anayasa Mahkemesinin 9/4/1997 tarih ve E.1997/35 K.1997/45 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

¹³ Anayasa mahkemesinin 31/1/1997 tarih ve E.1996/66 K.1997/7 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

¹⁴ Kaynak: Türkiye'de Özelleştirme, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 26 Ekim 1998, Tablo VI.

¹⁵ Özelleştirme İdaresi verilerine göre özelleştirme uygulamalarındaki yabancı sermaye payı %20.2 dir

D. 1986-1998 Yılları Arasında Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Uyuşmazlıklar

Özelleştirme konusunda yapılan yasama işlemlerinin ya da yetki kanununa dayanılarak yapılan Bakanlar kurulu işlemlerinin Anayasa Mahkemesinde sıklıkla incelenmesi ve çoğunlukla iptal edilmesi bir tarafa, mevcut mevzuat hükümlerine göre gerçekleştirilen özelleştirme uygulamaları da sıklıkla idari yargı yerlerini meşgul etmiştir. Bunun yanında adli davaları sayısı, idari davalar kadar olmasa da büyük bir yekun tutmaktadır. Özelleştirme İdaresi verilerine¹⁶ göre özelleştirme uygulamaları ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar 18.9.1998 tarihi itibarıyla aşağıda gösterildiği gibidir.

Davalar hakkında bilgi (18.09.1998)	
İdari davaların toplamı	550 Adet
Adli davaların toplamı	125 Adet
İcra takibi toplamı	20 Adet
Toplam	695 Adet
Özelleştirme İdaresi tarafından açılan adli davalar	32 Adet
Özelleştirme İdaresi tarafından yürütülen icra takibi	20 Adet
Özelleştirme İdaresi aleyhine açılan idari dava	550 Adet
Özelleştirme İdaresi aleyhine açılan adli dava	<u>93 Adet</u>
Toplam	695
1997 Yılından devreden dava	642 Adet
1998 Yılında Özelleştirme İdaresi tarafından açılan dava	7 Adet
1998 Yılında Özelleştirme İdaresi aleyhine açılan dava	<u>46 Adet</u>
Toplam	695 Adet

Yukarıdaki tabloda da görüldüğü gibi, 1986-1998 tarihine kadar özelleştirme kararlarına karşı 550 adet idari dava açılmıştır. Ayrıca 93 adet adli dava vardır.

İdarenin ise açtığı adli dava sayısı 32 dir. Yine idare özelleştirmeden sonra yapılan anlaşmaların yerine getirilmemesi nedeniyle 20 adet icra takibi yapmıştır.

Ülkemizde yapılan özelleştirmeler konusunda, toplum, bütçe açıklarını kapatmak için Cumhuriyet Döneminde yatırılan KİT'lerin bir miras yedi davranışı içinde elden çıkarılacağı kaygısına kapılmıştır.

Bunun nedeni özelleştirmeye ilişkin yasal alt yapının yasama ve yürütme organı tarafından, ciddi bir ön hazırlık yapılmadan ve kamuoyunun desteğini almadan büyük bir telaş ve karmaşa içinde yapılmaya başlanmış olmasıdır.

¹⁶ Bu bilgileri tarafıma gönderen Özelleştirme İdaresi yetkililerine teşekkürü bir borç bilirim.

Toplumun büyük kesimi Anayasa Mahkemesi’nin özelleştirmeye ilişkin bazı kanun ve KHK’yi iptalinin gerekçelerini dahi incelemeye lüzum görmeksizin benimsenmiştir¹⁷.

Hatta idari yargı yerleri dahi; özelleştirmeye ilişkin olarak KOİ tarafından yapılan ve uygulanan ticari satışların iptaline karar vermişlerdir.

Oysa, hisse senedi alım-satımı sözleşmesi tamamlanmış, ifa safhası ödeme ve hisse senetlerinin alıcıya devri suretiyle tamamlanmışsa; bu ticari işlemde önceki idari işlemin iptali için açılan davada verilecek iptal kararının icabının nasıl yerine getirileceği dahi düşünülmemiştir¹⁸.

İdari kararın iptal edilmesinin, ticari sözleşmeyi etkilemeyeceğine, ifa edilmiş bir ticari sözleşmede bir rolü olmamasının bilinmesine rağmen, sırf bu kaygıyla hararet edilerek, yürütmeyi durdurma kararı ile birlikte iptal kararı verilebilmiştir¹⁹.

Siyaset alanında tartışılmayan ve sonuçlandırılmayan özelleştirme konusu idari yargıya aktarılmıştır²⁰.

10 milletvekilinin açtığı iptal davasında; Devlete ait bazı çimento şirketlerindeki Devlete ait hisselerin Fransız şirketine satılmasına ilişkin 6.9.1989 gün ve 89/24 sayılı satış işleminin iptali istenmiştir.

Davacıların mahkeme tarafından “Vatandaş ve Vergi mükellefi sıfatıyla kamu hizmeti ve kamu malları topluluğunun kamusal alandan özel alana aktarılması nedeniyle ve özelleştirmenin 54 sayılı karar ile belirtilen esasta yapılmış olsaydı vatandaş olarak şahsen yararlanma olanağının bulunabileceği düşünüldüğünden dava açma ehliyetinin ve dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin varlığına oy birliği ile karar verilmiştir.

Oysa, KOİ’nin özelleştirme işlemleri özel hukuk hükümlerine tabidir. Çünkü 2983 sayılı Kanunun 12. maddesine göre “ Bu kanunla yapılması öngörülen işlerde, Devlet ihale Kanunu, ... Muhasebeyi Umumiye Kanunu, ... Sayıştay kanunu hükümleri uygulanmaz” esası benimsenmiştir.

KOİ kanuni yetki sınırları içinde Fransız şirketi ile pay senetlerinin satışı konusunda ayrıntılı bir sözleşmeyi 4 Ekim 1989 tahine kadar teslim etmiştir. Böylece pay senetlerinin satışı ile ilgili sözleşme KOİ tarafından ifa edilmiş bulunmaktadır²¹.

Ayrıca bu sözleşmede ihtilafların milletlerarası hakem mahkemesinde çözümleneceği kabul edilmiştir.

¹⁷ SAVAŞ V : Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım), sh.79.

¹⁸ KARAYALÇIN Y : Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (1988-1991) , IV, Ankara 1992, sh.141-150.

¹⁹ KARAYALÇIN, age, sh.149.

²⁰ KARAYALÇIN Y , age, sh.141-150.

²¹ KARAYALÇIN, age, sh.149.

89/24 sayılı kararın iptali ile sonuçlanan dava ise 25 Ekim 1989 tarihinde yani ticari satış ifa edildikten sonra açılmıştır.

İdari karar iç ilişki ile ilgilidir. Bu kararın idari yargı tarafından iptali, KOİ tüzel kişi olarak 3. kişilerle yaptığı ticari sözleşmeyi etkilemez.

Ne var ki, Ankara 1 Nolu İdare Mahkemesinin 30.3.1990 tarihinde verdiği iptal kararı Danıştay 10. Dairesinin Esas No 1990/1742 Karar No: 1991/2328 sayılı ve 19.9.1991 tarihli kararı ile onanmıştır.

Ancak Bakanlar Kurulu 27.4.1992 tarihinde almış olduğu bir prensip kararı ile iptal kararının uygulanamayacağı benimsenmiştir²².

Resmi Gazetede yayınlanmayan bu kararın gerekçelerinde şu hususlara yer verilmiştir:

“ ... konunun iç hukukumuzu olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaşması ve anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun iç hukukumuzdan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu neznindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği istekler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur.

Başka bir deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslar arası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan” ahde vefa” gibi bir devletlerarası kuralın yukarda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı edilmesinin, maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir.

Kaldı ki, genel olarak uygulama incelendiğinde , milletlerarası içtihatların, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Fransa ile Meksika arasında ki 1928 tarihli Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem tarafından verilen kararda devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir.

Danıştay içtihatları Birleştirme Kurulu'nun 9/7/1966 trihli ve E.65/21, K. 66/7 sayılı Kararı'nda da belirtildiği gibi, iptal hükmü, idari işlemi, idarece verildiği andan itibaren ortadan kaldırmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz açısından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesi de tartışmaya açıktır.

²² Her hangi bir yerde yayınlanmayan 27.4.1992 tarihli Bakanlar Kurulu kararının fotokopisini tarafımızca gönderen Özelleştirme İdaresi yetkililerine teşekkür ederiz.

Gerek yukarıda açıklanan mülahazalar ve gerekse özelleştirme yöntemlerini yeniden belirleyen 7/3/1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkan bulunmadığına;

Bakanlar Kurulunca 27/4/1992 tarihinde karar verilmiştir.”

III. ÖZELLEŞTİRMEDE UYULMASI GEREKLİ TEMEL BİR İLKE OLARAK REKABETİN KORUNMASI

Ülkemizde rekabete uygun olmayan bir ekonomik ortam ve yapı söz konusudur. Bu ekonomik yapı ve ortamın en önemli sebeplerinin başında, KİT’ler ve özel tekel veya dar oligopollerin yaygınlığı gelmektedir²³.

Piyasa ekonomilerinin temel ilkelerinden birisi, rekabetin mümkün olduğunca yaygınlaştırılmasıdır. Piyasalar, rekabet varsa, dinamik ve yenilikçidir. Bu nedenle rekabet, işleyebileceği her alanda genişletilmeli, yaygınlaştırılmalı ve etkinliği artırılmalıdır. KİT’ler ve özelleştirme sorunu, rekabete dayalı piyasa sürecine işlerlik kazandırmak açısından ele alınmalıdır.

A. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Anayasa Mahkemesi de özelleştirme mevzuatı ile ilgili olarak önüne gelen davalarda bu konuya eğilmiştir. Yüksek Mahkemenin 7/7/1994 tarihli kararına²⁴ göre “Anayasanın 167. maddesinde” Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” Denilmektedir. Buna göre, piyasalarda fiilen oluşacak tekelleşme ya da kartelleşme ile anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi devlete verilmiştir.

Madde gerekçesinde tekel benzeri gruplaşmalarında tekelleşme kapsamında görüldüğü; tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tekelleşme ve kartelleşmenin zararlarından bireyleri ve toplumu korumak Anayasa’nın 5. maddesinde Devlet’in temel amaç ve görevleri arasında öngörülen” kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” ile de doğrudan ilgilidir.

Anayasanın 172. maddesinde Devlet’e ayrıca” tüketicileri koruyucu önlemleri almak” görevi de verilmiştir. Devletin, tekelleşme ve kartelleşmeyi

²³ Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, DPT, Kasım 1995, C.I, sh.56.

²⁴ Anayasa Mahkemesinin 7/7/ 1994 tarih ve E. 1994/49, K. 1994/45-2 sayılı kararı RG nin 10 Eylül 1994 tarih ve 22047 sayısında yayımlanmıştır.

önlemek görevi temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir.172. madde ile Devlete verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmenin önlenerek özgür rekabet koşullarının sağlanması ile güvenceye alınabilir.

Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşme ya da kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur.

Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda , bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir.

Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetim ilke ve yöntemleri ile uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur.

Bu nedenle, özelleştirme yasasında mal ya da hizmet üretiminin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmasını, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin alınması gerekir. Tersi durum, düzenlemeyi Anayasanın 167. Ve 172. maddelerine aykırı kılar.”

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, doktrinde²⁵ bazı noktalardan eleştirilmişse de, bizce yerinde ve özelleştirmenin sağlıklı yürütülmesi için isabetli bir karardır.

B. 4046 Sayılı Kanunda

Anayasa Mahkemesi kararları da dikkate alınarak hazırlanan bu kanunda rekabetin korunması temel bir ilke olarak ele alınmış ve özel olarak 16. madde de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Bu kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak özelleştirme uygulamaları sonucu TC sınırları içindeki tekel teşkil edenlerde dahil olmak üzere mal ve hizmet piyasalarının işleyişine, ekonomik gereklere ve kamu yararına uygun olarak, tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarının korunmasına ilişkin olarak

²⁵ SAVAŞ, age, sh.88-90.

Mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü

Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasalara yeni girecek olanların engellenmesi

Eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması

Bir mal veya hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetinde alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Yasaktır.

Teşebbüsler arası rekabeti doğrudan veya dolaylı bir şekilde engelleyici bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya bunu sağlayacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem, faaliyet ve fiilleri hakkında kuvvetli emarelerin varlığı halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından gerekli tedbirler alınır.

Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanacak Bakanlar Kurulunca onaylanacak yönetmeliklerle belirlenir. Bu fıkranın (a) (b) (c) (d) bentlerinde belirtilen durumlara ilişkin muafiyetler, hukuki ve cezai müeyyideler ilgili mevzuat hükümlerine tabidir.

Ekonomik yapımız, gerek kamuda gerek özel kesimde ağırlıklı olarak tekelleşmeye müsait ve tekelleşmiş bir yapı vaziyetindedir. 16. madde 4046 sayılı kanunun kilit maddelerinden birisidir. Fakat madde somut olmayan temennilerle yetinmiştir.

16. maddenin amacı özelleştirme işlemleri sonucunda

-Rekabeti bozacak

-Engelleyecek veya

-Tekelleşmeyi doğuracak bir ortamın meydana gelmemesini sağlamaktır.

Oysa önemli olan tekelleşmeyi doğuracak ve rekabeti engelleyecek şekilde özelleştirme yapılmasının yasaklanması gerekirdi.

Böyle olunca özelleştirmeyi yapacak ÖYK ya da OİB tekelleşmeyi doğuracak bir özelleştirme yapmamalı, tekelleşmesi doğuracak şekilde işlemleri yürütmemeliydi.

Tekelleşme doğacaksa veya rekabet engellenecekse, Kurul ve Özelleştirme İdaresi özelleştirme işlemlerini incelemeli ve tedbirlerini önceden alabilmelidir. Yoksa özelleştirme yapıldıktan sonra tekelin doğması veya reka-

betin engellenmesi durumu değiştirmeyecektir. Bu da maddenin amacına uygun olmayacaktır.

Madde gerekli tedbirleri alma yetkisini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına vermiş, ayrıca bu hükümlerin uygulanması ile ilgili usul ve esasların Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulu tarafından onaylanacak bir yönetmelikle belirlenmesini hükme bağlamıştır.

Ne var ki, bu maddenin uygulanmasını göstermek için öngörülen yönetmelik henüz çıkartılmadan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir²⁶.

C. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda

Özelleştirme Kanununda sonra yürürlüğe giren²⁷ Rekabetin Korunması Kanunun da özelleştirmeler için öngörülmüş özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, kanunun amaç ve kapsamı dikkate alındığında özelleştirme sonucu mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti bozucu, engelleyici kısıtlayıcı anlaşmalar ve devralmaların da bu kanun kapsamında olduğu açıkça söylenebilir. Zira kanun açık bir muafiyet hükmü öngörmemiştir.

Böylece özelleştirme kapsamındaki birleşme veya devralmalarda da 4054 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.7. maddeye göre”

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün

-hakim durum yaratmaya veya

-hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak

ülkenin bütün yahut bir kısmında

-herhangi bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya

-herhangi bir teşebbüsünün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün

-mal varlığını yahut

-ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da

-kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yolu

ile iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

²⁶ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, daha önce aynı alanda düzenleme yapan 4046 sayılı Kanunun 16. maddesinin mi yoksa Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin mi esas alınacağı konusunda oluşan dursamının giderilmesi amacıyla Danıştay 1. Dairesinden istişari görüş sorulmuştur. Danıştay 1. Dairesi 14.7.1995 tarih ve E.1995/135, K.1995/153 sayılı kararı ile “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, daha önce aynı alanda düzenleme yapan 4046 sayılı Kanunun 16. Maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığına, bu nedenle özelleştirilen kuruluşlarda 4054 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.” (Danıştay Dergisi, S. 91, sh.47-49)

²⁷ 13/12/1994 tarih ve 22140 sayılı RG yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanması için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkartacağı tebliğ ile ilan eder.

D. Rekabet Kurulu Tebliğinde

4054 sayılı kanuna göre özelleştirme işlemlerinin geçerli olabilmesi için Rekabet Kurumuna başvurarak;

- ön bildirimde bulunulması ve
- izin alınması gerekmektedir.

Bununla ilgili olmak üzere Rekabet Kurumu Başkanlığından 12 Eylül 1998 tarihli R.G.’de 1998/4 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” yayımlanmıştır²⁸.

Böylece ülkemizdeki özelleştirme uygulamalarında yeni bir döneme girilmiştir. Diğer bir ifade ile yapılacak özelleştirmenin rekabeti bozup bozmadığı somut olarak Rekabet Kurulu tarafından incelenerek karara bağlanacaktır.

Bu Tebliğ hükümlerinin uygulanmasının, aksak ve yavaş işleyen özelleştirme işlemlerini daha da yavaşlatacağı ileri sürülmüştür²⁹.

Oysa hem Anayasal hem de kanuni zorunluluk olan rekabetin korunması hususunun bu Tebliğ hükümleri ile somut ve işler hale getirilmesi özelleştirme işlemlerinin daha sağlıklı icra edilmesine olanak sağlamıştır. Ayrıca özelleştirmeyi yürütecek kamu kurumlarının (ÖYK ve ÖİB) özelleştirme politikaları ile Rekabet Kanununun uyum içinde işlemesine fırsat tanımaktadır.

Gerçektende , daha etkin bir rekabet süreci yaratabilmek amacıyla gerçekleştirilmesi gereken özelleştirmenin, sonuçları itibarıyla Rekabet Kanununa aykırı bazı durumlar doğuracak şekilde gerçekleştirilmesi; örneğin özel tekeller yaratılması, hem rekabet politikaları ve Rekabet Kanunu ile ve hem de özelleştirmenin temel hedefleri ile çatışan, telafisi son derece güç durumlar ortaya çıkarabilecekti. İşte bu tebliğ ile bu sakıncaların önüne geçilmiş olmaktadır.

Ön bildirim tabi özelleştirme yoluyla devralma işlemlerinde

-özelleştirmeye ilişkin ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce

²⁸ Anılan tebliğin 1 ve 7. maddeleri 18.11.1998 tarih ve 23527 sayılı RG yayımlanan 1998/5 tebliğ ile değiştirilerek kapsamı genişletilmiştir. Bundan böyle sadece Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından değil, diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek özelleştirme yolu ile devirlerde de bu tebliğ hükümleri uygulanacaktır.

²⁹ TUNCER S : Özelleştirme, Yaklaşım , Sayı 71, kışım 1998, sh. 164.

-ÖİB'ca, Rekabet Kurulunun görüşü alınmak üzere, Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunmak zorunludur.

Rekabet Kurulu, ön bildirimden Rekabet Kurumu kayıtlarına giriş tarihinden itibaren 40 iş günü içinde görüşünü oluşturacak ÖİB bildirecektir.

Özelleştirme yoluyla devralma işlemi taraflarının, ilgili ürün piyasasındaki toplam Pazar paylarının

-% 25 veya

-25 Trilyon TL yi aşması halinde devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulundan izin alınması zorunlu olacaktır.

İzin başvurusuna ilişkin incelemenin süratle ve sağlıklı bir biçimde sonuçlandırılması için Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ihale için teklif verenlere ilişkin kendisine ulaşan bilgi ve belgeleri ihalenin sonuçlanmasını beklemeksizin Rekabet Kurumuna iletilecektir.

Tebliğ ile birlikte Türkiye'deki özelleştirmelerde yeni bir dönem başlamıştır. Öyle ki, Rekabet Kurumu Başkanlığının gerekli vizesi olmadan bir özelleştirmenin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.

a. Kapsam :

Bir teşebbüsün

Ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçlarının tümünü veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerinin özelleştirme yolu ile her türlü devri bu Tebliğ hükümlerine tabidir.

b. İstisna :

Bu tebliğ kapsamı dışında kalan haller şu şekilde sıralanmıştır:

-Mahalli idareler dahil kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan devirler

-Mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan gayrimenkul devirleri

-Yurtdışı sermaye piyasalarında satışlar

-Halka arz

-Süresi 3 yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar

-Çalışanlara devirler

-Borsada normal ve/veya teşebbüsünün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışlar

-Menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar.

Kontrolün açıkça özelleştirilecek teşebbüsün çalışanlarında ve/veya emeklilerinde olacağı ortak girişim ve sair organizasyonlara satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin aynı haklarının tesisi, gelir ortaklığı ve izin gereğine uygun sair hukuki tasarruf yöntemlerinden herhangi birinin veya bir kaçının birlikte uygulanmalarıyla yapılan devirler çalışanlara devir olarak kabul edilir.

c. Ön bildirimde tabi özelleştirme yolu ile devralmalar

- Özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde
- özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birim ilgili ürün piyasasındaki Pazar payının;
 - % 20’yi veya
 - cirosunu 20 trilyon TL’yi aşması ya da bu eşikler aşılmassa bile
 - özelleştirilecek teşebbüsün
 - hukuki veya fiili imtiyaza sahip olması halinde ön bildirimde bulunulması şarttır.

Bu Tebliğ anlamında hukuki ya da fiili imtiyaz: ÖYK tarafından oluşturulacak, devletin sahip olacağı imtiyazlı hak ve paylara ilişkin hükümler saklı kılmak kaydıyla, özelleştirilecek teşebbüsün kamu kuruluşu olmasından kaynaklanan bir kanun veya sair hukuki düzenlemeye dayanan ya da fiilen oluşmuş;

ilgili ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin sahip olmadığı veya olmayacağı beklenen tekel hakkı da dahil tüm ayrıcalıkları ifade eder.

Ancak bu ayrıcalıkların özelleştirme sonunda kendiliğinden ortadan kalkması ya da ÖİB ortadan kaldırılması ve her iki halde de durumun ihale şartlarıyla kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu nezdinde tevsik edilerek Rekabet Kurulundan 10 iş günü içinde olumlu görüş alınması halinde bu hususlar imtiyaz olarak kabul edilmez. Bu sürenin sonunda herhangi bir görüş bildirilmemesi, konuya ilişkin Rekabet Kurulu Görüşünün olumlu olduğu anlamına gelir.

d. Ön Bildirimde Usul

Ön bildirimde tabi özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; ÖİB tarafından, özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin özelleştirilmesine ilişkin

- İhale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce
- böyle bir özelleştirmenin ilgili pazarda ne gibi sonuçlar doğuracağı
- özelleştirilecek teşebbüsün varsa fiili ve hukuki imtiyazlarının özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulunun görüşü alınmak üzere Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunulur.

Rekabet Kurulu, 24 iş günü içerisinde oluşturulacak ilgili mesleki daire görüşünün yanı sıra

-bu görüşe cevaben 6 iş günü içerisinde ÖİB alınacak görüşü de dikkate alarak 10 iş günü içerisinde görüşünü oluşturur ön bildirim Kurum kayıtlarına girdiği tarihten itibaren 40 iş günü içinde görüşünü ÖİB bildirir.

Görüş bildirmeden önce, devir işlemine ilişkin özelleştirme yönteminde değişiklik yapılması halinde ön bildirim başvurusu yenilenmiş sayılır.

Değişiklik Rekabet Kurulu görüşünün ÖİB bildirilmesinden sonra yapılması halinde ise yukarıdaki süreler yarısı oranında azaltılarak uygulanır.

Özelleştirme yöntemine ilişkin değişiklik, devir işlemini bu Tebliğ kapsamı dışına çıkararak nitelikte ise, durum açık olarak Rekabet Kurumuna bildirilir.

e. İzin Başvurusuna Tabi Özelleştirme Yolu ile Devralmalar

-Rekabet Kurumuna ön bildirim de bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde ve ön bildirime tabi olmamakla birlikte bu Tebliğ kapsamında olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi tarafların ilgili ürün piyasasındaki toplam Pazar paylarının;

-% 25 i veya

-cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını aşması halinde;

devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınması zorunludur.

f. Usul

İzin başvurusu Rekabet Kurumuna, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra ve fakat özelleştirme Yüksek Kurulunun özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin nihai devir işlemine ilişkin kararından önce,

ÖİB'nin ÖYK'na sunacağı karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar şeklinde yapılır.

ÖİB, ihale için teklif veren tüm teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine ilişkin kendisine ulaşan bilgi ve belgeleri ihalenin sonuçlanmasını beklemeksizin Rekabet Kuruluna iletir. Karar taslağında teklif sahiplerinin sayısının üçten fazla olması halinde, ilk üç teklif sahibine ilişkin devralma işlemine yönelik Rekabet Kurulu kararları Özelleştirme İdaresi Başkanlığına tebliğ edilmeden, diğer teklif sahiplerine ilişkin izin başvurusunda bulunulamaz.

SONUÇ

Özelleştirme, birilerine göre yağma, birilerine göre peşkeş çekme, birilerine göre de kurtuluş reçetesi olarak takdim edilmektedir. Ancak özelleştirmenin Dünyanın yer yerinde sorunsuz yürüdüğü de söylenemez.

Türkiye'deki özelleştirme uygulamaları hedeflenen ölçüde başarılı değildir. Bazı alanlarda hiç hukuki düzenleme yapılmamış seçim ilkesine ehemmiyet verilmemiş kamunun finansmanı ve denetimi ele alınmamıştır.

İdare edilenlerin idari faaliyetlere katılmasını sağlayacak usuller öngörülmemiştir. Ayrıca geç düzenlemeden kaynaklanan sorunlar vardır. En ö-

nemlisi de bir konu pek çok bağımsız kanun maddelerine konu olmuş ve tek düzelik sağlanamamıştır.

Başarılı bir özelleştirme sağlam, hukuki ve idari alt yapıyı gerekli kılar. Oysa 16 yıllık süreçte, 1994 öncesinde, düzenleme dağınıklığı dikkati çekerken; 1994 sonrası tek bir kanun çıkartılarak özelleştirme yapılmak istenmiştir. Bu dönemde de özel hukuk düzenlemelerinde amacına uygun gerekçelendirme yoktur.

ÖYK gerekli kararları alırken siyasi düşüncelerle hareket ettiğinden etkin olamamaktadır. Diğer yandan fiili imkansızlık özelleştirmeye ilişkin kararlarının iptalini sağlayan mahkeme kararlarının uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.

Ülkemizde başarılı bir özelleştirme uygulamasının sağlanabilmesi için diğer ülkelerdeki uygulamalar dikkate alınmalı, oralardaki anayasal ve yasal, ekonomik ve sosyal koşulların farkları göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin İngiltere'de özelleştirme konusunda tek bir yasal düzenleme yoktur. Özelleştirilen her kamu iktisadi teşebbüsü ayrı mevzuat hükümlerine göre özelleştirmiştir. Yine İngiltere'de özelleştirmenin yöntemi konusunda sendikalar birliği ile devlet uzlaşmıştır. Özelleştirmeden sonra rekabetin korunması için gerekli önlemler alınmıştır ve programdaki sürelerle uyulmaktadır. Her şeyden önce İngiltere'de özelleştirilen kuruluşların hisse senetleri bedellerinin altında bir fiyatla halka ve çalışanlarına satılmıştır. Bu hususlar da ülkemizde yapılacak özelleştirmede göz ardı edilmemelidir.

Diğer yandan, ülkemiz açısından, özelleştirme uygulamalarında rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin ise sağlam bir güvenceye kavuşturulduğu söylenebilir. Bundan böyle yapılacak özelleştirmeler Rekabet Kurulu denetiminden geçtikten sonra geçerlilik kazanacaktır. Rekabet Kurulunun özelleştirmede devreye girmesi özelleştirmenin daha sağlıklı olarak yürütülmesine hizmet edecektir. Bu konuda yapılan düzenlemeler anayasaya ve kanunlara uygun olup rekabet düzeninin korunması açısından da olumlu bir gelişmedir. Özelleştirme kararlarının ayrıca Rekabet Kurulu denetimine tabii olmasının özelleştirmeyi güçleştireceğine ilişkin düşünce ise, mevcut anayasal ve yasal çerçevede içerisinde asla gerçeği yansıtmamaktadır.

LİBERAL DEMOKRASİ İLE POPÜLİST DEMOKRASİ ARASINDAKİ GERGİNLİĞİN EKONOMİK NEDENLERİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat NİŞANCI**

Giriş

İnsan toplumlarını ilgilendiren meselelerin başında toplumun bütününe ilişkin idari yapı ve yönetim şekilleri gelmektedir. Bir varlık olarak insan, psikolojik ve fizyolojik şahsi bütünlüğünü koruyup geliştirmekten başka, toplumsal düzeyde en iyi yaşam yollarını aramaya koyulmaktadır. Böylece, merkezde fert olmak üzere aile, yakın çevre, millet ve hatta tüm insanlığı da içine alacak şekilde birbiri ile bağlantılı içiçe halkalar biçiminde bir sosyal yapı meydana gelmektedir. Bu yapı içerisinde toplumsal hayatın devamı için yapılan faaliyetler insanların bilinçli ve bilinçsiz hareketleriyle ortaya çıkmaktadır. Toplumsal organizasyonun işleyişinde dış müdahaleler ve yönlendirmeler kişilerin iradi aktivitelerine doğrudan, gayri iradi faaliyetlerine dolaylı yollardan etki etmektedir.

Tarihi seyri içerisinde yönetim şekillerine ilişkin tartışmalar ve bu hususta ortaya konulan teoriler bu tür etkilerin şekli ve muhtevası üzerinde kurulmaktadır. Toplum adına karar alma biçimleri birbirinden farklı olmaktadır. Bazı durumlarda toplum adına tek bir kişi karar verebildiği gibi, bazen bir azınlık ve bazen de toplum adına belli bir çoğunluk bu görevi yerine getirmektedir. Bu yönetim şekillerine sırasıyla monarşi, oligarşi ve demokrasi adı verilmektedir. Yönetim biçimlerinin her bir aşamasında alınan kararların muhtevası da yönetim düşüncesini yansıtmaktadır.

Kitlesele üretim olmadığı sanayi devrimi öncesi toplumlarda iktidar gücü siyasi nitelikte iken, sanayi devrimi sonrasında bu iktidar gücünü siyasi iktidarla beraber ekonomik iktidar güçleri birlikte teşekkül ettirmektedirler. Artık modern dünyada iktidar gücü bir yandan siyasal süreç, diğer yandan piyasa sürecinden geçerek kazanılmaktadır. Bu gücün büyüklüğü veya

* A. Ü Erzincan Hukuk Fakültesi Ekonomi-Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

etkililiği, bu süreçlerin birbirlerinin alanlarına müdahale etmeden, birlikte çalışarak toplumsal dinamikleri harekete geçirmelerine bağlıdır. Ne var ki, yaşanan tecrübeler siyasi sürecin kendi iktidar alanını genişletmek için piyasa süreçlerini manipüle ettiğini ve sonuçta siyasi süreçlerde yozlaşmaların doğduğunu göstermiştir.

Açık yönetimlere sahip ülkelerin iktisadi durumları diğerleri ile kıyaslandığında ne kadar önde oldukları, özellikle yirminci yüzyılın sonunda ortaya çıkmıştır. Fakat böyle olmakla beraber, hukukla sınırlanmamış demokrasilerin de bu amacı gerçekleştirmede yetersizliği anlaşılmıştır. Bu çalışmanın amacı, açık toplum yönetim biçimi olan demokrasi ile sosyal bir teori olan liberalizmin adalet, özgürlük ve refaha ilişkin görüşlerini genel olarak ortaya koyup, genel refahın yükseltilmesi için nasıl bir etkileşim süreci takip ettiklerini tartışmak ve politik süreçte yozlaşmaların önlenmesi ve hükümetlerin ekonomi üzerindeki davranışlarını sınırlamak amacıyla gerekli hukuki çerçevenin ne olduğunu ortaya koymaktır.

I- Demokrasi ve Liberalizm

Siyasal sistem olan demokrasi ile sosyal bir sistem olan liberalizm ortak noktalara sahip kavramlar olmakla beraber, aynı şeyler değildirler. Demokrasi toplumsal yönetime ilişkin bir biçimi, şekli ifade ederken, liberalizm bir muhtevayı ifade etmektedir. Ortak noktaları ise birinin argümanlarının işlenmesine diğerinin imkan tanımış olması bağlamında ortaya çıkmaktadır.

Demokrasi dar tanımı ile halkın halk tarafından idare edilmesi, yani "halk iktidarı", iktidarın halka ait olması demektir¹. Bu tanım çerçevesinde demokrasinin tam anlamıyla uygulanabilmesi ancak Yunan Site devletlerinde olmuştur. Sitede halk, şehir meydanında toplanmakta ve yapılacak işlere karar vermekteydi. Kararların açık ve aleni olarak alındığı bu durum, belli kişi veya grupların suistimallerine yol açacak yönelimlere engel olmaktadır. Rousseau'nun işaret ettiği gibi demokrasinin uygulanabilmesi için ülkenin çok küçük olması, halkın birbirini tanıması yanında örf ve adetin (sosyal yapının) sade olması gerekir². Bu özelliklerin zayıflaması veya ortadan kalkması, doğrudan demokrasinin uygulanmasını imkansız hale getirmiştir. Günümüzde artık doğrudan demokrasiler yerlerini temsili demokrasilere, bu da çoğunluğun hakimiyetine bırakmıştır. Temsili

¹ Sartori, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. T. Karamustafaoğlu, M. Turhan), Yetkin Basımevi, Ankara, 1993, s.8.

² Göze. Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s.210.

demokraside yönetim alanında halkın yerini temsilci yöneticiler almıştır. Böylece demokrasinin farklı tipleri ortaya çıkmakta ve bunların uygulamaları aynı şekilde çeşitlilik gösteren bir dizi etki yaratmaktadır. Demokrasinin aldığı kendine özgü biçim, bir yandan ülkenin sosyo-ekonomik yapısına, diğer yandan yerleşik devlet yapısı ve siyasi uygulamalarına bağlı olmaktadır. Bütün bunlar birlikte dikkate alındığında, demokrasinin tanımını şöyle yapmak mümkündür: “modern siyasi demokrasi yönetenlerin yaptıklarından dolayı seçilmiş temsilcilerinin rekabeti ve işbirliği yoluyla, dolaylı olarak hareket eden vatandaşlar tarafından, kamusal alanda sorumlu tutuldukları bir yönetim biçimidir”³.

Yöneticiler ve kamusal alan hemen her rejimde varken, demokraside farklı olarak vatandaşlar ve seçilen yöneticilerin, hatta bürokratlar ve baskı gruplarının rekabeti ortaya çıkmaktadır. İşte demokrasinin bu şekli üzerinde en fazla tartışılmakta ve buradan hareketle demokratik rejimin otoriterizme yol açacağı kuşkularını güçlendirmektedir. Bundan dolayı Rousseau, demokrasi kadar iç savaşlara ve karışıklıklara açık bir başka yönetim biçimi yoktur demektedir. Çünkü bu yönetim sürekli biçim değişikliklerine kayabilir görüşünü taşımaktadır⁴. Çoğunluğun baskısını önlemek için azınlık haklarının korunması ve çoğunluğun gücünün sınırlanması yoluna gidilerek demokrasinin işleyişinden kaynaklanan aksaklıkların giderilebileceği öne sürülmektedir. Bunu Sartori şu şekilde dile getirmektedir. “Halk kavramını bir çoğunluğun sınırsız yönetme hakkı biçiminde tanımlayan çözüm, insana ilk bakışta doğru bir çözüm gibi gelebilir. Ama öyle değildir. Çoğunluğun azınlık veya azınlıklara iradesini zorla kabul ettirecek nitelikte sınırsız bir hakkın tanınması, zamanla çoğunluğun yücelttiği ilkenin tam karşısı bir kuralın işlemesine neden olur. Eğer bir demokratik yarışmanın galibi, sınırsız (salt) iktidar elde ederse, o zaman bu birinci gelen kendini sürekli birinci olarak kabul ettirebilir. Bu takdirde demokrasinin geleceği artık demokratik olamaz ve demokrasi daha başında bir demokrasi olmaktan çıkar. Çünkü bir demokrasinin geleceğinin demokratik olması çoğunlukların azınlıklara ve tersi azınlıkların çoğunluklara dönüşebilmesine bağlıdır. Öyleyse, ikinci bir bakış açısından, sınırlı çoğunluk ilkesi, sonuçta demokrasinin demokratik işlemlerini sağlayan tek ilke olmaktadır⁵.

Toplum adına gücü elinde bulunduranın her kim olursa olsun, bu gücü toplum aleyhine kullanamayacağı ve kullanan lehine olmak üzere bu gücün

³ Schmitter, P.C. ve Karl, T., “Demokrasi Nedir, Ne Değildir”, (Çev. L. Gönenc), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, (Der. A. Yayla), Siyasal Kitapevi, Ankara, 1994, s.4.

⁴ Göze, s.210.

⁵ Sartori, s.26.

genişletilemeyeceği teorik olarak ileri sürülmektedir. Bu tür olumsuzlukların ortaya çıktığı durumlarda demokrasinin sınırlandırılması; aksi halde toplumsal uyuşmazlıkların doğabileceği varsayılmaktadır. Halbuki esas itibarıyla demokrasi, gücünün iktidarı yerine düzenli bir uyuşmanın varlığını, devlet gücünün dağıtılmasını, bu gücün bilinçli olarak sınırlandırılmasını, azınlığın haklarını garanti altına almak suretiyle çoğunluğun iktidar gücünü dizginleyen bir toplum yapısının oluşturulmasını gerekli kılar⁶.

Halk tarafından yöneticilerin denetimi, demokrasi kurumları vasıtasıyla yerine getirilmektedir. Bu ise iktidar gücünün kurumlarla sınırlandırılması anlamında ele alınabilir. Seçim yoluyla işbaşına gelen hükümet, eğer bir takım yanlış uygulamalar yapmışsa ikinci bir seçimde halk tarafından görevden uzaklaştırılacaktır. Böylece seçmenler iktidardakilerini seçimle işbaşından uzaklaştırmış ve iktidarın belli bazı şeyleri yapmamasını teminat altına almak suretiyle, gelecek iktidarın bu türden faaliyetlerde bulunmasına engel olmuş olurlar⁷. Demokrasinin kurumlarından bu anlamda yararlanılması, Popper'in dediği gibi, "seçim günü hüküm günü olmalıdır" önermesinin ifade ettiği mananın ne kadar yerine getirilip getirilmediğine bağlı gözükmektedir.

Bir yönetim şekli olan demokrasiden farklı olarak liberalizm, toplumun idaresi ve yönetim şeklinden ziyade, bir toplumda ferdi hürriyetlerin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğine ve devlet (iktidar) gücünün özgürlükleri sınırlayıp sınırlamadığı hususlarına dikkat çekmektedir. Liberalizm, düşünce özgürlüğü, basın özgürlüğü, özel mülkiyet ve serbest dış ticaret gibi hususlarda iktidar gücünün sınırlanması konularında fikirler geliştirmektedir⁸. Liberalizm savunduğu ilkelerin korunmasına ve yerine getirilmesine en iyi imkanı tanıması yönünde demokrasi ile paralellik arz etmektedir. Bundan hareketle, her iki sistemin birbirini dışlamadığı söylenebilir⁹. Liberal teoride devletin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatta üstleneceği rol önemli bir yer tutmaktadır. Liberal politik teori, yönetim şekli ne olursa olsun devletin bu alanlarda bireysel özgürlükleri ne derece kısıtlayıp kısıtlamadığına önem verir. Çünkü, liberalizmin esas prensiplerinden biri bireysel özgürlüktür. Onun hukuk kuralları vasıtasıyla

⁶ Bracher, Karl, D., "Demokrasinin Ahlakı Üzerine Düşünceler", (Çev. H. Bağcı), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, s.78.

⁷ Berger, Peter, L., "Günümüz Dünyasında Demokrasi", (Çev. C. Aykan), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, s.31.

⁸ Yayla, Atilla, Liberalizm, Ankara, 1992, s.13.

⁹ Yayla, Atilla, Liberal Bakışlar, Ankara, 1993, s.229.

korunmasına çalışır. Bu itibarla liberalizm, kanunların kim tarafından ve nasıl yapıldığına bakmadan, bireysel özgürlüğü ne derece koruyup geliştirdiğine bakar.

Bundan dolayı siyasi egemenliğin kimin elinde olması gerektiğine bir cevap olan demokrasi ile, siyasi gücün kimin elinde olursa olsun, bu gücün sınırlarını kurumsallaştıran liberalizm arasındaki fark ortaya çıkmaktadır¹⁰. Hayek'e göre bu farklılıkların en önemlisi kanunlara bakış açısında belirginleşmektedir. Demokrasi esas olarak kanunların nasıl yapıldığıyla alakalı olup kanunların içeriğiyle ikinci derecede ilgilidir. Fakat liberalizm ise kanunların nasıl yapıldığından ziyade onların içeriğine büyük önem verir. Demokrasi kanunun ne olacağı ve nasıl belirleneceği ile ilgili bir doktrindir. Bu açıdan, kabul ettiği formül çoğunluğun fikrinin ağır basmasıdır. Liberalizm, kanun yapma yöntemi olarak bu yolu kabul etse dahi çoğunluğun veya çoğunluğu temsil eden parlamentonun yapmış olduğu kanunların her durumda iyi olacağını garanti etmez¹¹. Hatta Hayek, egemenlik doktrininin çağdaş yansıması olarak yasama organlarına verilen geniş yetkilerin amaçlarını aşarak illiberal sonuçlar doğuracağını belirtmektedir. Böyle bir yasama faaliyeti sonunda çıkan bir kanunun çoğunluğun veya parlamentonun eseri olması, bu kanunun baskıcı olmayacağı anlamına gelmeyeceğini vurgular¹². Liberalizmin toplumsal düzlemde tesisine çalıştığı kanun hakimiyeti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanması, bu yaklaşım göz ardı edildiğinde önemli oranda sekteye uğrayacak, yönetenler ve yönetilenler arasındaki denge yönetenler (kanun yapıcılar) lehine genişleme gösterecek ve böylece özgürlük alanı daralacaktır.

Hayek'e göre kanunların baskıcı olmaması için onların en azından bazı özelliklere sahip olması gereklidir. Buna göre; 1- Kanunlar tamamen genel olmalıdır, 2- herhangi bir ayırım gözetmeden insanlara eşit olarak uygulanmalıdır, 3- geçmişe şamil olmamalıdır, 4- bütün kanunlar devlet dahil herkesi bağlamalıdır. Hayek bu özellikleri taşımayan kanunların kanun olamayacağını söylemektedir¹³. Ancak bu özelliklere sahip kanunlarla kanun hakimiyeti gerçekleşmiş olur ve özgürlükler korunmuş olur. Görüldüğü gibi, liberal politikada devlet ile kanun arasında bir ayırım ortaya

¹⁰ Yüner, Ruhdan, "Hayek'çi Liberalizmin Temel İlkeleri", Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, s.110.

¹¹ Yayla, 1993, s.229.

¹² Yayla, 1992, s.189.

¹³ Yayla, 1993, s.32.; Yayla, 1992, s.188.; Barry, Norman, Birey, Cemaat, Piyasa: Liberal Bir Perspektif, (Yay. Hazırlayan, A.M. Aktaş), Liberte Yayınları, Ankara, 1988, s.26.

çıkarmakta, politikanın tüm aktörleri kendilerinin yapmadıkları kurallarla sınırlandırılmaktadır. Bu da liberalizmin öngördüğü anayasal düzenden başka bir şey değildir¹⁴.

Liberalizm ile demokrasi arasındaki bir başka farkın da egemenliğin kaynağı ve kullanılması hususlarında ortaya çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, demokrasi egemenliğin kimde olduğu ve kanunların nasıl yapıldığı ile ilgilenirken, liberalizm egemenliğin nasıl kullanıldığıyla ve kanunların içeriğiyle alakalıdır. Demokrasi yönetenlerin nasıl seçildiği, hangi yöntemlerle işbaşına getirileceğini belirlerken, liberalizm bu yöneticilerin bizi hangi sınırlar içerisinde ne gibi kayıtlamalar ve sınırlamalar altında idare edebileceğini ve yönetim esnasında özellikle neleri yapamayacağını belirler. Liberalizm egemenliğin halka ait olduğu ve kanunların halkın temsilcisi parlamento tarafından yapıldığı bir rejimin dahi despotik olabileceğini kabul eder ve bunun önüne geçecek ilkelerin belirlenip uygulamalara yansıtılmasını sağlamaya çalışır. Bundan dolayı hükümet şeklinin ne olduğu (anayasal krallık yada demokrasi gibi) sorusu, bu hükümeti bağlayan kanunların mahiyetinden daha az önemlidir¹⁵.

Hayek, demokrasi ile liberalizmin farklılığını belirginleştirmek için kavramları karşıtlarıyla açıklamaya çalışır. Ona göre liberalizm ile demokrasi, birbirleriyle bağdaşabilmelerine rağmen aynı şey değildirler. Liberalizm iktidarın gücüyle ilgili iken, demokrasi kimin iktidara sahip olduğuyla ilgilidir. Yani liberalizm, politik sistemin muhtevasına yönelirken, demokrasi bu sistemin sınırlarını belirlemektedir. İkisi arasındaki fark, bunların zıtları dikkate alındığında daha iyi anlaşılır. Demokrasinin zıddı otoriterizm olmasına karşın, liberalizmin zıddı totalitarizmdir. Sonuçta, en azından prensip olarak, demokratik bir yönetimin totaliter olması ve otoriter bir yönetimin liberal ilkelere göre hareket etmesi mümkündür¹⁶.

Liberalizmde esas olan, hukukun üstünlüğünün ve kanun hakimiyetinin sosyal, siyasal ve iktisadi hayatta işlerliğini sağlamaktır. Burada liberalizm bir siyasi yönetim olarak demokrasiyi reddetmemekte ve hatta kanunların

14 Barry, Norman, Yeni Sağ, (Çev. C. Aykan), Tisamat, Ankara, 1989, s.65.; Hayek, kuralları 'organizasyon kuralları ve adil davranış kuralları' diye ikiye ayırır. Adil davranış kurallarının yapılmasında başka bir meclis öngörmekte, dolayısıyla adil davranış kurallarını politikanın manüplasyonuna kapalı tutmaktadır. Daha geniş bilgi için, bkz. Aktaş, Sururi, F.A. Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, İ.Ü. SBE., (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2000, s.108-110.

15 Yayla, 1992, s.189.; Yayla, 1993, s.229.; Barry, s.65.; Erdoğan, Mustafa, Liberal Toplum Liberal Siyaset, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1993, s.33.

16 Yay, Turan, F.A. Hayek'te İktisadi Düşünce: Hayek ve Keynes/Keynesciler Tartışması, Ezgi Kitapevi, Bursa, 1993, s.62.

içeriği ile ilgili hususlarda, azınlık hakları ve bireysel özgürlüklerin korunması ile ilgili olarak ortaya koyduğu düşüncelerde, bir anlamda, liberalizmin “niteliksel demokrasi” için uğraştığı söylenebilir¹⁷. Bu açıdan liberalizm ile demokrasinin birbirinden kolayca ayrılamayacağını ve Sartori’nin dediği gibi, “liberalizmsiz demokrasilerden söz edilmesi hiçbir zaman o rejimlerin demokrasi olduğunu kanıtlamamıştır. Liberal demokrasinin sönmesi, demokrasinin de ölümü olmaktadır”¹⁸. Hayek demokrasinin bir araç olduğunu vurgulayarak, liberalizmin demokrasiyi kabullenmesinin nedeni olarak üç hususu dile getirmektedir: İlk olarak birbirinden farklı fikirlerin seçiminde iyi bir barışçıl değişim yöntemi olması, ikinci olarak demokrasinin bireysel özgürlüğün önemli bir teminatı olması ve üçüncü bir şık da demokrasinin çeşitli demokratik mekanizma ve kurumların kullanılması suretiyle geniş halk kitlelerini eğitmenin en iyi yolu olmasıdır¹⁹. Ayrıca seçilen siyasi yöneticileri, liberalizmin öngördüğü prensipler doğrultusunda belirlemenin ve denetlemenin demokrasiden başka etkin bir yöntemi yok gibidir. Fakat demokrasi tek başına bireysel özgürlüğü korumaya yeterli değildir. Bu açıdan liberalizm tarafından aşılması gerekir. Nitekim günümüzde, kendilerine halk demokrasisi adını veren fakat gerçekte otoriterizmden başka bir şey olmayan yönetim biçimlerinden farklı olarak, gerçekten demokrasi olduğu, tecrübe ile de anlaşılan rejimler liberal demokrasiden başka bir şey değildirler²⁰.

“İnsan aklının düşünebileceği en iyi rejim”²¹, “eğer demokrasi var olmasaydı, bunun icad edilmesi gerekirdi”, “demokrasinin alternatifi yoktur”²² gibi ifadelerle tebcil edilen demokrasi ne var ki her zaman her toplumda isteneni verememiş ve hatta fert ve toplum açısından istenmeyen, beklenmeyen sonuçları doğuracak şekilde uygulanmıştır. Seçilenlerin seçenler zararına olmak üzere aşırı bir şekilde popülist uygulamalara yönelmeleri, kuvvetler ayrımının zayıflaması sonucu parlamento ile hükümetin aynileşmesi sorunları, bugün demokrasilerin yozlaştığı şeklinde değerlendirilmektedir. Demokrasinin yozlaşmasına bu etkenlerle beraber, demokratik süreçlerde kanun hakimiyetinin yeterince sağlanamaması nedeniyle sınırsız demokrasilerin de etkili olduğu söylenebilir. Artık

17 Sartori, s.411.

18 Yayla, 1993, s.229.

19 Yayla, 1993, s.230.

20 Yayla, 1993, s.231.

21 Savaş, Vural, Anayasal İktisat, 2. Baskı, İzmir, 1993, s.1.

22 Berger, s.35.

günümüzde temel problem demokrasi değil, sınırlandırılmamış demokrasidir.

II- Demokrasinin Çıkmazı: Kişisel Çıkar-Oy Alışverişi

Modern demokrasilerde egemenliğin halka ait olması ve bunun halkın seçtiği temsilciler vasıtasıyla kullanılması ister istemez farklı grupların beklentilerinin çakışması gibi bir durum meydana getirmektedir. Demokrasi iki elementli bir etkileşim süreci olarak ele alındığında, bir tarafta seçmen (halk) diğer tarafta seçilen olarak politikacılar karşımıza çıkmaktadır. Bu süreçte seçmenler kendilerini koruyacak yasal düzenlemeleri, yani “kanunları talep eden” durumda iken, politikacılar da seçmenlerin bu isteklerini karşılayacak “kanunları arz eden”ler²³ olarak davranmaktadırlar. Her iki grup da birbirlerine karşı beklenti içindedirler. Seçmenler her zaman politikacıların kendilerine daima daha iyi hizmet sunmasını beklerken, politikacılar da hemen her dönemde seçmenler tarafından temsilci olarak seçilme kaygısıyla hareket etmektedirler. Böylece bu iki grup arasında karşılıklı menfaate dayalı bir ilişkiler yumağı meydana gelmiş ve birbirlerine bağlanmışlardır.

Demokraside istenilen amaçlara ulaşılması için politik uygulamalara ağırlık verilirken, liberal düşüncede piyasa kurallarına önem verilmektedir. Çünkü liberal düşüncede bireysel özgürlükler esas değer olarak alınmakta ve bunun da özünü ekonomik serbestlik oluşturmaktadır. Ekonomik özgürlükler ise önce piyasa ekonomisinde fonksiyonel hale gelmektedir²⁴. Burada, belki de sınırsız demokrasinin amaçları ile piyasa ekonomisinin gerekleri arasında önemli uyumsuzluklar doğmaktadır. Bir kere politikacılar halkın isteklerine cevap verebilmek için daha fazla kaynak kullanma yoluna gidecek ve böylece hükümet faaliyetlerini gereğinden fazla artıracak; bu da toplumsal hayatta liberalizmin savunduğu, korunmasına çalıştığı özgürlüklere daha fazla müdahale anlamına geldiğinden liberal düşünce ile uyuşmayacaktır. Hayek, parlamentoda yasaların çıkarılmasında özel durumlara göre değil de, genel durumlara göre sonuçların dikkate alınması gerektiğini söylemektedir. Ona göre yasanın belirli bir takım sonuçlar yaratmak iradesine değil, fakat belirli işlem türlerinin doğru veya yanlış oldukları fikrine dayanması gerekir. Bu arada kanun koyucunun otoritesi de kendi kararlarının ve düşünüp

23 Savaş, s.2.

24 Erdoğan, s.42.

taşınmaya dayanan işlemlerinin adillğine olan inancını da bu şekilde gösterdiği sürece halkın inancına dayanacaktır²⁵.

Kanun koyucunun bir fikre değil de bir iradeye dayanarak kanun çıkarması ve bu kanunu çıkararak yasama organı ile hükümetin aynı çatı altında olması kuvvetler ayrılığı prensibini zedelemekte; böylece liberal ilkelerin demokratik amaçlar için feda edilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili olarak Hayek şu tespiti yapmaktadır. Demokrasi idealinin yükselmesi ile birlikte halkın temsilcilerinin yalnızca adil davranış kurallarının tespiti hakkında değil, fakat aynı zamanda devletin elindeki kaynaklarla hizmet sunmasına ilişkin halihazırdaki faaliyetleri hakkında da karar yetkisine sahip olması arzu edilen bir şey haline gelmiştir. Bununla birlikte, söz konusu ihtiyaç her iki faaliyetin de aynı temsilci meclisin eline verilmesini gerektirmez. Demokratik yasama ve demokratik hükümetin ikisi de arzu edilir şeyler olmakla beraber, bu fonksiyonları aynı organın eline bırakmak kuvvetler ayrılığının güvenceye bağlamak istediği bireysel özgürlüğü tahrip eder²⁶. İcra yetkisini elinde bulunduran bir parlamentonun hükümetin amaçlarına uygun düşen her kanunu çıkarmasının demokratik devleti hukukla bağlı olmaktan çıkarması kaçınılmazdır. Bu tarzda anlaşılan bir yasama, üstün gücün evrensel kurallara bağlılığından türeyen meşruluğunu tamamen yitirir²⁷.

Parlamentonun kendiliğinden doğan düzenin gereklerine göre yasama faaliyetlerini bırakıp, popülist gereklere –veya tekrar seçilme amacına- uygun kanunlar çıkarması halinde demokratik sistemin totaliter sisteme dönme tehlikesi ile karşılaşılır. Bunun nedeni olarak yasama ve yürütmenin aynı mecliste toplanmış olması gösterilmektedir. Nitekim Hayek'te bununla ilgili olarak, aynı temsili organın hem adil davranış kurallarını koyduğu hem de bu kurallarla devleti yönettiği mevcut hakim demokratik müesseseler modelinin, zorunlu olarak hür bir toplumun kendiliğinden doğan düzeninin, tedricen bazı örgütlenmiş grupların menfaatlerine uygun şekilde hizmet eden totaliter bir sisteme dönüştürülmesine yol açacağını söylemektedir²⁸.

25 Hayek, F.A., "Liberal Bir Devletin Anayasası", (Çev. M. Erdoğan), Siyasal ve Sosyal Teori Seçme Yazılar, s.137.

26 Bu tartışmalar hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için, bkz, Aktaş, s.103-106.

27 Hayek, F.A., "Liberal Bir Devletin Anayasası", s.137.

28 Örgütlenmiş grupların (baskı ve çıkar grupları) sadece siyasi anlamda toplumun kendiliğinden doğan düzenini totaliter bir rejime döndürmeleri değil, aynı zamanda uzun dönemde, bu grupların toplumun zenginliğini artırmak yerine var olan zenginliği kendi üyeleri arasında dağıtmak, rasyonel düşünen bireyleri piyasa sürecindeki rekabetin dışına çıkararak demokratik siyasal süreçlerden yararlanma yoluna iterek iktisadi gelişmeyi de

Bu durum Hayek'e göre, demokrasinin zorunlu bir sonucu değildir. Fakat bugün demokrasinin kendisiyle özdeşleştirilmesi noktasına geldiği sınırsız hükümet biçiminin bir sonucudur. Bu demokrasi biçimi kabul edilmiş olduğundan, bu demokrasi tipinin kendisinin en emin teminatı olarak kabul edildiği bireysel özgürlük idealinden uzaklaşmaktayız ve şimdi hiç kimsenin istemediği bir sisteme doğru sürüklenmekteyiz. Bu belirtiler ise sınırsız demokrasinin körü körüne bir yıkıma gittiğine ve bir gürültü-patırtı ile değil, bir iniltiyle çökeceğini gösteren işaretler şeklinde düşünülebilir²⁹. Yine demokratik rejimlerde, özgürlüklerin sistemin tabii işleyişi halinde de yok olabileceği hususunda da J. Medison şöyle demektedir. "İnsanlık tarihinde halk özgürlüğünün kısılması, öyle sanıyorum ki şiddetli ve ani darbelerle değil iktidardakilerin adım adım ve sessizce yaptıkları tecavüzlerle gerçekleşmiştir"³⁰.

Günümüzde demokratik sistemin hem kendi geleceğini hem de insan özgürlüğünü tehlikeye düşürecek şekilde işler hale gelmesi, demokrasi kuralları hakkında kuşkuları artırmıştır. Demokratik kurumların kuvvetler ayrılığının öngördüğü anlamda adalet ve yasa kuralları sistemlerinin keşfedilmesi ihtiyacı yerine, tamamıyla hükümetin ihtiyaçlarını biçimlendirecek uygulamalara girişmesi, bu düzen içerisinde kuvvetler ayrılığının amacına ulaşabilmesi için farklı görevleri bulunan ve birbirinden bağımsız olarak hareket eden iki ayrı temsili meclisin varlığını gündeme getirmiştir. Bu sistemde yasa yapacak olan meclisin, kendi koyduğu yasaya bağlı olarak hükümet edecek olan meclisin öncekiyle aynı çıkarlar veya taraflar kolleksiyonunun temsilcilerinden oluşmuş bulunması durumunda beklenebileceği gibi ilkinde tabi olunması gerekir. Burada yasa koyucu meclis iradesiyle değil, neyin doğru olduğuna ilişkin fikirle ilgilidir³¹.

Demokratik toplumlar bir noktada örgütlü toplumlardır. Hemen her demokratik ülkede bu örgütler belli fikirler etrafında kurulduğu gibi menfaatler ve çıkarlar etrafında da kurulmaktadır. Demokratik kurumların işleyebilmesi için örgütlü gruplara ihtiyaç duyulmaktadır. Siyasi düzlemde demokratik hükümetler siyasi partiler şeklinde örgütlenmişlerdir. Hayek'in de vurguladığı gibi bu örgütler, çıkarlar yerine doğrunun ne olduğuna ilişkin fikirlere, bütün tarafılık veya özel çıkarın dışında, ortak doğru veya

yavaşlatacağını Mancur Olson söylemektedir. Demirel, Taner, "Mancur Olson Üzerine Bir Değerlendirme", *Liberal Düşünce*, Bahar 1999, 4 (14), s.121.

29 Hayek, F.A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, Cilt I, (Çev. A. Yayla), İş Bankası Yayınları, Ankara, 1994, s.4-5.

30 Savaş, s.7.

31 Hayek, "Liberal Bir Devletin Anayasası", s.139.

adaletten başka bir şey olmayan ve insanların değil de, yasaların egemenliği denebilecek olan gerçek kamu çıkarının gerçekleşmesi için çalışmalıdır. Aksi takdirde bu durum, çıkar grupları arasında yapılan ulusal kaynakların yağmalanması haline dönüşmektedir. Bu öyle bencil ve öyle kısa görüşlüdür ki, mücadele sonunda ekonomik büyüme tamamen durmakta ve toplumun bütün kesimleri fakirleşmek durumuyla karşı karşıya gelse bile yine devam etmektedir³². Parti gruplarıyla seçilmiş temsilciler halk tarafından seçilmiş olsalar dahi irade ve çıkara bağlı olmamalı, parti disipliniyle ise kesinlikle kayıtlanmış olmamalıdır³³. Fakat ne var ki, herhangi bir aday kanunlar ne derse desin bir partinin temsilcisi olarak seçilmeye çalışır ve eğer seçilirse, belli bir partiye mensup olduğu ve onu temsil ettiği için seçilir. Seçilen temsilcinin bağlılığı partisine ve partisinin ideolojisine olmakta, insanların (seçmenlerin) ideolojisine değil³⁴. İşte demokrasinin bu çıkmazı Hayek'in belirttiği özel çıkar ilişkilerinin korunmasına dönüşmekte ve daha kötüsü halk hakimiyetine dayandığını iddia eden temsili demokrasinin önce çoğunluk hakimiyetine, sonra siyasi iktidar hakimiyetine, bir başka deyişle, seçimi kazanan parti hakimiyetine ve sonunda genel başkan hakimiyetine dönüşmektedir³⁵.

Modern demokrasinin sınırlandırılmaması halk hakimiyetinin çoğunluk hakimiyetine, çoğunluk iradesinin iktidardaki siyasi partini baskısına dönüşmesi, halk için başlayan sürecin adım adım halk aleyhine dönmesi ve baskı gruplarının çıkarlarının her türlü toplumsal faaliyete karşı öncelik kazanması, sınırsız yetkilere sahip meclislerden kaynaklanmaktadır. Bu halde demokratik grupların tam anlamıyla fonksiyonel işlemediği bir ortam doğmaktadır. Böyle bir durumda karar mekanizmalarına nüfuz gücü fazla olan baskı (çıkar) grupları kendi aralarında bir koalisyon oluştururlar. Kendileri lehine müdahale etmesi için yasama organına baskı yapan hükümet benzeri örgütlü çıkar gruplarının günümüzde yaygın ve etkin hale gelmesi, sınırlanmamış güce özgü amaçlar uğruna belirli birey ya da gruplara zor kullanma yetkisinin devredilmesinin zaruri ve kaçınılmaz bir sonucudur³⁶. Bundan hareketle çağdaş (sınırsız) demokrasiler, baskı gruplarının demokrasisi olarak nitelendirilmektedir. Baskı ve çıkar grupları, demokrasi için vazgeçilmez unsurlar olmakla beraber, demokrasi için aynı

32 Savaş, s.3.

33 Hayek, "Liberal Bir Devletin Anayasası", s.139.

34 Popper, Karl, P., "Açık Toplum ve Düşmanlarına Yeniden Bakış", (Çev. İ. D. Dağı), Sosyal ve Siyasal Teori Seçme Yazılar, s.27.

35 Savaş, s.9.

36 Hayek, "Liberal Bir Devletin Anayasası", s.137.

zamanda bir tehdit unsuru haline gelmişlerdir. Bu noktada yapılması gereken, baskı ve çıkar gruplarını ortadan kaldırmak değil, onların etki ve iktidar alanlarını toplumsal düzlemde hukuki düzenlemelerle belirlemektir³⁷.

III- Ekonomik Çatışma: Piyasa ve Politika

Liberal düşünce geleneğinde, kendiliğinden doğan düzen ve piyasa ekonomisi önemli bir yere sahiptir. Bu iki kavramın hemen hemen aynı anlama geldiği söylenebilir. Kendiliğinden doğan düzen, çeşitli yönleri olan bir sosyal ilişkiler düzenidir. Ekonomik ilişkiler ise bunlardan yalnız bir tanesidir ve hiçbir zaman hepsi değildir. Fakat insanların genellikle iktisadi değerlere diğer değerler karşısında öncelik verdiği ve ekonomik değerleri diğer değerleri kazanmada temel bir araç telakki ettiği dikkate alındığında piyasa ekonomisinin önemi daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır³⁸.

İktisadi faaliyetler sadece üretim ve tüketimle sınırlı tutulmadan, diğer özgürlüklerle arasındaki ilişki düşünüldüğünde, piyasa sisteminin sadece servet ve refah durumuyla ilgili olmayıp, doğrudan özgürlüklerle ilgili bir durum olduğu anlaşılır³⁹. Batılı demokratik ülkelerde, özellikle iki dünya savaşı zamanında, refah artışı sağlamak için üretim ve tüketim süreçlerinde piyasalara kollektivist eğilimlerinin artması çabalarının altında özgürlüğü tehdit eden yönelimlerin yoğunluk kazanması ve ekonomik faaliyetlerin merkezden denetimine doğru bu ilerleme sürerse, Hayek'in tanımlamasıyla 'Köleliğe Giden Yol'un açılacağı anlaşılmıştır. Bundan hareketle zamanın liberal düşünürleri, siyasal özgürlüğe ulaşılması için ekonomik özgürlüklere ağırlık verilmesi gerektiği görüşünü hararetle savunmuşlardır⁴⁰.

Piyasa ekonomisi, özgürlüklerin doğmasına ve yaşamasına imkan vermektedir. Piyasa ekonomisi kaldırıldığında bütün siyasal özgürlükler ve haklar da ortadan kalkar. Özgürlüğü yaratan kanunlar, anayasalar değil, piyasa ekonomisidir. Bu sayılanlar özgürlüğü yaratmaz sadece dış müdahalelere karşı korurlar. Mises'e göre, piyasa ekonomisi rekabet yoluyla özgürlükleri sağlamaktadır. Piyasa sistemi sınırlanmayan bir şekilde sonsuz sayıda imkan sunarak bireyleri özgür kılar⁴¹. Bu noktada liberal teorinin

37 Aktan, Coşkun, C., Kirli Devletten Temiz Devlete, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s.111.

38 Yayla, 1992, s.174; Yayla, 1993, s.178.

39 Yay, s.71.

40 Friedman, Milton, Kapitalizm ve Özgürlük, (Çev. D. Erberk ve N. Himmetoğlu), Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1988, s.28.

41 Yayla, 1992, s.165.

üzerinde durduğu şey, doğal yapıya dışarıdan müdahale yapılmaması ve tabii işleyen rekabet mekanizmasının sürekli kılınmasıdır.

Politikada ise politik başarının kazanılması ve devam ettirilmesi, politikacıların özgül bireysel sahalara müdahale ederek onların kararlarında etkili olmayı gerektirmektedir. Siyasi rakipler birbirleriyle rekabet etmektedirler, fakat bu saha vatandaşların karar alanlarında cereyan etmektedir. Hükümet eden bir siyasi partinin, topluma hakim olacak noktaları elinde bulundurması, siyasi ve ekonomik konularda üstün bir role sahip olması demektir. Böylece iktisadi ve sosyal hayatı her yönüyle kontrol eden bir hükümetin, insan hayatının da her yönünü kontrol altına alması kaçınılmazdır. Bundan dolayı, politik özgürlükle ekonomik özgürlük içiçedir, birbirinden ayrılamaz ve son tahlilde ekonomik özgürlüğün olmadığı yerde politik özgürlük de olmaz⁴².

Ekonomi ve politikanın içiçe oluşu, günümüz demokrasilerinde siyasi süreçlerin piyasa süreçlerinin önüne geçmesinden dolayı, siyasi ve ekonomik yozlaşmaya yol açmaktadır. Siyasi mücadelelerde başarı kazanma pahasına ekonomik kaynaklar bu amaca yönelik olarak rasyonel olmayan bir şekilde kullanılmaktadır. Sonuçta iyi siyaset kötü iktisat gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Hükümetlerin ekonomiye yoğun müdahaleleri kamu harcamalarının genişlemesine ve bu harcamaların finansmanı için özel kesim tasarruflarının kamu kesimine transferine neden olmaktadır. Ekonomide, bir yandan kamu payı genişlerken özel kesimin payı daralmakta, diğer yandan yatırımların kaynağı olan tasarruflar yatırım yerine kamu harcamalarının finansmanına yöneldiği için üretimin azalmasına sebep olmaktadır. Bu da refah düzeyinin yükseltilmesi amacından uzaklaşma olarak kendini gösterecektir.

Popülist demokrasinin yönelimi temelde sosyal devlet anlayışıdır. Fabian sosyalizmi ve Keynesci teorinin yükselmesiyle siyasi iktidarların ekonomiye müdahalelerinin gerekli ve yararlı olduğunun bilimsel temelleri oluşturulmuştur. Hükümet müdahalesinin sadece bunalım dönemleri ile sınırlı tutulmaması, sosyal amaçlar için de devletin ekonomiye yoğunu olarak müdahale etmesi gerektiği⁴³ fikriyle liberal devlet görüşünden uzaklaştığı söylenebilir. Ekonominin yönetiminin devlete bırakılması, kamu harcamalarını artırmış, bu harcamalardan daha fazla pay kapmak için rant

⁴² Yayla, 1992, s.166.

⁴³ Savaş, Vural, "T.C. Anayasalarında Ekonomik Hak ve Özgürlükler", Anayasa Yargısı, 6, Ankara, 1989, s.178.

kollama faaliyetleri ortaya çıkmış ve sonunda popülist demokrasileri transfer toplumu haline getirmiştir.

Ayrıca, sosyal amaçlı harcamaların artması demokrasilere paternalist (baba devlet) anlayışları yerleştirmiştir. Sosyal amaçlı harcamaların yanında hükümetler gelir dağılımını iyileştirmek için yeniden dağıtıcı politikalar uygulamak suretiyle piyasaların tabii düzenini etkilemektedirler. Serbest düzenin işleyişini bozduğu için liberallerce paternalist anlayışına karşı çıkmaktadır⁴⁴. Yine bu anlamda, liberal demokrasilerde piyasa adaleti sağlanmaya çalışılırken, popülist demokrasilerde sosyal adalet veya dağıtıcı adalete önem verildiği görülmektedir⁴⁵.

Liberal demokrasi ile popülist demokrasi arasındaki çatışmanın ekonomik nedenlerinden biri de geleceğin değerlendirilmesi hakkındadır. Piyasada kişisel çıkar kaygısı ile hareket eden fert ister tüketici, ister üretici olsun alacağı kararların sonuçlarını sadece bugünkü fayda ve maliyetine bakarak değerlendirmez. Gelecekteki muhtemel gelişmeleri dikkate alarak bugünden hareket etmektedir. Fakat politikada durum böyle değildir. Seçmenler ve politikacılar da kısa dönemli hesaplara göre hareket etme eğilimi hakimdir. Seçmenler seçim öncesinde elde edeceklerine göre, politikacılar ise gelecek seçimleri kazanmak amacıyla hareket etmektedirler. Bu süreçte, gelecekte çok büyük yararlar sağlayacak politikalar terk edilerek, yararları gelecek seçimde ortaya çıkacak ve seçmenleri oy vermeye yönlenecek politikalar tercih edilmektedir. Bu tür politikalar uzun dönemde ulusal ekonomi üzerinde olumsuz etkiler yapmış olsa dahi politikacılarca uygulanmaya konulmasında bir sakınca görülmemektedir. “İyi politika-kötü iktisat” sloganı, politikanın bu miyopluğunu açıklamak için geliştirilmiştir⁴⁶.

Bu tip politikaların egemen olduğu popülist demokrasilerin durumunu Hayek ‘oy-satın alma süreci’ olarak tanımlamaktadır. Bu ise demokrasinin bizihi yapısından değil, demokrasinin bugünkü uygulamasından kaynaklanmaktadır. Hükümetler kamu fonlarını kullanarak kişi ve gruplar arasında kendi çıkar ve tercihlerine göre keyfi bir dağıtım yapmaktadırlar. Bundan dolayı, hükümetin kaynaklarını aşan harcamalara girişmemesini öngören anayasal iktisat tartışmaları gündeme gelmiştir⁴⁷. Yine bu

44 Yayla, Atilla, Devletçi Zihniyet ve Piyasa Ekonomisi, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.55.

45 Aktan, Coşkun, C., “Liberal Demokrasi ve Piyasa Ekonomisi”, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Mart 1994 (a), s.13.

46 Savaş, 1993, s.13-14.

47 Yayla, 1993, s.234.

düşüncelerin yanında Keynesci teorinin devlet bütçesini ekonomik hayatın düzenlenmesi amacıyla kullanılabilir bir araç olarak var sayması, hükümet harcamalarında aşırıya gidilmesini kamçulamıştır. Devletin ekonomik hayata şu veya bu şekilde müdahalelerini giderek artırması ve bunların bedelinin kamu bütçesine yüklenmesi hem bütçe açıklarına hem de bu açıkların süreklilik kazanmasına neden olması, kamu harcamalarının sınırlandırılmasının anayasal bir düzenleme altına alınmasının diğer bir nedeni olmuştur⁴⁸. Ekonominin bu şekilde politize edilmesi, siyasi süreç ile piyasa sürecini içiçe sokmakta, hatta rakip hale getirmekte ve sonuçta kamunun milli ekonomi içindeki nispi payı artarken, piyasa güçlerinin fonksiyonu azalmaktadır⁴⁹.

IV- Devletin Ekonomik Teorisi ve Kamu Tercihi Ekolü

Daha önce çağdaş liberal düşünürlerin politikanın yozlaşarak piyasanın tabii işleyişini bozduğunu ve özgürlükleri kısıtladığını ileri sürdüklerini gördük. Bu düşünürler ekonominin politize olmasını önlemek için siyasi uygulamalara belli hukuki sınırlar konulmasını ileri sürmüşler, ancak bu sınırlamalar üzerinde analitik incelemeler yapmamışlardır. İşte devletin ekonomik teorisinin bir uzantısı niteliğinde olan kamu tercihi ekolü⁵⁰ liberallerce ortaya konulan fakat üzerinde yeterince durulmayan hukuki sınırlamaları (ekonomik anayasa) oluşturacak kuralları ayrıntılarıyla belirlemeye çalışmıştır⁵¹.

Kamu tercihi ekolü, esas itibariyle ekonomik hayatın içinde şekillendiği hukuki, kurumsal ve anayasal yapıyı incelemektedir⁵². İkinci Dünya Savaşı yıllarında teorik refah ekonomisi piyasa başarısızlıklarını ele aldığı anda kurumsal düzenlemelerle yeterli düzeyde ilgilenmemekteydi. Refah ekonomisi iktisatçılara göre, piyasa ekonomisi kaynakların etkin dağılımında başarısız kalmıştır. Bu başarısızlığa alternatif olarak ideal bir kamu ekonomisi teorisi geliştirmişlerdir. 1960-70'li yıllarda kamu ekonomisinin aşırı bir şekilde genişlemesinin sebep olduğu dengesizlikler karşısında, kamu tercihi teorisi, devletin uygulayacağı düzenleyici

48 Savaş, 1993, s.19-20.

49 Savaş, 1993, s.25.

50 Erdoğan, s.36.

51 Savaş, 1989, s.183. Burada hedef, ekonomik yapının örgütlenmesini siyasi mekanizmanın kontrolünden kurtarmak ve piyasayı sınırlayacak gücün kaynağını ortadan kaldırmaktır. Friedman, 1988, s.35.

52 Savaş, 1989, s.185.

önlemlerin de etkin kaynak dağılımını gerçekleştirmedeki başarısızlığını ortaya koymuştur⁵³.

Kamu tercihi ekolü ekonomi kurallarını politikaya uygulayan bir bilim dalıdır. Başka bir deyişle, 'politikanın ekonomik analizi'dir. Dayandığı temel varsayımlar ise, metodolojik bireycilik, ferdi rasyonellik (homo economicus) ve politikayı dar bir mübadele biçimi sayan katalaksi (politik mübadele)dir⁵⁴. Bu varsayımların sınırladığı bir düzende iktisat ve siyaset bilimi birlikte analiz edilmektedir. İktisat biliminin araç ve metotları ile siyasal karar alma mekanizmasının ekonomik analizi yapılmaktadır⁵⁵. Böyle bir yapıda kamu tercihi rollerine sahip kişilerin faydalarını azamileştirmeye çalışırken sergilemiş olduğu davranışlar, kamu tercihi teorisince, metodolojik bireycilik varsayımı altında, politik karar verme sürecini kendi modelleri aracılığıyla açıklamaya çalışmaktadır⁵⁶.

Metodolojik bireyciliğe göre ekonomik ve politik kararlar değerlendirilirken birey esas alınmaktadır. Buchanan'a göre kamu tercihi teorisi, ekonomi teorisi gibi metodolojik bireycidir. Temel birimler, partiler, devletler, uluslar gibi organik birimler değil, seçimde bulunan, çeşitli eylem ve davranış motiflerine sahip olan kişilerdir. Bu anlamda, kamu tercihi teorisi esasen, "Politikanın Bir Bireysel Teorisi" olarak değerlendirilmektedir⁵⁷. Politik davranışta ekonomik davranıştan farklı olarak, kişinin davranışını kurumsal ve siyasal yapının etkilediği ve dolayısıyla bu şartlar altında faydasını azamileştirdiği kabul edilmektedir.

Karar veren ve seçim yapan birey, bu tercihini neye göre yapmaktadır? Buna cevap olarak iktisat teorisi homo economicus varsayımını geliştirmiştir. Buna göre insan daima kendi çıkarına önem verir. Buchanan'a göre birey, kamu ekonomisi karar alma sürecinde piyasa ekonomisindeki gibi davranış motifinin bir benzerini, rasyonel seçimler yaparak gösterir. Bireyler akıl sahibi olmaları nedeniyle faydalarını artıracak politik tercihlerde bulunurlar. Başka bir deyişle, bireyler piyasa ekonomisinde

53 Buchanan, James, M., "Devletin Başarısızlığını Teşhiste ve Yapısal Reform Önerisinde, Kamu Tercihi Teorisinin Başarısı ve Sınırları", (Çev. C.C. Aktan), Kamu Ekonomisinin Genişlemesi ve Özelleştirme, (Der. A. Aker ve C.C. Aktan), İzmir, 1993, s.221.; Aktan, C. C. "James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", Türkiye Günlüğü, Sayı 26, 1994 (b), s.44.

54 Buchanan, James. M, Kamu Tercihi ve Anayasal İktisat, (Yayına Hazırlayanlar, A. Aker ve C. C. Aktan, İzmir, 1991, s.30.; Savaş, 1993, s.42., Barry, 1998, s.30-31.

55 Aktan, 1994 (b), s.42.

56 Buchanan, s.222.

57 Aktan, 1994 (b), s.42.

olduğu gibi, kamu ekonomisindeki karar ve tercihlerinde de 'özel çıkarlarını' azamileştirme eğilimindedirler⁵⁸. Özel çıkar motifi, kamu rollerini üstlenenlerin (seçmenler, politikacılar, bürokratlar) davranışlarını belirleyen temel etken olarak kabul edilmektedir⁵⁹.

Diğer önemli bir metodolojik unsur ise politik mübadeledir. Bunda, basit iktisadi mübadeleden farklı olarak karmaşık ilişkilerden müteşekkil bir mübadele söz konusudur. Piyasa ekonomisindeki 'piyasa mübadelesi' gibi, kamu ekonomisinde de bir politik mübadele mevcuttur. Politikada bireyler arasındaki karmaşık mübadele içinde bireyler etkin olarak sağlayamadıkları bazı özel amaçlarını kolektif olarak sağlamaya çalışırlar. Piyasada bireyler elmalarla portakalları mübadele ederken, politikada ise bireyler tüm kolektif ihtiyaçlarını karşılayacak mal ve hizmetler ile bunların katkı payları arasında bir mübadelede bulunurlar⁶⁰.

Görüldüğü gibi kamu tercihi teorisi, klasik iktisat teorisinin araçlarını kullanmaktadır. İktisat teorisinde piyasa kuralları içinde, fertlerin tamamen özel çıkarlarını azamileştirmesi, dolaylı ve maksatsız bir şekilde kamu çıkarını (toplumsal faydayı) da artıracığı varsayılmaktadır. Kamu tercihi teorisyenleri bu varsayımı kamu tercihi rollerine uygulayarak toplumsal çıkarı yükseltecek kurumsal yapıları ortaya koymaya çalışmışlardır. Fakat Buchanan, Smith ve Hume gibi düşünürlerin geniş bir şekilde kullandığı homo economicus kavramını daha dar bir çerçevede ele almaktadır. Buchanan piyasa ile politika arasındaki farklılığı dikkate aldığına, politik süreçte bireysel ekonomik çıkarla kamu çıkarı arasında bir uygunluk sağlayacak herhangi bir doğal, yapısal bağıntı görememektedir⁶¹. Bize kasabın kendi çıkarını düşünerek et vermesi durumunu, bürokrata uyguladığımızda, onun bu davranışı hiç hoşumuza gitmez. Çünkü bürokratin ekonomik çıkarı diğer insanların zararına bir sonuç doğurmaktadır. Yani Smith'in görünmez elinin politikada bir karşılığı yoktur⁶². Ayrıca bununla ilgili olarak Buchanan şu tespiti yapmaktadır: "Homo economicus yapı, ne piyasalar ne de politika için kesin bir şekilde biçimlendirilemez. Hem piyasa hem de politik işlemlerde bireysel fayda fonksiyonunda 'ekonomik önlemlerden' başka bir şeye güvenmeliyiz⁶³.

58 Aktan, 1994 (b), s.43.

59 Savaş, 1993, s.44.

60 Aktan, 1994 (b), s.43.

61 Buchanan, s.233.

62 Savaş, 1993, s.43.

63 Buchanan, s.232.

Kamu tercihi teorisi, politik başarısızlık olarak, kurumsal organizasyona ilişkin düzenlemeleri incelemektedir. Bu organizasyon içinde kamu tercihi rollerini üstlenenlerin sınırlanmaları ve bu kısıtlamalar dahilinde fayda azamileştirmesine ulaştıracak argümanları belirlemeye çalışmaktadır. Piyasa başarısızlığı karşısında politik başarısızlığın, kurum ve kurallarının sınırlamalar altında tahmin edilen işleyiş özellikleri tetkik edilmekte ve başarısızlık demekle, eğer kurallar değiştirilebilirse “daha iyi” sonuçlar edileceği gösterilmeye gayret edilmektedir. Bu analiz içerisinde kurallara uygun bir şekilde çalışan, kuralların koyduğu sınır ve kısıtlamalara uygun olarak davranan kişilerin özellikleri ihmal edilmektedir⁶⁴.

Ayrıca, kamu tercihi teorisi, bahsedilen kurumsal düzenlemeleri bir taraftan maksimum fayda sağlarken, diğer taraftan minimum zarar verecek şekilde tasarlamaktadır. Ele alınan kurumların öyle bir düzenlemesi olmalı ki iştirak edenlerin faydalarını maksimuma çıkardığı zaman, toplumsal yapıya verilecek zarar en az düzeyde olmalıdır⁶⁵.

Kamusal tercih teorisi tüm analizlerine fayda maksimizasyonu peşinde koşan bireysel davranışlardan başlamaktadır⁶⁶. Fayda fonksiyonu üzerinde seçmenlerin, politikacıların ve bürokratların (kamu tercihi rolleri) homo economicus (ferdi rasyonellik) motifleriyle hareket ederken negatif dışsallık meydana getirmeyecek şekilde sınırlandırılması istenmektedir. Eğer bu sınırlar belirlenmemişse rant kollama faaliyetleri artacak, bu da sonuçta, piyasa başarısızlığında olduğu gibi, bütün toplumun fakirleşmesi yönünde bir etki yapacaktır. Mesela, bir bürokratin faydasını artırmaya çalışması demek kamu kaynaklarının çalınması demektir. Yine benzer şekilde, ferdi çıkar kaygısıyla hareket eden bir politikacının, seçimleri kazanmak için kamu bütçesinden daha fazla kaynak kullanmak istemesi de aynı sonucu doğuracaktır. Her iki durumda da kaynakların kullanılması için bir takım kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, Buchanan'ın dediği gibi, politikacılar (herhangi bir hukuki düzenlemeye gerek kalmadan) kamu harcamalarının artırılmasını kendi çıkarları için kazanılmış bir hak olarak görürler⁶⁷.

64 Buchanan, s.225.

65 Buchanan, s.236.

66 Buchanan, s.225.

67 Bennett, J.T. ve M. H. Johnson, “Devletin Büyümesi Teorileri”, (Çev. A. Eker), Kamu Ekonomisinin Genişlemesi ve Özelleştirme, (Der. A. Aker ve C.C. Aktan), İzmir, 1993, s.26.

Kamu tercihi rolleri sahiplerinin kişisel faydalarını yükseltirken kamusal faydayı da artırabilmeleri için Buchanan şu tavsiyeyi yapmaktadır: “Politik kurumsal organizasyon yapısı içinde bireysel çıkar ile kamu çıkarı arasında en azından kabaca uygunluk sağlamak için bir çok şey yapılabilir. Politika ve devlet içerisinde güdü unsuru bakımından bazı etkili değişiklikler yapılabilir. Aşırı davranış örneklerini belirli sınırlar içinde tutacak anayasal sınırlamalar konulabilir”⁶⁸.

Sonuç

Yönetim süreçlerinde yozlaşmalar her tür yönetimde olmasına karşın, bu yozlaşmaların en az olduğunun varsayıldığı ve ıslah etme yöntemlerinin daha iyi olduğu demokraside, bunun gerçekleştirilebilmesi için idare edenlerin davranışlarının hukuk kuralları ile sınırlandırılması gerekir. Bu kurallar hem kuralları koyanlara hem de tüm vatandaşlara eşit olarak uygulanmalıdır. Bir kişi veya grup lehine sonuçlar doğuracak şekilde tatbik edilmemelidir. Modern dünyada politik uygulamalarda toplumsal refahın yükseltilmesi için rekabet kurallarının mümkün olan en üst seviyelerde işlemlerini sağlayacak yönde yapılan sözleşmelerin yerine getirilmesi ve iktisadi sujelerin geleceğe ilişkin öngörü yapma başarısını yükseltecek istikrarlı işleyen hukuki yapının tesisi zorunludur.

Demokrasinin vazgeçilmez unsurları sayılan baskı ve çıkar gruplarının aynı zamanda demokrasiyi tehdit eder hale gelmiş olmaları, rant kollama faaliyetleri sonucunda etkin olarak örgütlenememiş gruplar karşısında avantajlı duruma gelmiş olmaları, ekonomik gelişmenin ve refah artışının yavaşlatılmasının sebebi olarak telakki edilmelerine yol açmıştır. Dolayısıyla bu açmazdan kurtulmak ve bu grupların seçici faydalar yaratarak dağıtıcı koalisyonlara dönüşmelerini önlemek üzere piyasa süreçlerinin güçlendirilmesi ancak liberal teorinin öngördüğü anayasal sınırlamalar yoluyla mümkün olabilecektir. Anayasal çerçevede hareket eden siyasi ve iktisadi aktörler, ellerindeki güçleri, birbirlerinin alanlarına müdahale ederek güçlendirmek yerine, sosyal hayatın ve piyasanın normal halinde işlemlerle doğan avantajlardan yararlanarak sağlam bir duruma getirebileceklerdir.

68 Buchanan, s.238.

KASA TAZMİNATI VE TÜRK VERGİ SİSTEMİNDEKİ SEYRİ

*Yrd.Doç.Dr. G.Kürşat YERLİKAYA**

GİRİŞ

Bu çalışmada “kasa tazminatı”nın Türk vergi sistemi içerisinde yaşamış olduğu serüveni sergilemeye çalışacağız. Kasa tazminatı, Türk gelir vergisi sisteminin yürürlüğe girdiği 1950 yılından beri tartışma konusu olagelmiş ve ücrete dahil edilmesi gereken bir gelir olarak kabul edilmeyip 1980 yılına kadar vergilendirme dışında bırakılmıştır. Nitekim bu dönemde Danıştay kararları da kasa tazminatlarının ücrete dahil olamayacağı ve vergilendirilemeyeceği yönünde hep istikrar kaydetmiştir. Ancak daha sonra 2361 sayılı Kanun ile Gelir Vergisi Kanunu’nda getirilen değişikliklerden sonra kasa tazminatı olarak ödenen miktar ücrete ilave edilmesi gereken bir değer olarak kabul edilip GVK’nun 61. maddesinde vergilendirme kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeden sonra da kasa tazminatı “mali sorumluluk tazminatı” olarak ta nitelendirilmiştir.

Bu çalışmanın sınırlarını yalnızca kamu kesiminde yer alan ve ödenen kasa tazminatları ya da mali sorumluluk tazminatları oluşturmaktadır. Yani özel sektörde ilgili kişilere ödenen kasa ve mali sorumluluk tazminatları her ne kadar GVK’nun 61. maddesi gereği ücret kapsamında bulunsa da bu çalışmanın içeriğinde ele alınmayacaktır.

I. KAVRAM

Kasa tazminatı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesinin ikinci paragrafında yer almış olup kanundaki parantez içi ifadesiyle “mali sorumluluk tazminatı” olarak ta isimlendirilmiştir.

Genel anlamda kasa tazminatı (cash indemnity), kasalarla iş yapan, kasadan ödeme yapan, ödeme kabul eden görevlinin, yaptığı işteki risk göz önünde bulundurularak ücretine eklenen miktar olarak tanımlanmaktadır¹.

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

TURGAY'a göre kasa tazminatı, müesseselerde çalışan veznedarların ve kıymetli evrak muhafızlarının vukuu melhuz² kasa açıklarını karşılamak maksadiyle ödenen kasa tazminatları bu gibi kimselerin bir müesseseye bağlı olarak çalışmaları ve alınan paraların muayyen ve mukannen³ olması dolayısıyla ücrete benzemekte ise de bu paralar hizmet karşılığı olarak değil alakalıların muhtemel kasa açıklarını karşılamak maksadiyle verildiklerinden ücret olarak addedilmemektedir⁴.

KIZILOT'a göre de kasa tazminatı, müesseselerde çalışan veznedarların ve kıymetli evrak koruyucularının, meydana gelebilecek kasa açıklarını karşılamak amacıyla, ödenen kasa tazminatları bu gibi kimselerin bir müesseseye bağlı olarak çalışmaları ve alınan paraların belirli olması sebebiyle ücrete benzemekte ise de bu paralar hizmet karşılığı değil, bu türde çalışanların kasa açıklarını karşılama amacıyla verilen miktarlar olarak tanımlanmaktadır⁵.

Gelir Vergisi Kanunu'nda, ne 2361 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden önce ve ne de bu Kanundan sonra kasa tazminatı hakkında bir tanım da bulunulmamıştır. Ancak 18 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel tebliğinde kasa tazminatı, kanunlarına müsteniden veznedarlara ve kıymetli evrak muhafızlarına görevlerinin diğer memurlara nazaran daha ağır olması gözönünde tutularak yapılan bir ödeme olarak değerlendirilmektedir. 18 Seri Nolu Tebliğ'e göre kasa tazminatının verilmiş ölçütü, alınan sorumluluğun diğer memurlara nazaran daha ağır olmasına bağlanmaktadır. Esasen bu noktada kasa tazminatını alan kişilerin sorumluluğunu diğer memurların sorumluluğuna nazaran ağırlaştırıcı unsur kasada meydana gelebilecek muhtemel bir açıktan kaynaklanan risktir.

Kasa tazminatı hakkında 27 Seri Nolu Tebliğ somut ölçütler getirmeye çalışmıştır. Bu Tebliğ kasa tazminatını, gelir vergisinden istisna olabilmesi için mücerret kasa tazminatı namı ile adlandırılmasının yeterli olmayıp muhtemel kasa açığını karşılamaya matuf bulunması gerektiği ve kasa tazminatı-

¹ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Birinci Baskı, Doruk Yayınları: No 13, Ankara, 1976, s.190-191; **Redhouse Çağdaş Türkçe-İngilizce Sözlüğü**, İkinci Baskı, Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1989, s.210.

² Olabilir, akla gelebilin.

³ Kanun'dan. Muntazam, tertibli, kanun ile vacip ve mukarrer olan, zaman ve miktarı hiç şaşmayan.

⁴ Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikatı**, C.II, 4.Bası, İstanbul, 1976, s.873.

⁵ Şükrü Kızılot, **Gelir Vergisi Kanunu ve Uygulaması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1996, s.1235.

nın esas ücretin belli ve cüzi bir oranında olması gerektiği ölçütlerine dayanarak risk ve orantılılık ilkelerine bağlamıştır.

Ancak kasa tazminatı ya da diğer adıyla mali sorumluluk tazminatı sadece nakdi anlamda ele alınmamalıdır. GVK 61. maddesinde kasa tazminatı ile mali sorumluluk tazminatının birlikte anılmasının sebebi, bu müessesesinin sınırlarının aynı alanı da kapsama gayesinden gelmektedir. Yani kasa tazminatı ve mali sorumluluk tazminatı, nakdi ve aynı sorumlulukları kapsar nitelikte olması gerekmektedir⁶. Nitekim 8 Mart 1973 yılında yayınlanan 111 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği, “...Danıştay kararlarında, veznesi veya muhafazasına bırakılmış depo veya ambarı bulunan para ve eşya alınıp verilme ve muhafazası sırasında sakınılması kabil olmayan bazı gözden kaçmalar sonucunda meydana gelen zarar ve eksikliklerini karşılamak üzere; veznedar, ambar ve depo memurlarına, ücretlerinden ayrı olarak ödenen kasa tazminatının, hizmet karşılığı olmadığı.....nakde veya ayn'a vazüyed olup, verecekleri açıklardan şahsen sorumlu tutulan ve yukarıda sayılmış bulunan kimselere,.....” diyerek kasa tazminatının kapsamını nakdi ve aynı olarak kabul edildiğini belirtmiştir.

Diğer yandan Devlet Memurları Kanunu⁷ kasa tazminatını mali sorumluluk zammı olarak düzenlemiş ve içeriğini “Sayıştaya hesap vermekle yükümlü olan saymanlarla, vezne açığından malen sorumlu veznedar ve diğer görevlilere mali sorumluluk zammı,” olarak belirlemiştir (DMK, Ek Madde-I-Zamlar/c bendi).

1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun⁸ 12. maddesi de kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatının öznesi hakkında tanım vermektedir. Bu madde hükmüne göre veznedar, tahsil memuru, tahsildar, ambar memuru, tevzi memuru, konsolos, elçilik yazıcısı gibi unvanlar ile sayman ad ve hesabına geçici olarak almaya ve harcamaya yetkili kılınan memurlara (sayman mutemedi) denir. Görüldüğü gibi kasa tazminatının ya da mali sorumluluk tazminatının muhatabı bulunan veznedar, ambar memuru ve tahsildar gibi görevliler MUK tarafından sayman mutemedi olarak kabul edilmektedir. Bu durumda sayman mutemetleri saymana karşı sorumludurlar ve hesaplarını bağlı oldukları saymana vermekle mükelleftirler. Aynı za-

⁶ Yılmaz Özbalcı, *Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Özbalcı Vergi Hukuku Bürosu, Ankara, 1988, s.67; Yine Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri Nu:18'e göre de kasa tazminatı nakde ve ayn'a ilişkindir.

⁷ Bundan sonra DMK olarak anılacaktır.

⁸ MUK

manda bu bağıllık onların aklanmalarını da beraberinde getirmektedir (MUK, m.14)⁹. Sayıştay Kanunu'nun 41. maddesi de gelir, gider ve mal saymanlarının Sayıştay'a hesap vermekle yükümlü olduklarını hükme bağlamaktadır.

II. KASA TAZMİNATININ BENZER KAVRAMLARLA MUKAYESESİ

A. TAZMİNAT

Esası itibarıyla tazminat hukuki bir kavram olup kasa tazminatı ile pek benzerlik arzetmemektedir. Yani kasa tazminatı, her ne kadar terimsel yapısında bir tazminat kavramını barındırıyor bulursa da yapısı gereği hukuki anlamda "tazminat" müessesesinden oldukça farklıdır. Nitekim Borçlar Hukukuna göre tazminat¹⁰, kişinin maddi ve manevi varlığında (mal varlığında ya da kişi varlığında) meydana getirilmiş olan eksilmenin doldurulması için yüklenilen edime denir¹¹. Yani bir kimsenin uğradığı maddi veya manevi bir zararın karşılanması için yapılan ödemelere tazminat denir. Tazminat ile zarar arasında sıkı bir illiyet bağı vardır ve bu bağı neticesinde zarara sebebiyet veren kişinin üzerinde bir hukuki sorumluluk doğmaktadır. Sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek, zararı tazmin etmek zorundadır¹². Hukuki sorumluluk tazminatı dışında özel hukuk alanında sebepsiz zenginleşmeden doğan ve sigorta sözleşmesinin gereği olarak ödenen tazminatlar da bulunmaktadır¹³. İdare Hukuku alanında da, idarenin eylem ve işlemlerinden zarar görenlere tazminat ödenebilmektedir. İdare hukuku alanında tazminatın ödenebilmesi ortada bir hasar veya zararın olması ve bu hasar ve zararın "kusura bağlı sorumluluk" (hizmet kusuru) veya "kusursuz sorumluluk" (kusura bağlı olmayan sorumluluk) ilkeleri çerçevesinde tesbit edilmiş bulunması gerekmektedir¹⁴. Tazminat, maddi olabileceği gibi manevi de olabilmekte ve

⁹ Nihat Edizdoğan, **Kamu Bütçesi**, Genişletilmiş 4.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s.236-237.

¹⁰ Indemnity, compensation, reparation.

¹¹ Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996, s.65-66

¹² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, C.II, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1994, s.347.

¹³ Rene Savatier, **Hukuki ve Ekonomik Açından Borçlar Teorisi**, (Çev.Turgut Önen/Tamer İnal), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara, 1980, s.280.

¹⁴ Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 3.Bası, S Yayınları, Ankara, 1989, s.216-227.

çoğu zaman, tazminatın ödenmesi bir mahkeme kararının sonucunda olmaktadır¹⁵.

Görüldüğü gibi hukuki anlamda tazminat bazen öngörülme, beklenmeyen ve istenilmeyen bazen de istenilen zarar ve hasarların karşılanmasına matuf geliştirilmiş bir kurumdur. Burada tazminatın fonksiyonu zarar ve hasar görenin, zarar ve hasar görmeden önceki durumunu aynıyla tesis etmekle sınırlıdır. Yani hukuki anlamda her tazminat vakası nevi şahsına münhasır bir olay olarak kabul edilip genel bir formu bulunmamaktadır. Oysa kasa tazminatının ödenmesinde herhangi bir yargı kararına gerek bulunmamakta bilakis böyle bir hak ya ilgili kanun tarafından ya da bir sözleşmeye bağlı olarak ve önceden öngörülerek bir statü şeklinde verilmektedir. Ancak kasa tazminatının ilgili kişinin maruz kaldığı emsallerine göre nisbeten ağır sorumluluğun getirdiği yıpanmanın bir maddi karşılığı olarak hukuki anlamdaki tazminatın teslim edeceği maddi edim ile benzeştiği de burada itiraf edilmelidir.

Ne varki bu benzeşmeye rağmen kasa tazminatında geçen tazminat kavramı yukarıda bahsedilen hukuki içeriğinden uzakta bir anlamda işlev görmektedir. Nitekim burada verilen kasa tazminatı ilgili kişinin katlanacağı açık verme riskinin sebebiyet verdiği görevi ağırlaştırıcı durumun telafisine yöneliktir. Yani kasa tazminatı, önceden öngörülen ve beklenen bir durumu kaşılamaya yönelik olup bu durum ise muhtemel kasa açığı ya da ayn açığıdır. Burada tazminat ile kasa tazminatının bağlandığı ilkeler bakımından bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Zira tazminatta önceden öngörülemeyen ve beklenilmeyen ve telafisi sorumlusu tarafından giderilmesi gereken bir durum varken kasa tazminatında ise böyle bir durumun tersi bulunmaktadır. Yani önceden öngörülen ve beklenen ama olması istenilmeyen bir durum vardır ve bu durumda muhtemel kasa açığı ya da ayn açığıdır. Ve bu kasa açığı riskinin getirdiği ağır sorumluluk duygusu da kasa tazminatının verilmiş gerekçesini oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle kasa tazminatı burada muhtemel kasa açığı ya da ayn açığının yarattığı ağır sorumluluğun bir edimi olarak değerlendirilip ödenmektedir.

Nitekim ÖZBALCI da, kasa tazminatını, nakde ve ayn'a vazüyet olanların sorumluluğunu maddi sorumluluk ve manevi sorumluluk olmak üzere ikiye ayırmakta ve kasa tazminatını bu sorumluluğun bir karşılığı olarak

¹⁵ Halil Seyidoğlu, *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, Güzem Yayınları No:4, Ankara, 1992, s.841.

değerlendirmektedir. Yine bu ayrımı vergilendirme bakımından kriter olarak ta kullanmaktadır¹⁶.

B. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NCA VERİLEN ZAM ve TAZMİNATLAR

a. Zamlar

Kasa tazminatı, DMK¹⁷, *Sosyal Haklar ve Yardımlar* başlıklı Kısım-VI'nın *Zam ve Tazminatları* düzenleyen Ek Madde¹⁸ I'de *Zamlar* başlığının (c) bendinde ("Sayıştay'a hesap vermekle yükümlü olan saymanlarla, vezne açığından malen sorumlu olan veznedar ve diğer görevlilere mali sorumluluk zammı,") mali sorumluluk zammı olarak değerlendirilmiştir. Nitekim yine DMK, Ek Madde-I/Zamlar başlığı altında, niteliği ve çalışma şartları bakımından güç olan işlerde çalışanlara *iş güçlüğü zammına* (a bendi), hayat ve sağlık için tehlike arzeden hizmetlerde çalışanlara *iş riski zammına* (b bendi) ve temininde, görevde tutulmasında veya belli yerlerde istihdam edilmesinde güçlük bulunan elemanlar için temininde güçlük zammından da bahsedilmektedir (d bendi). Görülmektedir ki DMK'nun bu maddesi kasa tazminatı kavramını eşdeğeri olan mali sorumluluk olarak ele almış ancak bunu vergi mevzuatındaki düzenlemelerden farklı olarak "zam" kavramı mahiyetinde düzenlemiştir.

Görüldüğü gibi iş güçlüğü, iş riski ve temininde güçlük zamları esasında ilgili personelin diğer personele oranla katlandığı maliyeti kaşılamak için ödenen miktarlar olarak değerlendirilmektedir. Aynı şekilde mali sorumluluk zammı da ilgili personelin üstlendiği görevin getirdiği maddi ve manevi sorumluluğun ağırlığına binaen verilmektedir ki bunların hepsi vergi mevzuatı gereğince ücretin birer cüzünü oluşturmaktadır.

b. Tazminatlar

Yine DMK, Ek Madde-II¹⁹ Tazminatları düzenlemektedir. Bu madde hükmüne göre tazminatlar, görevin önem, sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro ünvan ve derecesi ve eğitim seviyesi gibi

¹⁶ Özbalcı, s.67.

¹⁷ İbrahim Pınar, *Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.1588.

¹⁸ Ek Madde I-(Değişik: 23.02.1995-KHK-547/5 md.).

¹⁹ Ek Madde II-Tazminatlar:(Değişik:20.03.1997-KHK-570/9 md.). A.Özel Hizmet Tazminatı, B.Eğitim, Öğretim Tazminatı, C.Din Hizmetleri Tazminatı, D.Emniyet Hizmetleri Tazminatı, E.Mülki İdare Amirliği Özel Hizmet Tazminatı, F.Denetim Tazminatı, G.Adalet Hizmetleri Tazminatı.

hususlar gözönüne alınarak, bu Kanunda belirtilen en yüksek Devlet Memuru aylığının (ek gösterge dahil) brüt tutarının yine bu Kanun tarafından tesbit edilen belirli yüzdeleri tarafından bulunan miktarlar olarak izah edilmiştir.

DMK, bu tazminatları, özel hizmet tazminatı, eğitimin öğretim tazminatı, din hizmetleri tazminatı, emniyet hizmetleri tazminatı, mülki idare amirliği özel hizmet tazminatı, denetim tazminatı ve adalet hizmetleri tazminatı olarak düzenlemiştir.

Yine DMK Ek Madde II tarafından sayılan bu tazminatların ödeniş gerekçesi de ilgili personelin maruz kaldığı maddi ve manevi kayıpları karşılamaktır. Nitekim bu madde hükmü de tazminatların verilmiş gerekçelerini, görevin önem, sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi kadro unvan ve derecesi ve eğitim seviyesi gibi hususlar olarak sıralamaktadır.

c. Değerlendirme

Kanaatimce kasa tazminatı, DMK'da verilen adıyla *mali sorumluluk zammı*, yine DMK'da belirtilen zam ve tazminatlardan farklı bir yapıya sahip bulunmaktadır. DMK'da belirtilen iş gücünün, iş riski ve temininde güçlü zammı ile tazminatlar ücretin birer unsuru olup daha fazla katlanılan ağır sorumluluğun, kalifiye elaman olmanın ve yüksek beşeri sermayenin karşılanmasıdır. Kasa tazminatında da bu özellikler belli oranlarda bulunmaktadır ya da yerine göre bulunabilir. Ancak kasa tazminatında, diğerlerinde bulunmayan farklı bir özellik bulunmaktadır. O da kasa tazminatı olarak alınan bedelin gerektiği zaman hesap kapatım dönemlerinde meydana gelen nakdi ya da aynı açıkların kapanmasına sarfedilmesidir. Bu özellik kasa tazminatının tam anlamda bir ücret unsuru olarak değerlendirilmesine engel olduğunu düşünmekteyim. Çünkü para işlemlerinden doğan o an için göz ardı edilen bakiyelerin hesap dönemi sonunda bir yekun oluşturması onun kapatılmasını zorunlu kılmaktadır ki bunu da kasa sorumlusu ya da ambar sorumlusu kendi kesesinden yapacaktır. İşte bu özellik kasa tazminatının gelir olarak değerlendirilmesine kanaatimce engel olmaktadır. Oysa DMK'da geçen diğer zam ve tazminatlar böyle bir özelliğe sahip bulunmamaktadırlar.

DMK'da yukarıda verilen düzenlemelerden daha ilginç olanı, DMK Ek madde II'de sayılan tazminatların yine "Ortak Hükümler" başlıklı Ek Madde III'ün en son paragrafı gereği damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmamasıdır. Bu durum GVK'nun ücretleri düzenleyen 61. maddesi ve ücretlerde müteferrik istisnaları düzenleyen 23. maddesi ile çelişir gözükmektedir.

III. UYGULAMADA KASA TAZMİNATI

Kamu personeli ücret sisteminde, vergi sistemindeki adıyla kasa tazminatının/mali sorumluluk tazminatının DMK'ndaki adıyla mali sorumluluk zammının uygulanabilmesi şartlarını DMK düzenlemiş bulunmaktadır (DMK, Ek Madde III-Ortak Hükümler). Bu madde hükmüne göre bu zam ve tazminatların hangi işi yapanlara ve hangi görevlerde bulunanlara ödeneceği, miktarları, ödeme usul ve esasları ilgili kurumların yazılı isteği ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bütün kurumları kapsayacak şekilde ve DMK'nun 154. maddesi²⁰ uyarınca katsayının Bakanlar Kurulunca değiştirilmesi durumu hariç yılda bir defa olmak üzere hazırlanır ve Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulur.

Diğer yandan 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı²¹, DMK ve aynı Kanununun Ek Geçici 9. maddesi kapsamına giren kurumlardan aylık alanlara 01.01.1998 tarihinden itibaren ne miktarda zam ve tazminat verileceğine ilişkin ekli Karar ve ekli Cetvelleri belirlemiş bulunmaktadır. Bu 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesinin A bendine göre; hangi görevler için ne miktarda "İş Güçlüğü, İş Riski, Temininde Güçlük ve Mali Sorumluluk Zammı" ödeneceği bu karara ekli I Sayılı Cetvelde belirlenmiş bulunmaktadır. Yine diğer yandan bu maddenin B,C,D,E bendlerine göre ödenecek olan muhtelif tazminatlar bu Karara ekli II, III, IV ve V Sayılı Cetvellerde düzenlenmiştir.

98/10548 sayılı BKK'nın 2. maddesinin A bendine göre mali sorumluluk zammı ayda 700 puanı hiç bir şekilde geçememektedir. Buna nazaran iş güçlüğü zammı ayda 1200 puanı²², iş riski zammı ayda 1000 puanı²³ ve temininde güçlük zammı ise ayda 1800 puanı²⁴ geçememektedir.

²⁰ DMK, **Katsayı**: Madde 154-(Değişik:13.07.1993-KHK 486/24 md) Aylık gösterge tablosunda yer alan rakamlar ile ek gösterge ve kıdem aylığı gösterge rakamlarının aylık tutarına çevrilmesinde uygulanacak aylık katsayısı ile memuriyet taban aylığı göstergesine uygulanacak taban aylık katsayısı üçer veya altışar aylık dönemler itibariyle uygulanmak üzere Genel Bütçe Kanunu ile tesbit olunur. Ancak mali yılın ikinci yarısında, memleketin ekonomik gelişmeyi, genel seçim şartları ve Devletin mali imkanları gözönünde bulundurulmak suretiyle Bakanlar Kurulu bu katsayıları ikinci yarının tamamı veya üçer aylık dönemleri itibariyle uygulanmak üzere değiştirmeye yetkilidir. Katsayılardaki değişiklik aylıklarda artış veya eksiliş sayılmaz.

²¹ Resmi Gazete, Tarih: 4 Şubat 1998, Sayı:23248.

²² Ödenecek İş Güçlüğü Zammı, II Sayılı Cetvelin (A) Üst Yönetim ve Genel İdare Hizmetleri Bölümünün 1,2 ve 3. grubunda sayılanlar ile Valiler Hariç.

²³ İş Riski Zammı, yer altı maden ocaklarında çalışanlar hariç.

²⁴ Temininde Güçlük Zammı, I Sayılı Cetvelin A-Genel İdare Hizmetleri Bölümünün I ve 15. sırası ile Dip Not 4/d sırasında sayılanlar, kalkınmada öncelikli yörelerde çalışanlar,

Bu BKK gereğince tesbit edilen puanların ücrete dönüşebilmesi için yine bu BKK'nın 2. maddesinin C bendi gereğince 1930 rakamı ile çarpılması gerekmektedir. Ancak bu rakam yıldan yıla değişmektedir. Nitekim Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün 15 Ekim 2001 tarihi maaş artışına ilişkin verdiği talimatta²⁵ 7485 olan yan ödeme katsayısının 7920'ye çıkarıldığını bildirmiştir. Buna göre en yüksek mali sorumluluk zammı $7920 \times 700 = 5.544.000$ TL olacaktır. Mali sorumluluk zammında durum böyle iken örneğin iş riski zammında en yüksek ödeme $7920 \times 1000 = 7.920.000$ TL olacaktır.

Diğer yandan I Sayılı Cetvele bakıldığında Genel İdare Hizmetleri Bölümünde gişe memuruna (Boğaziçi ve Fatih Sultan Mehmet Köprüleri ve Otoyollarda) ve Veznedar ve Tahsildara 700 puan mali sorumluluk zammı layık görülmüşken, Döner Sermaye Merkez Müdürü, Döner Sermaye İşletme Müdürü, Döner sermaye saymanı ve Fon Saymanına 400 puan, yine Ayniyat Saymanı, Muhasebeci, Döner Sermaye İşletmelerinde ve Fonlarda Sayman olarak görevlendirilenler 375 puana ve Ambar Memuru ve Depo Memuruna da 575 puan layık görülmüştür. Puanlardaki bu değişkenlik yine diğer hizmet bölümlerinde de görülmektedir.

Görüldüğü gibi kasa tazminatı/mali sorumluluk tazminatı ya da zammı günümüz koşullarında cüzi bir maddi kıymeti ifade etmektedir. Esasında kasa tazminatı geçen zaman içerisinde uğradığı değer kaybı onun verilmiş amacının da tahrif olmasına sebep olmuştur. Yukarıda ki (yan ödeme katsayısı x puan) formülü sonucu yapılan ödemenin ıslah edilip daha iyi rakamlara ulaştırılması gerekmektedir. Örneğin 2 Eylül 1954 tarihli 27 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğine bakıldığında kasa tazminatının azami sınırının, 3656 ve 3659 sayılı Kanunlarda kasa tazminatı olarak ayda ödenecek mebalığ, azami hizmetlinin bir aylık istihkakının % 25'i olarak tesbit edildiği görülmektedir²⁶. Daha sonra 111 Seri Nolu Tebliğ'de kasa tazminatları ile esas ücret arasında makul bir orandan bahsedilmektedir ki bu makul oran tanımlanmamaktadır. Kasa tazminatlarını tesbit etmede 1973 yılında farklı bir yöntem gidilmiştir. Nitekim 117 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği yine kasa tazminatının gelir vergisine tabi olmaması için makul bir orandan

Sağlık Hizmetleri Bölümünün Dip Not 2. sırasına göre ve H-Emniyet Genel Müdürlüğü Bölümünün Dip Not 2. sırasına göre ek Temininde Güçlüm Zammı alanlar hariç.

25 T.C. Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Sayı: B.07.0.BMK.0.21.01/, Konu: Özlük Hakları, 09.10.2001 * 23503.

26 Ki özel kuruluşların bu oranın üzerinde bir tazminat ödemesi, makul ve muhik bir sebebe dayanmadıkça kabulünün mümkün olmadığı da kayıt altına alınmıştır.

bahsederken özel kuruluşlar için vergiden müstesna tutulacak azami miktarını da Bütçe Kanunları ve Bakanlar Kurulu Kararlarına paralel olarak 400 TL tesbit etmiştir. Yine bu rakamı 120 Seri Nolu Tebliğ, 20 Mayıs 1975 yılında 600 TL olarak tesbit etmiştir. Bu rakam 1975 yılından itibaren dondurulmuş olup bir artırılmaya tabi olmamış hatta en son 21 Eylül 1979 yılında yayınlanan 124 Seri Nolu Tebliğ de bu rakamı tekrar etmiştir. Zaten 1980 yılında da tamamen vergilendirme kapsamına alınmıştır.

Bu profil bize kasa tazminatının ekonomik mahiyetinin geçen zaman içerisinde nasıl zayıfladığını göstermektedir. Örneğin 27 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde adı geçen 3656 sayılı "Devlet Memurları Aylıklarının Tevhid ve Teadülüne Dair Kanun"²⁷ "a göre ödenecek azami kasa tazminatı, kamuda görev yapan bir hizmetlinin bir aylık maaşının % 25'ine tekabül etmektedir ki bugünkü duruma göre kıyaslarsak ortalama bir hizmetli maaşı 300 milyon olarak kabul edilir ise bunun % 25'i 75 milyon olacaktır ve bu rakamda ödenmesi gereken azami kasa tazminatını vermektedir. Yine 117 Seri Nolu Tebliğ 1973 yılında kasa tazminatının azami tavanını 400 TL ve yine 120 Seri Nolu Tebliğ de 1975 yılında 600 TL olarak belirlemiştir. İstatistikî verilere göre 1975 yılında ortalama bir memura ödenen yıllık brüt maaş tutarı 70 400 TL'dir²⁸. Bunu aylık brüt maaş tutarı haline irca edersek yaklaşık 5866 TL rakamı bulunmaktadır. Bu brüt maaşın % 20'sini vergi ve diğer kesintilere gittiğini kabul edelim yaklaşık 4000 TL net maaş tutarı bulunacaktır. Bunu da örneğin 1975 yılında ödenen 600 TL kasa tazminatını ödenen yine 1975 yılında ödenen ortalama net memur maaşına oranlarsak (600/4000) % 15 gibi bir rakam bulunmaktadır. Bu da maaşın % 15'i demektir. Günümüzün kasa tazminatının ödeme rejimiyle ters düşmektedir.

Yine kasa tazminatı olarak rakamların bugünkü gerçek değerini bulmak için Amerikan Dolar'ından yararlanalım²⁹. İstatistiklere göre 1970 ve 1975 yılları arasında 1 ABD Doları 15 TL'ye tekabül etmektedir³⁰. Buna göre 1973 yılında dolar bazında ödenen kasa tazminatı (400/15) yaklaşık 27 ABD Doları etmektedir ki bugünkü değeri (27 ABD Doları x 1 500 000 TL) 40.5 milyon TL etmektedir. Yine aynı şekilde 1975 yılında ödenen 600 TL kasa

²⁷ Resmi Gazete: 8 Temmuz 1939, Sayı: 42531, 3.t. Düstur, c.20- s.657.

²⁸ Ekrem Pakdemirli, *Ekonomimizin 1923'den 1990'a Sayısal Görünümü*, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1991, s.101.

²⁹ Bu mukayesede sadece ABD Dolarının endeks olarak ele alınıp değerlendirilmesi tam gerçeği yansıtmasa da en azından bir fikir vermesi bakımından önemlidir. Şüphesiz kasa tazminatları ABD Doları bazında hesaplanırken geçen zaman içerisinde memurlara ödenen memur maaşlar da geride kalmıştır.

³⁰ Pakdemirli, s.128.

tazminatının aynı hesapla ABD Doları bazında bugünkü değeri 60 milyon TL etmektedir. Oysaki günümüzde ödenen en yüksek kasa tazminatı yaklaşık 6 milyon civarındadır. Bu durum geçen zaman içinde kasa tazminatının ne denli hedefinden ve ekonomik mahiyetinden uzaklaştığını göstermektedir.

IV. KASA TAZMİNATININ TÜRK VERGİ HUKUKUNDAKİ KONUMU

A. TÜRK VERGİ SİSTEMİNDEKİ SEYRİ

Cumhuriyet döneminin en büyük vergi reformu olarak kabul edilen³¹ ve 1950 yılında yürürlüğe konulan Gelir Vergisi Kanunu (Kurumlar Vergisi Kanunu, Vergi Usul Kanunu ve Esnaf Vergisi Kanunu³²) ile ücretlerin de vergilendirilmesine geçilmiş olup bu dönem içerisinde ödenen kasa tazminatlarının da ücret olarak değerlendirilip zaman zaman vergilendirilmesine gidilmiştir. Ancak kasa tazminatlarının ücret olarak değerlendirilip vergilendirilmesine gidilmesini, Danıştay o dönem vermiş olduğu bütün kararlarında karşı çıkmıştır.

Nitekim Maliye Bakanlığı yayınladığı Seri No:18 Tebliği³³ ile kasa tazminatlarının, gelir vergisi mevzuuna alınmayacaklarını duyurmuştu. Bu

³¹ Halil Nadaroğlu, "Türkiye'deki Vergi Reformlarının Genel Bir Değerlendirmesi", Vergi Reformları-Tax Reforms, Vergi Reformları Kongresi Tebliğ ve Yorumları, 21-23 Ocak 1981, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Ekonomi Fakültesi Kamu Maliyesi Enstitüsü Yayın No:3, İstanbul, 1981, s.137.

³² Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten bir kaç yıl sonra yürürlükten kaldırılmıştır.

³³ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:18, Tarih:27.2.1953.

Bilindiği üzere, kanunlarına müsteniden veznedarlara ve kıymetli evrak muhafızlarına verilmekte olan kasa tazminatları, bu memurların vazifelerinin, diğer memurlara nazaran daha ağır olması gözönünde tutularak yapılan bir ödeme mahiyetinde telakki edildiği cihetle, gelir vergisi tatbikatında, ücretler misillü vergiye tabi tutula gelmektedir.

Bu konuda tahaddüs eden ihtilaflar dolayısıyla gerek mali kaza mercilerinin ve gerekse Şurayı Devletçe verilen kararlarda, mevzu bahis tazminatların hizmet karşılığı olarak değil, alakalıların muhtemel kasa açıklarını karşılamak maksadiyle ödendiği ve bu sebeple, 5421 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 2 nci maddesinde musarrah gelir gelir unsuları muvacehesinde vergi mevzuu haricinde kalması gerektiği mucip sebebine dayanılarak, müesses muamelenin iptaline karar verilmiş ve bu husustaki kararlar müstakar birhal almış bulunmaktadır.

Bu itibarla, idari kaza mercilerinin içtihadına uyularak bundan böyle, kanunlarına müsteniden verilen kasa tazminatlarının vergi mevzuuna alınmaması uygun görülmüştür.

Tebliğ kamu kurumlarının sorunlarını çözmekle birlikte özel hukuka tabi kurumların sorunlarının çözümüne cevap verebilecek tabiatte değildi. Bu yüzden Maliye Bakanlığı yayınladığı Seri No:27 Tebliği³⁴ ile özel hukuka tabi kurumlarda ödenen kasa tazminatlarını da vergilendirme kapsamı dışına almıştır. Ancak bunu, yapılan ödemenin gelir vergisinden muaf olabilmesi için mücerret kasa tazminatı namı ile adlandırılması kafi olmayıp, muhtemel kasa açığını karşılamaya matuf bulunmasının zaruri olması ve tazminat namı altında yapılan ödemenin, bu vasfını belirtecek hacim ve nisbette olması lüzumu şartlarına tabi tutmuştu.

Daha sonra Maliye Bakanlığı bir dönem için tutum değişikliğine giderek yayınladığı Seri No:105 Tebliği³⁵ IV. maddesi ile kasa tazminatlarının gelir vergisi karşısındaki durumu tekrar ele alınmış ve buna göre kasa tazminatı olarak kendine ödeme yapılanlar tarafından herhangi bir kayba sebebiyet verildiği ahvalde, uğranılan kayıp miktarı kadarki meblağın tanzim olayının vukuundan sonraki ödenen kasa tazminatlarından düşülmek suretiyle vergi dışı bırakılmasının mümkün olacağı bildirilmişti. Ancak çok geçmeden Maliye Bakanlığı yayınladığı Seri No:111 Tebliğ³⁶ ile 105 Seri Nolu Tebliğin IV. maddesinin hükmünü kaldırmış ve onun yerine "...Anılan kararlar gözönünde tutularak, nakte veya ayn'a vazüyed olup, verecekleri açıklardan şahsen sorumlu tutulan ve yukarıda sayılmış bulunan kimselere, bağlı oldukları kuruluşun ve yaptıkları hizmetlerin önem ve genişliği ile orantılı ve asıl ücretlerin makul bir nisbetinde bulunmak kayıt ve şartıyla, ödenen *kasa tazminatının*, Gelir Vergisine tabi tutulmaması uygun bulunmuş ve..." hükmünü getirerek kasa tazminatlarının vergilendirilmemesi için bir ölçüt getirmiştir. Ki bu ölçütler; *a) Bağlı oldukları kuruluşun ve yaptıkları hizmetlerin önem ve genişliği ile orantılı, b) Asıl ücretlerin makul bir nisbetinde bulunması* olarak tebarüz etmektedir ("Asıl ücretlerin makul bir nisbetinde bulunması" ölçütü bize daha önce yayınlanan 27 Seri Nolu Tebliğin 2. maddesini çağrıştırmaktadır. Zira bu madde hükmü de böyle bir ölçüt getirmiş

Gereğince işlem yapılması ve mali kaza mercilerine intikal etmiş olup da henüz karara bağlanmamış bulunan ihtilaflar hakkında da bu tebliğimiz dairesinde muamele ifası rica olunur.

³⁴ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:27, Tarih:02.09.1954.

³⁵ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:105, Tarih: 14.07.1972.

³⁶ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:111, Tarih: 08.03.1973.

idi³⁷). Seri No:111 Tebliğe ek olarak çıkarılan 117 Seri Nolu Tebliğ³⁸, 8 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin üçüncü fıkrasının “iş güçlüğü ve iş riski zammı”nı da kasa tazminatı olarak kabul edilmesini düzenleyen hükmünü mesnet göstererek bunları da kasa tazminatı olarak kabul etmişti. Esasında bu *iş güçlüğü ve iş riski zammı*, kavram ve mahiyet olarak kasa tazminatlarından farklılık arz etmekteydi ve bir kavram kargaşası yaratmış ve diğer yandan da bu gelişme kasa tazminatlarının kapsamını oldukça genişletmiş olmaktadır. Zira iş güçlüğü ve iş riski zamlarının herhangi muhtemel mali bir kayıp için ve bu kaybın yerine bizzat o kişi tarafından yerine getirilmesi için verilmediği bilakis yapılan işin güçlüğüne ve riskine binaen verilen o kişinin yoğun emeğini ve bilgisini karşılayan bir yan ödeme olarak telakki edilmesi gerektiği ortadadır. Yine 111 ve 117 Seri Nolu Tebliğlere ek olarak çıkarılan 120 Seri Nolu Tebliğ³⁹ ile de kasa ya da mali sorumluluk tazminatı, iş iski ve iş güçlüğü zamlarının tavanı belirlenmiş ve 1975 yılı Bütçe Kanununa öylece geçirilmiştir.

Görüldüğü gibi kasa tazminatı 1950 ile 1980 yılları arasında kanun koyucu tarafından vergilendirme kapsamına alınmamış ve gerek Danıştay kararları ve gerekse Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan sözkonusu tebliğlerle de bu yaklaşım takip edilmişti. Yine bu dönemde kasa kazminatı, iş güçlüğü ve iş riski zammı gibi kendi kavramsal yapısına uymayan yan ödemelerle de beraber anılarak boyutu genişletilmiştir.

Kasa tazminatı Türk Vergi Sisteminde ilk kez 27.12.1980 yılında çıkan ve 01.01.1981 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 2361 sayılı Kanun ile ver-

³⁷ Seri No: 27 Genel Tebliği, Madde 2- Tazminat namı altında yapılan ödemenin, bu vasfını belirtecek hacim ve nisbette olması lazım gelir. Bilfarz, aylık ücreti 300 lira olan bir veznedara ayda 150 lira kasa tazminatı verilmesi bahis konusu olamaz. Zira, bu miktarda bir tazminat kasa hareketlerinin fevkaledi fazlalığını ifade ede ki, 300 lira gibi cüz'i bir aylık ücretle böyle bir işin deruhte edilemeyeceği, kasa tazminatı adı altında yapılan ödemenin büyük kısmının da hakikatte hizmet mukabili olduğu izahtan varestedir. 3656 ve 3659 sayılı Kanunlarda kasa tazminatı olarak ayda ödenecek mebalig, azami hizmetlinin bir aylık istihkakının % 25'idir. Hususu müesseselerin bu nisbetin fevkinde bir tazminat ödemesi, makul ve muhik bir sebebe dayanmadıkça tervici mümkün değildir. Bu sebeplerdir ki, kasa tazminatı namı ile yapılan ödemelerin gelir vergisinden istisnası için, mezkur ödemelerin tediyeyi yapan müessesenin ehemmiyet ve genişliği ile mütenasip ve ücretin makul bir nisbetinde olması, bu hadleri aşan miktarın gelir vergisi ile teklifi cihe-tine gidilmesi icab eder.

³⁸ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:117, Tarih: 12.11.1973.

³⁹ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Gelir Vergisi Genel Tebliği Seri No:120, Tarih: 20.05.1975.

gilendirme kapsamına alınmış ve bu Kanun'un 43. maddesinin getirdiği düzenleme ile GVK'nun ücretleri düzenleyen 61. maddesinin ikinci paragrafına ücrete ilave edilmesi gereken birer yan ödeme olarak kabul edilip yerleştirilmiştir.

Söz konusu GVK, 61. maddenin ikinci paragrafı şöyledir: "Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali Sorumluluk Tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez".

Bu Kanun değişikliğine ilişkin çıkarılan 128 Seri Nolu Tebliğ (m.V/b), kasa tazminatlarının (mali sorumluluk tazminatları dahil) sözkonusu yasa değişikliğinden dolayı artık ücret sayıldığı ve bu kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.1981 tarihinden itibaren hizmet erbabına ödenen kasa tazminatları ile kasa tazminatı sayılan diğer ödemelerin vergiye tabi tutulacağını beyan etmiştir.

Yine 1982 yılında Maliye Bakanlığı tarafından verilen bir muktezada⁴⁰ da 2361 sayılı Kanun gereği kasa ve mali sorumluluk tazminatlarının her hal ve takdirde ücret sayıldığı beyan edilmiştir.

B. DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA KASA TAZMİNATI

Kasa tazminatı, 2361 sayılı Kanun ile 1980 yılında ücretin birer unsuru sayılıp vergileme kapsamı içerisine alınana kadar gelen dönem içerisindeki 1950 ile 1980 yılları arasına tekabül ediyor- Danıştay kararları tarafından ücretin birer unsuru sayılmayıp vergilendirme kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kararlar aşağıda verilmektedir.

-Özeti: Kasa tazminatları maaşa zam bir istihkak mahiyetinde olmadığından vergiye tabi değildir. Vergiler Temyiz Komisyonu kararında da belirtildiği veçhile hizmet erbabına tediye edilen meblağın mükellefiyet dışı bırakılması için, bu tediyeinin ya vergi mevzuuna girmemesi veyahutta istisnalar arasında sarih olarak gösterilmiş bulunması lazımgeleceğinden şüphe edilemez. Ancak kasa tazminatı 3659 sayılı Kanunun 4641 sayılı Kanunla muadil 13. maddesiyle tediyesi kabul edilen meblağın haddizatında ifa edilen bir hizmetin mukabili olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mezkur meblağ para ve kıymetlerin muhafızlığını yapan memura maruz kalmaları muhtemel zararların karşılığı olarak ödenmekte, ayrıca bu tazminat nisbetinin maaşa

⁴⁰ Maliye Bakanlığı Muktezası, Tarih:02.09.1982, Sayı:115-5815 (Kızılot, Gelir Vergisi Kanunu ve Uygulaması, s.1237).

göre ayarlanması halinde vaki olan işbu ödemeyi maaşa zam bir istihkak vasfını da vermeye müsait bulunmamaktadır. Bu sebeplere binaen davacıya vaki bu tediyelerden mülga vergilerin tevkifinde isabet bulunmadığından davanın kabulüne karar verildi⁴¹.

-Özeti: Her türlü kasa tazminatları gelir vergisinden müstesnadır. Gerek Devletçe kanunlarına müsteniden ve gerekse hususi müesseselerce statüleri mucibince verilen kasa tazminatları arasında bir tefrik yapılmasını muhik kılacak bir sebep bulunmaması hasebiyle her türlü kasa tazminatının vergiden istisna edilmesi icab eder⁴².

-Özeti: Kasa tazminatları hizmet karşılığı olmadığı için vergiden muafıdır⁴³. Tediye edilen kasa tazminatı 5421 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ikinci maddesinde musarrah gelir unsurlarını ihtiva etmediği bu sebeple de vergi mevzuuna dahil bulunmadığı ve muhtemel kasa açıklarını kaşılamak üzere verilen bu paraların hizmet karşılığı olarak tediye edilmemeleri sebebiyle ve ücret addedilmesine hukuken imkan olmadığı ve vergi mevzuuna dahil olmayan tazminatların istisna hükümlerinde ayıca belirtilmesi düşünülmeyeceği esbabı mucibesiyile terkinin doğrudur.

-Özeti: Kasa tazminatının vergiden istisna edilebilmesi için memur veya hizmetlinin kasa açığına maruz bulunması, ödemenin bu açığın karşılanması için önceden bir statü ile düzenlenmiş bulunması gerekir⁴⁴.

-Özeti: Fiilen para ve kıymet muhafızlığı yapmayanlar kasa ve depo açığına maruz kalmayacaklarından, bunlara kasa tazminatı adı altında yapılan ödemeler ek bir ücret ödemesi niteliğindedir⁴⁵.

41 Danıştay 4.Daire Kararı, T.31.01.1952, E.51/3922, K.52/293, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikati**, Sermet Matbaası, 1959, İstanbul, s.25.).

42 Danıştay 4.Daire Kararı, T.18.03.1955, E.54/3074, K.52/293, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikati**, Sermet Matbaası, 1959, İstanbul, s.25); Yücel Atıl Esentürköğlu, **Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları**, Özyayın Matbaası, İstanbul, 1967, s.8).

43 Danıştay 4. Daire Kararı, T.25.10.1958, E.56/1580, K.58/2888, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikati**, Sermet Matbaası, 1959, İstanbul, s.24).

44 Danıştay 4. Daire Kararı, T.30.12.1970, E.70/6613, K.70/8327, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikati**, C.II, 4.Bası, İstanbul, 1976 s.883).

45 Danıştay 4.Daire Kararı, T.30.12.1970, E.1970/6613, K.1970/8327, (**Danıştay 4. Daire Kararları**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1972, s.59; H.Fevzi Karagözoğlu, **Gelir Vergisi Kanunu ve Uygulaması**, Ünal Matbaası, Ankara, s.466).

-Özeti: Muhafazasına tevdi edilmiş ambarın açıklarından şahsen sorumlu olan hastane saymanına ödenen kasa tazminatı, risk karşılığı olduğundan vergiye tabi tutulamaz⁴⁶

C. KASA TAZMİNATININ ÜCRET BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel anlamıyla ücret (wages), bedensel emek hizmetlerinden yararlanma karşılığı yapılan ödemeler olarak bilinmektedir. İktisadi kavram olarak ücret ise, bir üretim etkeni olarak emeğin müteşebbise arzedilmesinin karşılığıdır⁴⁷. Bunun yanısıra zihinsel emek harcayarak masa başında çalışan personele ödenen gelire ise umumiyetle maaş (salary) denilmektedir. Fakat bu iki terim günümüzde “ücretler ve maaşlar” şeklinde birlikte kullanılarak aralarındaki fark giderilmektedir⁴⁸.

Ücret hakkında genel bir düzenleme Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin verdiği tanıtımda yer almaktadır. BK'na göre “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki, onunla işçi muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.” (BK, m.313/1). BK'nun 353. maddesi serbest hizmetlerde de hizmet akdi hükümlerinin uygulanacağını tesbit etmiştir⁴⁹.

İş Kanununa göre “genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağı kapsar” denilmektedir (m.26).

Yukarıdaki tanımlardan farklı olarak GVK ücreti kendine özgü bir şekilde tanımlamıştır. GVK'nun 61. maddesine göre ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Görüldüğü gibi GVK, yalnız özel hukuktan doğan ücretleri değil, aynı zamanda kamu hukukundan doğan ve kamu hizmetlilerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yapıl-

⁴⁶ Danıştay 4. Daire Kararı, E.1977/815, K.1977/1769, Danıştay Dergisi, Yıl:8, Sayı:28-29, 1978, s.297.

⁴⁷ Kenan Bulutoğlu, **Türk Vergi Sistemi**, Değişik 5. Basılış, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s.130; Şerafettin Aksoy, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.209.

⁴⁸ Seyidoğlu, s.925.

⁴⁹ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.290-291; Akif Erginay, **Vergi Hukuku**, 9.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s.168.

ması karşılığında memurlara ödenen maaş ve benzeri ödemeleri de ücret saymaktadır⁵⁰.

Yine bu madde hükmüne göre ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi GVK'nun 61. maddesi kasa tazminatını ücrete ilave edilmesi gereken bir gelir olarak kabul etmektedir.

Kasa tazminatı olarak ödenen miktarın ücrete ilave edilmesi gereken bir gelir olup olmadığını tam manasıyla kestirebilmemiz için öncelikle ücretin hasıl olma şartlarına bakmamız gerekmektedir.

Ücreti tarif eden GVK'nun 61. maddesine göre bir ücretin gelir olabilmesi için; a) bir hizmet karşılığı verilmesi, b) işgörene verilmesi, c) işgörenin belli bir işyerine bağlı olarak çalışması ve d) bir işverene tabi olması lazımdır, e)Ödeme, para, ayın veya para ile temsil edilebilen menfaatler şeklinde olmalıdır⁵¹ ve son olarak ta (KIZILOT'un da belirttiği gibi) f) mali ve ekonomik bir riskin bulunmamasıdır⁵².

Kasa tazminatı, ücretin unsurları bakımından değerlendirildiğinde iki unsur ile barışık durum arz etmemektedir. Bunlardan ilki, kasa tazminatının bir hizmet karşılığı verilmemesi diğeri ise kasa tazminatında mali ve ekonomik bir riskin bulunmasıdır. Bu unsurların her ikisi de vergi hukukunda gelirin vergilendirilebilmesi için lazım olan "elde etme" müessesesini engeller

⁵⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, *Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj)*, Ankara, 1975, s.28.

⁵¹ Sadık Arda, *Gelir Vergisi Kanunu ve İzahları*, Ankara, 1949, s.198; Recep Turgay, *Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikatı*, C.II, ss.866-868; H.Fezvi Karagözoğlu, *Gelir Vergisi Kanunu ve Uygulaması*, Ünal Matbaası, Ankara, ss. 460-461; Özbalcı, ss.562-563; Aksoy, ss.210-211; Kızılot, C.II, s.1192; Öncel/Kumrulu/Çağan, ss.290-292; Doğan Şenyüz, *Türk Vergi Sistemi*, 2.Baskı, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa, 1996, ss.144-145; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, 3.Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2001, s.155.

⁵² Kızılot, C.II, s.1196. (Kızılot, bu unsuru şöyle dile getirmektedir: "Ücret unsurlarından biri de, hizmet erbabının mali ve ekonomik bir riske maruz bulunmamasıdır. Hizmet erbabının çalıştığı firma zarar dahi etse, ücretlinin hizmetinin karşılığı yine önceden belirlenmiş esaslara göre değerlendirilir. Başka bir anlatımla, ücretli işletmenin karı ya da zararı ne olursa olsun, her hafta ya da her ay, önceden belirlenmiş ücretini almaya hak kazanır. Kaldı ki, mali ve ekonomik riskin bulunduğu durumlarda, hizmet ilişkisinin varlığından söz edilemez..")

niteliktedir. Yani vergi hukukunda “gelirin elde edilmesi” müessesesinin kasa tazminatı ödeneklerinde vücut bulmamasıdır.

4369 sayılı Kanun ile değiştirilen GVK'nun 1. maddesine göre “Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği, tasarruf veya harcamasına kaynak teşkil eden her türlü kazanç ve iratların safi tutarıdır⁵¹.” demek suretiyle, vergide vergiyi doğuran olay unsurunu “elde etme⁵²” kavramına bağlanmış bulunmaktadır⁵³. Bunun dışında GVK'nun 39. maddesinin ikinci fıkrasında ise “Elde edilen hasılat, tahsil olunan paralarla tahakkuk eden alacakları ifade eder.” demek suretiyle *elde etme* dolaylı şekilde tanımlanmış bulunmaktadır. Esasında bu tanım tüm gelir unsurlarını kapsamaktan uzak olmakla beraber gelir bakımından önemli olan *tahakkuk* ve *tahsil* için ipuçları vermektedir⁵⁴. Nitekim bir Danıştay kararına göre de “Ücretlerin vergilendirilmesinde elde etmenin gerçekleşmesi gerekir⁵⁵.” denilmektedir⁵⁶.

Bilindiği gibi Vergi Hukukunda bir gelirin vergilendirilebilmesi için söz konusu gelirin en azından tahakkuk etmesi ve yine o gelir üzerinde hukuken,

51 GVK'nun 1. maddesinin 4369 sayılı Kanun ile değişmeden önceki tarifi: "Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır."

52 *Elde Etme* kavramı, GVK'nun 1. maddesi dışında, 70, 75, 82, 84, 85, 101 ve 102. maddelerinde de geçmektedir.

53 Öncel/Kumrulu/Çağan, s.250.

54 Öncel/Kumrulu/Çağan, s.251.

55 Danıştay 4.Dairesi, T.13.12.1972, E.70/2966, K.72/7422.

"193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61/3 üncü maddesinde, milletvekillerine, il genel meclisi ve belediye üyelerine, kurumların idare meclisi başkan ve üyelerine, denetçilerine, tasfiye memurlarına ve bunlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ve aylık, ödenek, tahsisat, aidat, huzur hakkı, ücret ikramiye, prim, temettü hissesi gibi muhtelif adlarla yapılan ödemelerin bu Kanun'un uygulanmasında ücret sayılacağı açıklanmıştır. Bu madde hükmü ile 193 sayılı Kanun'un 94/2 nci maddesi hükmü birlikte mütalaa edildiği takdirde ücretlerin vergilendirilmesinde tahakkuk esasının değil ödeme (menfaat ise sağlama, nakit ise ödeme) esasının kabul edildiği görülmektedir. Yani ücretlerin vergilendirilmesinde fiilen elde etmenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Davacı vekili tarafından noterden tasdikli bir sureti dava dilekçesine eklenmiş bulunan 22.12.1966 tarih ve 12 numaralı Ortaklar Kurulu Kararında ortaklardan'in şirket işlerinde sepkeden mesaisi nazara alınarak 1966 yılı takvim satışları ve fason ücretleri yekunu üzere kendisine yüzde bir prim verilmesine ve hesaplanacak pimin tediye zaman ve şeklinin bilahare teemmülüne ittifakla karar verildiği ve böylece fiilen ödeme yapılmadığı gibi ücret üzerinden bir vergi de kesilmediği görüldüğünden elde edilmeyen primin'in ölüm tarihinden itibaren 4 ay içerisinde muris adına verilerek beyannameye ithali gerekmekte olup aksine verilen komisyon kararında isabet görülmemiştir....."

56 Karagözoğlu, ss.463-464.

iktisaden ve fiilen tasarruf edilmesine uygun hale gelmesi gerekmektedir⁵⁷. Bu ölçütlerin gerçekleşmiş olması en azından tahakkuk edip hukuken tasarruf edilebilir hale gelmesi “elde etme” müessesesinin tekemmül ettiğine dair karine sayılmaktadır⁵⁸. Ancak KANETİ ve ÖZBALCI'nın da belirttiği gibi, hukuki tasarrufun gerçekleşmesine rağmen ekonomik tasarruf gerçekleşmiyorsa, buna mani olan sebeplerin mükellef tarafından isbat edilmesi gerekir ve bunların isbatlanması halinde gelirin elde edilmemiş olduğu ileri sürülebilir⁵⁹.

Şimdi kasa tazminatını ücretin asli kurucu unsuru olan “bir hizmet karşılığı olma” unsuru bakımından inceleyelim. Gelirin ücret olarak vergilendirilebilmesi için bir hizmet karşılığı olması gerekmektedir. Kasa tazminatına baktığımızda ise kasa tazminatı herhangi bir hizmetin karşılığı olarak ödenmemektedir. Yani kasa tazminatı olarak ödenen miktarın karşılığında veznedar ya da ambar sorumlusu daha fazla mesai ya da hizmet yapmamaktadır. Bilakis işin doğasından kaynaklanan kasanın açık verme riskinin bir karşılığı olarak ödenmektedir. Nitekim Danıştay 1952 yılında verdiği bir kararda, kasa tazminatının bir hizmet mukabili verilmediği, ilgili ve sorumlu memurların maruz kaldığı açıkların kapatılmasına yönelik ödendiği ve kasa tazminatının maaşa orantılı olarak ta ödendiği için maaşa zam olarak ta değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır⁶⁰. Kanaatimce her ne kadar GVK'nun 61. maddesi kasa tazminatını vergi kapsamına almış olsa da Danıştay'ın vermiş olduğu bu kararın doğruluğu bugün de geçerli olup, kasa tazminatının bir hizmet karşılığı olmadığı ve sırf bu yüzden vergilendirme kapsamından çıkarılması gerekmektedir.

Şimdi de kasa tazminatını, yine ücretin kurucu unsurlarından olan “mali ve ekonomik bir riskin bulunmaması” unsuru bakımından ele alalım. Kasa tazminatlarının verilmiş gerekçesinin “kasa ve benzeri ayn sorumlularının ay sonlarında ya da hesap dönemi sonlarında meydana gelen kasa açıklarını karşılamak” olduğunu burada bir kez daha hatırlayalım. Burada, kasada ya da ambarda meydana gelen açıkların ilgili kişi tarafından ve kendi cebinden karşılanmayacağı, devletçe ödenen kasa tazminatı gibi bir ödenekle karşıla-

⁵⁷ Özbalcı, s.576.

⁵⁸ Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.318; Özbalcı, s.577.

⁵⁹ Kaneti, s.318; Özbalcı, s.577.

⁶⁰ Danıştay 4. Dairesi Kararı, T.31.12.1952, E.51/3922, K.52/293, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikati**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1959, s.25).

nacağı ilke olarak belirlenmiştir ki aynı zamanda bu önceden belirlenmiş bir statüdür. Nitekim Danıştay da bir kararında “Kasa tazminatının vergiden istisna edilebilmesi için memur veya hizmetlinin kasa açığına maruz bulunması, ödemenin bu açığın karşılanması için önceden bir statü ile düzenlenmiş bulunması gerekmektedir⁶¹.” denilmektedir. Kasanın ya da ambarın açık verme riski esasında kendine bir ödenek kalemi doğurmaktadır. Söz konusu kasa tazminatı bu açığı karşılamaya hitaben ilgili kişiye verilmektedir. İlgili kişiye verilmesi onun kayden ve hukuken tasarruf ettiğini gösterse de mutlak olarak yüzde yüz ona ekonomik olarak tasarruf etme hakkını bahşetmemektedir. Zira kasanın ya da ambarın açık vermesi ihtimali bir risk unsuru olarak her zaman varolmakta ve onun ekonomik olarak tasarruf edilmesine engel olmaktadır. Nitekim bir Danıştay kararında söz konusu risk unsuru öne çıkarılmaktadır. Söz konusu Danıştay kararına göre “Muhafazasına tevdi edilmiş ambarın açıklarından şahsen sorumlu olan hastane saymanına ödenen kasa tazminatı, risk karşılığı olduğundan vergiye tabi tutulamaz⁶².” Dolayısıyla kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatı olarak ödenen miktarların ilgili sorumlululara şartlı olarak verildiğinden ve bir riske karşılık verildiğinden kanaatimce *elde etme* tam tekemmül etmiş bulunmamaktadır. Zira kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatı bizzatı bünyesinde *mali ve ekonomik* bir riski bulundurmaktadır. Bu sebeplerden dolayı kasa ve mali sorumluluk tazminatlarının ücrete dahil edilmemesi gerekmektedir.

Peki diğer yandan farzedelim ki ilgili kasa memuru ya da ambar memuru hesaplarında hiç bir açığa meydan vermemektedir. Bu durumda ödenen kasa tazminatı ilgili sorumlunun tasarruf edebileceği veya kullanabileceği geliri oluşturmamakta mıdır? Esasında oluşturmaktadır ve ücretin tarifine de girmektedir. Ancak kasa ya da mali sorumluluk tazminatının hukuksal ve kurumsal yapısında bir riskin giderilmesi gaye edinilmektedir ve önceden belirlenmiş bir statü bulunmaktadır. Diğer yandan yukarıda da değindiğimiz gibi kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatı bir hizmet karşılığında verilmediğinden zaten ücretin bu kurucu unsurunu bünyesinde barındırmamaktadır. Dolayısıyla kasa tazminatı olarak ödenen miktarın riskin peydah olmaması halinde ilgili kişinin yanına gelir olarak kalacağı ve ekonomik olarak ta tasarruf edebilir hale geleceğini ileri sürmemize ücretin kurucu unsuru olan “bir hizmet karşılığı olması” ilkesi engel olmaktadır. Kanaatimce bu sebepten dolayı da kasa tazminatını ücretin bir cüz’ü olarak addetmemeliyiz.

61 Danıştay 4.Dairesi Kararı, T.25.10.1970, E.70/6613, K.70/8327, (Recep Turgay, **Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikatı**, C.II, 4.Bası, İstanbul, 1976, s.883).

62 Danıştay 4. Dairesi Kararı, E.1977/815, K.1977/1769, Danıştay Dergisi, Yıl:8, Sayı:28-29, 1978, s.297.

SONUÇ

Kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatı, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan veznedar, ayniyat saymanı, ambar memuru vs. gibi memurların hesap dönemi sonlarında maruz kalacağı ve kaldığı açıkların giderilmesine yönelik önceden oluşturulmuş bir statüko gereği ilgili memurlara ücret ya da maaşlarla birlikte ödenen miktarlardır. Kasa tazminatları 1980 yılına kadar vergilendirme kapsamı dışında tutulmaktayken, 1980 yılında çıkarılan 2361 sayılı Kanun ile GVK'nun 61. maddesinde düzenlenerek vergilendirme kapsamına alınmıştır.

Kasa tazminatı, daha önce vergi hukuku müktesebatında, yani kanunda, tebliğlerde ve Danıştay kararlarında vergilendirme dışı tutulurken daha hukuki dayanaklara bağlıydı. Nitekim yukarıda da bahsedildiği gibi kasa tazminatının vergiye muhatab olması bir hukuki garabet olarak ortada kalmasına izin vermekte ve herşeyden evvel vergi idaresi kazanılmamış kazancı ve riski vergilendirmektedir. Zaten kasa tazminatları vergi hukukunun temel kurumlarından olan "elde etme" müessesesini de kendinde bulundurmamaktadır. Bu yüzden kasa tazminatını gelir olarak değerlendirip onu vergilendirme kapsamında bulundurmanın yanlış olduğunu düşünmekteyiz.

Diğer yandan GVK'nun 61. maddesinin ikinci paragrafı "tazminat"ları da ücrete dahil edilmesi gereken değerler olarak kabul etmektedir. Ancak bu söz konusu tazminatlar⁶³ Devlet Memurları Kanunu'na göre damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi değildir demek suretiyle gelir vergisinden başışık tutulmuşlardır (Ek Madde-III-Ortak Hükümler). Oysa böyle bir başışıklıktan kasa tazminatının da yararlanması gerekirdi. Ancak ne varki GVK'da kasa tazminatı ya da mali sorumluluk tazminatı olarak geçen bu statü DMK'da mali sorumluluk zammı olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak yapısı gereği ücretin unsurlarına denk düşmeyen kasa tazminatının yasal bir düzenlemeyle vergilendirme kapsamından çıkarılması gerekmektedir. Diğer yandan çok düşük olan kasa tazminatının günün şartlarına uygun olarak daha üst rakamlara çekilmesi gerekmektedir.

⁶³ DMK; Ek Madde-II-Tazminatlar: Özel hizmet tazminatı, Eğitim-öğretim tazminatı, Din hizmetleri tazminatı, Emniyet hizmetleri tazminatı, Mülki idare Amirliği özel hizmet tazminatı, Denetim tazminatı.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN “YUSUF ÇELEBİ c. TURQUIE” KARARI VE KISA BİR DEĞERLENDİRME*

*Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN***

YARGILAMA EVRELERİ

1. Davanın temelini, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yöneltilen, yine bu devletin vatandaşı olan Yusuf Çelebi'nin (“Davacı”) bir dilekçesi oluşturmaktadır. 15 Ağustos 1991 de, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Sözleşmesi'nin (“Sözleşme”) eski 25.maddesi gereğince, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na (“Komisyon”) intikal ettiriliyor.

2. Davacı, Ankara Barosu Avukatlarından Kazım BERZEG tarafından, Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise görevlendirdiği ajan tarafından temsil ediliyor.

3. Davacı, Sözleşmenin 1 Nolu Protokolünün 1. maddesi uyarınca, Davalı İdarenin kusurundan kaynaklanan zararların tazmini yönünde bir karar talep etmektedir.

4. Dilekçe, sözleşmenin 11 Nolu protokolünün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Kasım 1998 de Mahkeme'ye intikal ettirilmiştir. (11 Nolu Protokol, md.5/2).

5. Dilekçe, mahkemenin 1. Bölümüne verildi (Tüz. md.52/1). Tüzüğün 26/1. maddesine uygun olarak bu bölüm içinden davayı inceleyecek daire oluşturuldu (Söz. md.27/1). Rıza TÜRME'N'in davadan çekilmesi üzerine, Türkiye'yi temsil etmesi için (md.28) Hükümet, *ad hoc yargıç* sıfatıyla dairede yer alabilmesi için Feyyaz GÖLCÜKLÜ'yü seçti.

6. 15 Şubat 2000 tarihli kararıyla Daire, dilekçenin kabul edilebilirliğine hükmetti (Söz. md.27/2, Tüz. md.29/1).

7. Hem Davacı, hem de Hükümet davanın esası hakkındaki yazılı sa-

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18 Eylül 2001 tarihli “*Afaaire Yusuf Çelebi c. Turquie (no:2)*” isimli bu kararı, <http://www.echr.coe.int> adresinde Fransızca olarak yayınlanan metinden alınmıştır.

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

vunmalarını sundular (Tüz. md.59/1).

8. Davacının temsilcisi, aynı davacının farklı dilekçelerinin birleştirilmesini Mahkemeden talep etti. Mahkeme her dilekçenin farklı karakterdeki hukuki problemleri ortaya koyduğunu dikkate alarak bu istemi reddetti.

OLAY

I. DAVANIN AYRINTILARI

9. Davacı, Türk uyruklu, olay sırasında Samsun-Vezirköprü Saraycık köyünde oturmakta ve tarımla uğraşmaktadır.

10. 1987 Mayısında baraj yapımı görevini üstlenen DSİ (Devlet Su İşleri), Kızılırmak yatağında Altınkaya Barajının yapımı için davacının arazilerini kamulaştırmaya başlar. Çeltik (Pirinç) tarımı yapılan bu araziler baraj gölünün suları altında kalmıştır.

11. Uzmanlardan oluşan bir komisyon tarafından tespit edilen kamulaştırma bedeli, kamulaştırma tarihinde davacıya ödenir.

12. Davacı Mayıs 1987 de DSİ'nin ödediği toplam bedele itiraz ederek, Vezirköprü Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel artırımı davası açar.

13. Yargılama sürecinde mahkeme, kamulaştıran idarenin belirlediği tutarın doğruluğunu belirlemek için uzmanlardan oluşan iki kişi görevlendirir.

14. Adı geçen mahkeme, kamulaştırma bedelinin artırılmasına ve arazinin DSİ'ye teslimi tarihinden itibaren yıllık %30 basit gecikme faizi ile birlikte kamulaştırma bedeline ek bir tazminatın davacıya ödenmesine karar verir.

15. Davalı idare (DSİ), ek tazminata hükmeden Asliye Hukuk Mahkemesi kararına karşı Yargıtay'a başvurur. Davacı Yargıtay'dan, Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının onanmasını ve tespit ettiği toplam bedelin kabul edilmesini talep eder.

Yargıtay Mart ve Haziran 1990 da söz konusu kararları onar. Bununla birlikte idare Ocak 1991 ve Ocak 1992 ye kadar bu tazminatı ödemiyor. (Davacının iddiası, bu ek tazminatın ancak 19275/92 sayılı dilekçesi üzerine Ocak 1992 de ödenmesi şeklindeki ulusal sürece ilişkindir).

16. DSİ, bu ek tazminatı, ödeme tarihine kadar yıllık %30 basit faiz şeklinde artırarak davacıya ödemiştir. Oysa bu sürede Türkiye'de enflasyon yıllık %67 ye ulaşmıştır.

17. Davacıya ödenen kamulaştırma bedeli, ödeme tarihinde mahkemenin tamamlayıcı tazminata hükmettiği tarihten itibaren %30 artırılarak elde edi-

len miktardır.

Tamamlayıcı tazminatın gerçek değeri, aşağıdaki tabloda gösterildiği gibidir. (Tablodan anlaşıldığı gibi, yargısal süreç sonunda belirlenen toplam miktar ne ise, ödeme tarihinde davacıya bu miktar ödenmiştir).

II. KONUYA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER VE İÇ UYGULAMA

A. Anayasa

18. Anayasanın kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesinin düzenlemesi şöyledir:

"...Kamulaştırma bedeli nakten ve peşin olarak ödenir...yasanın taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde...peşin ödenmeyen kısım, Devlet borçları için öngörülen en yüksek gecikme faizi oranına bağlanır.."

B. 4 Aralık 1984 Tarihli ve 3095 Sayılı yasa.

19. 3095 Sayılı yasa gereğince, Devlet borçlarının ödenmesinde gecikme olduğunda öngörülen gecikme faizi oranı yıllık % 30 dur.

20. Benzer durumda, Devlet alacakları için öngörülen gecikme faizi oranı aylık % 7 ve yıllık % 84 olarak belirlenmiştir. (Devlet alacaklarının tahsiline ilişkin 6183 sayılı yasanın 51.maddesi ve Bakanlar kurulunun 89/14915 sayılı kararı).

C. Borçlar Kanunu

21. Borçlar Kanununun 105. maddesinin düzenlemesi şu şekildedir;

"Alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette, borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Bu munzam zarar derhal takdir olunabilir ise Hakim esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir".

D. Yargıtay'ın İçtihadı

22. Kamulaştırma konusunda yetkili olan Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 3 Haziran 1991 tarihli kararında şu hükmü ortaya koydu.

"...Alacakların ödenmesindeki gecikmenin telafisi, gecikme tazminatıdır...Cebri uygulama yolu alacaklıya izin verdiğiinden, alacaklı faizin artırılmasını talep edebilir. Bu durum alacaklı sıfatıyla başka bir telafiyi isteme hakkı teşkil etmez. Bundan dolayı alacaklının enflasyon nedeniyle ortaya çıkan zararın telafisini isteme hakkı bulunmamaktadır..."

23. Yargıtay Genel Kurulu'nun 23 Şubat 1994 tarihli (E.1993/5-600,

K.1994/80) kararı şöyledir;

“...3095 sayılı yasa, ülkede enflasyonun yüksek olduğu -ki enflasyon oranı %30'u aşmıştı- sırada kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Buna karşın, Yasakoyucu gecikme faizinin oranının %30 olmasını istemiştir. İncelenen konuda, banka mevduatına bağlı faizlere başvurarak dolaylı bir yoldan %30 faiz oranının aşılması gibi gerekçeler hukuka uygun değildir...”.

24. Yargıtay Genel Kurulu'nun 19 Haziran 1994 tarihinde, adı geçen durumda Borçlar Kanununun 105.maddesinin uygulanabilirli hakkında şu kararı vermiştir.

“...3095 sayılı yasayla öngörülen faiz oranı...ispatlama ihtiyacı olmaksızın zararları güvence altına alan götürü bir tazminattır. Madem ki gecikme faizinin oranı (ödemedeki gecikmeden kaynaklanan zarar) ekonomik sorunlar (enflasyon, paranın değerinin düşmesi) hesaba katılarak yasayla belirlenmiştir...bu öğelerin (enflasyon, paranın değerinin düşmesi) Borçlar Kanununun 105.maddesinde düzenlenen münzam zararın gerçekleşmesinin açık delili olarak ileri sürülerek, maruz kalınan gerçek zararın telafisine gidilmesi durumunda, yasakoyucunun söz konusu zararlara karşı %30 olarak tespit ettiği düzenlemenin hiçbir anlamı kalmaz. Yasakoyucunun, Anayasanın verdiği yetki gereğince, ekonomik problemlerin tümünü dikkate alarak söz konusu zararların tazmininin oranını % 30 olarak belirlediğinde, %60 veya %70 gibi bunun üzerine çıkılarak zararların tazmini kabul edilemez. Yasakoyucunun değerlendirmesinin zımnen yanlış olduğunun kabulü anlamına gelir...Ülkemizdeki ekonomik koşullarda, enflasyonun, 3095 sayılı yasanın öngördüğü % 30 oranının hayli üzerinde olacağı bilindiği gerçektir. Öyleyse alacaklının, geç ödemeden kaynaklanan münzam zararları tazmin edilmeyecektir.Öte yandan, yasakoyucu tarafından belirlenen %30 oranını aşan zararlar, Borçlar Kanununun 105. maddesi ile ilgili bir sorun değildir. Yasama yetkisi yoluyla yasakoyucu, söz konusu zararlar için %30 faiz öngörmüştür, enflasyonun %30'u geçtiği gerekçesiyle bu oranın yargı kararıyla artırılması yetki gaspı oluşturur...”.

E. Ekonomik Veriler

25. Ocak 1991 de Türkiye Merkez Bankasının uyguladığı kura göre Amerikan dolarının (USD) ortalama fiyatı 3041 TL dir.

26. Türkiye'deki tüketici fiyatları üzerindeki enflasyon sonuçları Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklandı. Buna göre, 1987 mayısında aylık temel gösterge 100 dür (Kamulaştırılan arazinin İdareye devredildiği safha-yukarıda paragraf 17). 1991 Ocağında enflasyon göstergesi 586 dır (Ek tazminatın ödendiği safha-yukarıda paragraf 17).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 1 NOLU PROTOKOLÜNÜN 1. MADDESİNİN İHLALİ KONUSU

27. Davacı, 3 yıl süren yargısal aşamanın sonucunda elde edilen tamamlayıcı tazminatın değerinin, idarenin geç ödemesi nedeniyle, hele Türkiye'deki yüksek enflasyon da dikkate alındığında hayli düştüğünden yakınmaktadır. Bu durumun 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin aşağıdaki hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

"Her gerçek ve tüzel kişi, mülkiyetine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak, vergiler ile diğer harç veya cezaların ödenmesini sağlamak için Devletin gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz".

28. Davacı, borçlu idarenin ödemedeki gecikmesini ve üç yıl süren yargılama süreci sonunda %30 gecikme faizine denk tamamlayıcı tazminatın incelenmesini istiyor.

Bu süre zarfında paranın fazla değer kaybetmesinden zarara uğradığını iddia ediyor. Nihayetinde Türk hukukunda, özel borçların aksine, Devlet borçlarına karşı cebri icra yöntemlerinin bulunmadığını ifade ediyor.

29. Hükümet buna katılmadığını belirtiyor. Arazinin zilyedliğinin alınmasından önce, davacıya bedelin ödendiği gibi, Yargıtay'ın kararından sonra (yukarıda paragraf 17) %30 faizle tamamlayıcı tazminatın ödendiğini hatırlatıyor.

Enflasyonun hesaba katılmadığı farzedilse bile Mahkeme'nin içtihatlarına dayanılıyor: Tazminat kamulaştırılan arazinin değeri ile orantılı ise 1 Nolu Protokolün 1. maddesindeki şartlar bulunuyor demektir. Ayrıca binlerce kişinin etkilendiği büyük çaplı bir proje söz konusudur, böylesi bir projenin gerçekleştirilmesinde, Devletin tam bir tazmin borcunu yüklediğinin kabulü gerekir. Dahası davacı, "aşırı ve özel bir yüke" katlanmak zorunda kaldığını ve bu risklere karşı Borçlar kanununun 105. maddesinin sağladığı olanaklardan da yoksun olduğunu ileri sürmektedir.

30. Nihayet Hükümet, kamu hizmetinin iyi ve düzenli yönetilmesi konusundaki politikasının ayrılmaz bir parçası olarak faiz oranının tespitinde büyük bir değerlendirme marjından yararlanmaktadır. Zira Devlet alacakları

için uygulanan faiz oranı, kamu hizmetlerinin yarıda kesilmemesi için dolaylı bir vergi niteliğini amaçlamaktadır. Yasakoyucu bunu bilerek böyle tespit etmiştir.

31. Davacı, kamulaştırma işlemine değil, kamulaştırma bedelinin ödenmesi tarzına itiraz etmektedir. Davacının iddiası, sadece Asliye Hukuk Mahkemesinin karar verdiği ek tazminatın idare tarafından geç ödenmesine yönelik değil, aynı zamanda davanın açılmasından, söz konusu parayı almasına kadar geçen zaman zarfında uğradığı zararları da içermektedir. Adı geçen ödemenin, arazinin kamulaştırılmasından 3 yıl sonra ödendiğini hatırlatarak, bu gecikmeden doğan zararları ileri sürmektedir. Bu gecikme, ülkedeki para değerinin fazla düşüşü ile birleştiğinde, kamulaştırma işleminin, kamu yararı ile kişisel yarar arasında haksız bir dengesizliğe yol açtığı görülmektedir.

32. Mahkeme, kamulaştırma bedelinin, arazisi kamulaştırılan davacıya, kamulaştırma tarihinde ödendiğini (yukarıda paragraf 17), Asliye Hukuk Mahkemesinin tamamlayıcı tazminat davasında yıllık %30 oranında gecikme faizine ve bunun belirtilen tarihte ödenmesi gerektiğine hükmettiğini saptamıştır (yukarıda paragraf 17).

Bununla birlikte DSİ bu ek tazminatı, ancak Ocak 1991 de yani ilk derece mahkemesinin kararından 3 yıl, Yargıtay'ın kararından yaklaşık 10 ay sonra ödemiştir.

33. Mahkeme her şeyden önce şunu tespit etmektedir ki, ihtilaf özellikle, Asliye hukuk Mahkemesine dava açılmasından ödemenin yapıldığı yaklaşık 3-4 yıllık süre zarfında uygulanan gecikme faizinin yetersizliği yüzünden oluşan zararın tazminine ilişkindir.

34. Bu açıdan Mahkeme daha önce, makul sayılamayacak bir zaman akışının, değeri düşürmeye elverişli bir öge olarak hesaba katılmadan yapılan ödemenin zararın tam olarak telafisi olmadığına karar vermiştir (Bkz. *mutadis mutandis*, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grece, 9 Aralık 1994 tarihli karar, Seri no.301-B, s.90, p.82). Kamulaştırma bedelinin, anormal uzun bir süre geç ödenmesi, kişinin mali kayıplarını ağırlaştırıcı bir sonuç doğurur, özellikle bazı devletlerde para değerinin düşüşü dikkate alındığında daha da belirsiz bir durum ortaya çıkar (Bkz.Akkuş c. Türkiye kararı, 9 Temmuz 1997, Recueil 1997-IV, ss.1309-1310, p.29).

35. Tüm bu sebepleri gerekçe gösteren Mahkeme, daha önceki bu konuya ilişkin içtihadını (Bkz. Adı geçen Akkuş kararı, ss.1303 vd; Aynı yönde, Aka c. Türkiye kararı, 23 Eylül 1998, Recueil 1998-IV, ss.2680 vd.) göz önüne alarak, davacının “mülkiyete saygı gösterilme hakkını” ileri sürmesini dikkate değer buluyor. Genel yararın gerekleri ile temel insan haklarının zorunlulukları arasında devam ettirilen doğru bir dengenin varlığının araştı-

rilması gerekmektedir. Bu bağlamda, ulusal yasa koyucunun öngördüğü tazminat biçimi ve davacının olayında gerçekleştirilmiş olan şekli irdelenmelidir (Bkz. Lithgow ve diğerleri c. Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, Seri A no.102, s.50, p.120).

36. Davada Mahkeme tespit etmektedir ki, tamamlayıcı tazminatın miktarı, Ocak 1991 de davacıya ödenen yıllık %30 basit gecikme faizinin toplamıdır. Oysa bu ödeme, ilk derece mahkemesinin kararından 3 yıl, Yargıtay'ın kararından yaklaşık 10 ay sonra yapılmıştır. Bu tarihte Türkiye'de enflasyon oranı ortalama %67 dir.

37. İç yargı tarafından hükmedilen tamamlayıcı tazminatın ödenmesinin hayli zaman aldığı yadsınamaz. Bu durum kamulaştırmayı yapan idarenin kusurundan kaynaklanmaktadır ve mal sahibine mallarının kamulaştırılmasından ayrı bir zarara katlanmasına sebep olmaktadır. Dava sürecinin genel süresine eklenen bu gecikme süresi, Mahkemeyi, davacının pek aşırı ve özel bir yüke maruz kaldığının kabulüne zorlamaktadır. Bu hal, bir yanda kamu yararının gerekleri, diğer yanda mülkiyete saygı gösterilmesi zorunluluğu arasındaki dengeyi bozmaktadır.

38. Sonuç olarak, Sözleşmenin 1 Nolu Protokolünün 1. maddesinin ihlal edildiği ortadadır.

II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLALİ KONUSU

39. Davacı aynı zamanda, söz konusu yargılama süresinin, Sözleşmenin 6/1.maddesine aykırılık teşkil ettiğini iddia etmektedir.

40. Mahkeme yukarıda paragraf 32-34 de dile getirilen sonuçları göz önüne alarak, sorunun bu düzenleme açısından ayrıca ele alınmasına gerek görmemiştir.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI KONUSU

41. Sözleşmenin 41.maddesinin düzenlemesi.

"Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, gerekli gördüğü takdirde zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder".

Maddi ve Manevi Zarar

42 Davacı, hem tamamlayıcı tazminatın geç ödenmesinden, hem de ulusal yargı kararlarının geç sonuçlanmasından meydana gelen parasal kayıpları için tazminat ödenmesi gerektiğini iddia ediyor. Dolar üzerinden hesaplanacak maddi zararlarının ve aynı zamanda manevi zararlarının tazmin edilme-

sini Mahkemeden talep ediyor.

43. Hükümet buna katılmadığını ifade ediyor.

44. Daha önce Aka kararında (Bkz. Aka kararı, s.2683, par.55-56) kabul edilen usule göre Mahkeme, davacının maruz kaldığı maddi zararı tespit etmek için, Ocak 1991 de ödenen miktar ile Asliye Hukuk Mahkemesinin görevlendirilmesi (yukarıda paragraf 32-34) tarihinden itibaren, paradaki değer kaybı göz önüne alınarak hesaplanan miktar arasındaki farka bakmaktadır.

45. Belirlediği (yukarıda paragraf 25) ilgili ekonomik veriler ışığında uygun hesabı gerçekleştiren Mahkeme, çözüm tarihindeki uygulama oranından Türk parasını çevirerek, 7645 USD tazminatın davacıya ödenmesini kararlaştırmaktadır.

46. Manevi zarara gelince Mahkeme, davacının 19275/92 sayılı dilekçesi çerçevesinde, Altınkaya kamulaştırılması sonunda tazmin edilmiş olduğunu tespit ettiğinden, davacının bu istemini kabul etmemektedir.

Harçlar ve Yargılama Giderleri

47. Davacı ulusal ve Sözleşmesel yargılama evrelerine ilişkin harç ve giderler olarak 8000 USD talep etmektedir. Ancak bunları belgelerle ispat edememektedir.

48. Hükümet kararını bildirmemektedir.

49. Altınkaya kamulaştırmaları ile ilgili dilekçelerin hepsinin aynı avukat tarafından sunulduğunu dikkate alan Mahkeme, 300 USD ödenmesinin uygun olacağını kararlaştırmıştır.

Gecikme Faizi

50. Mahkeme, Amerikan doları üzerinden yıllık %6 oranında gecikme faizine hükmetmiştir.

MAHKEME BU GEREKÇELERLE OYBİRLİĞİYLE

1. Sözleşmenin 1 Nolu Protokolünün 1. maddesinin ihlal edildiğine,
2. Sözleşmenin 6/1. maddesine yönelik iddianın açıklanmasına yer olmadığına,

3. a) Davalı Devletin, Sözleşmenin 44/2. maddesine uygun olarak kesin kararın verilmesinden hesaplanarak 3 ay içerisinde, ödeme anında istenen mali yükler, damga resmi ve harçlardan kaynaklanan ödemeler de dahil, karar tarihindeki Türk parasının çevrilmesinden elde edilen aşağıda tutarları belirtilen meblağı ödemesi gerektiğine,

- i. 7645 (yedibinaltıyüzkırkbeş) Amerikan doları, maddi zararlar için;

- ii. 300 (üçyüz) Amerikan doları harç ve giderler için,
 - b) Bu toplam tutara, sürenin sonuna kadar ve ödeme yapılmıcaya kadar yıllık %6 oranında hesaplanacak gecikme faizinin de ilave edilmesine,
4. Fazlaya ilişkin talebin reddine,
karar verdi.

KISA BİR DEĞERLENDİRME

Karardan çıkan sonuçları kısaca şöyle özetleyebiliriz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, yasanın belirlediği şartlarla, uluslararası hukukun genel prensiplerine uygun olarak kamulaştırma yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak kamulaştırmalarda, gayrimenkulün gerçek değerinin ödenmesi, sözleşmede yer alan mülkiyete saygı hakkının bir gereğidir. Gerçek değer herhangi bir sebeple ödenmemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Kamulaştırma bedeline karşı dava açılması durumunda, karar tarihine kadar geçen sürede, paranın değerinde bir azalma söz konusu olursa, idare bunu da dikkate almak zorundadır. Aksi bir tutum yine sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Yine karara göre, yasalarda öngörülen gecikme tazminatı oranından daha fazla zarar söz konusu ise (Borçlar Kanunu 105. maddesindeki düzenlemede belirtilen münzam zararda olduğu gibi) idare bunu da karşılamak zorundadır.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine girme aşamasında, hukukunu Avrupa standartlarına uyumunu sağlama çabaları yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden bu yönde kararlar vermesinin de bir sonucu olsa gerektir ki, 2001 de Anayasada yapılan değişiklikler içinde, kamulaştırma bedellerine ilişkin bir düzenlemeye de yer verildi. Anayasa değişikliğine ilişkin 3 Ekim 2001 tarihli yasayla (RG.17 Ekim 2001, sy.24556) Anayasanın kamulaştırmayı düzenleyen 46.maddesine bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra aynen şöyledir;

"İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır".

Görüldüğü gibi, bu düzenlemeyle, Devlet borçlarına uygulanacak faiz oranları, Devlet alacakları ile eşitlenmiştir. Yine sadece taksitlendirmelerde değil, kamulaştırma bedellerinin herhangi bir sebeple ödenmemesi durumunda da Devlet alacakları için öngörülen faiz oranları uygulanarak alacaklıya ödeme yapılacaktır.

Anayasada, kamulaştırma bedelinin herhangi bir sebeple ödenmemesi

durumu dendiğine göre, yukarıda aktardığımız karardaki gibi olaylarda, yargılama sürecinin uzun sürmesi veya başka bir sebeple, kamulaştırma bedeli geç ödenirse, yine Devlet alacakları için öngörülen faiz oranları uygulanarak ödeme yapılacak demektir.

Kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi durumunda, Devlet alacakları için öngörülen faiz oranlarının uygulanması yeterli olacak mıdır? Kanaatimizce yeterli olmayacaktır. İlgilinin zararı, bu faiz oranlarının da üzerinde ise (munzam zarar), karara göre bu durumda, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki denge, kişisel yarar aleyhine bozulmuş ise, bu dengenin sağlanması için idare bu zararı da karşılamak durumundadır.

BİR FEDERAL MAHKEME KARARI (BGE 110 III 30-32) VE KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN**

Özet¹:

Gayrimenkulün açık artırma ilânı.

SchKG Art. 138²'de düzenlenen bir gayrimenkulün resmi ilânının mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşması gerekir. Bir ilân bu amacı gerçekleştiriyorsa kanuna aykırıdır.

Olay:

A.- K hakkındaki iflas tasfiyesinde ikinci alacaklılar toplanması, her ikisi de iflas masasına ait olan Samedan'daki kat mülkiyetlerinin açık artırma ilânının Samedan'daki Bündner günlük gazetesinde ve Bündner Zeitung'da yayınlanmasından vazgeçilmesine 11.11.1983 tarihinde karar verir. St. Gallen Kantonu İcra ve İflas Tetkik Mercii 9.1.1984 tarihli kararı ile N 'nin şikayetini yerinde bularak ikinci alacaklılar toplanmasının kararını bozmuştur. K bu kararı itiraz yoluyla Federal İcra ve İflas Dairesinde iptal ettirir. O usulüne uygun olan ikinci alacaklılar toplanması kararının tasdik edilmesini talep etmektedir.

Gerekçelerden Özetler:

Gerekçelerden:

Gerekçe 2:

* Federal Mahkemenin 22.07.1984 tarihli bu kararı BGE 110 III 30-32'de yayınlanmıştır.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Çeviride geçen kısaltmalar: Abs.: Absatz (İsviçre Kanunlarında "fıkra"); Auf.: Auflage (baskı); Art.: Artikel (İsviçre Kanunlarında "madde"); BGE: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları); İİK: "Türk" İcra-İflas Kanunu; m.: madde; SchKG : Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (İsviçre İcra-İflas Kanunu); vgl.: vergleich (karşılaştırınız).

2 İİK m. 126

2. – İkinci alacaklılar toplanmasının sadece iflasın tasfiyesi için sorumlu olduğu itirazı yerindedir (SchKG Art. 253 Abs.2)³. Bu yüzden tetkik mercii onun kararlarının uygunluk denetimini yapmamalıdır. Fakat ikinci alacaklılar toplanmasının kararları, kanuna aykırılık ve takdir hakkının kötüye kullanılması ile takdir hakkının aşılması halinde iptal edilebilir⁴. Tetkik mercii bu hukuki durumu yanlış değerlendirmemiş ve ikinci alacaklılar toplanmasının kararında SchKG Art. 259⁵ ve 134⁶'e aykırılık görmüştür. Çünkü bu karar, iflas idaresinin, Samedandaki her iki kat mülkiyetinin açık artırılmasını en çok dağıtılan ve tüm Bünd çevresinde yayımlanan her iki gazeteden yayımlanmasını engellemiştir.

Artırma şartlarının “gayrimenkulün bulunduğu yerin adetlerine göre en elverişli tarzda tespit edileceğini düzenleyen SchKG Art. 134’ün, ilânının türünü de düzenleyip düzenlemediği karara bağlanmayabilir. Artırma ilânının SchKG Art. 138’de düzenlediği, bunun tespitinin icra memuruna bırakılmadığı, SchKG 125⁷ gereğince alacakların ve menkul malların paraya çevrilmesinde olduğu gibi yapılacağıın tespiti yeterlidir. Oysa bizzat bu ilânda icra memuru tamamen serbest olmayıp bilakis ilân tarzını seçerken mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşılmasını sağlaması zorunludur⁸. Bu daha ziyade gayrimenkullerin paraya çevrilmesi için geçerlidir: artırmanın öngörülen resmi ilânının mümkün olduğunca büyük bir ilgili kesime ulaşması zorunludur. Kantonal resmi gazetede ilân dahi SchKG 35⁹ anlamında zorunludur¹⁰. SchKG Art 139’da öngörülen özel ilân gibi. İlk derece mercii artırma yerindeki mümkün olduğunca alış ilgisine ulaşmaya elverişli olmayan ilânın amaca aykırı ve böylece kanuna aykırı olduğunu haklı olarak tespit etmiştir. Amaca aykırı böyle bir ilân iflasın amacıyla da bağdaşmaz ve takdir hakkının kötüye kullanılması teşkil eder ve ikinci alacaklılar toplanmasının Art. 253 Abs 2’deki yetkileri kötüye kullanmasıyla aynıdır¹¹. İkinci alacaklı-

3 İİK m. 238, II.

4 BGE 101 III 54; 87 III 113; 86 III 103.

5 İİK m. 244.

6 İİK m. 124.

7 İİK m. 114.

8 vgl. BGE 54 III 78; Federal Mahkemenin yayınladığı 7.11.1912 tarihli Genelge.

9 SchKG Art 35 resmi ilanların İsviçre Ticaret Sicil Gazetesinde ve Kanton resmi gazetesinde yayınlanacağını, süreler ve ilânın diğer sonuçları için İsviçre Ticaret Sicil Gazetesindeki ilânın esas olduğunu düzenlemektedir.

10 vgl. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3. Aufl. S. 236, Nr. 14.

11 vgl. BGE 87 III 113.

lar toplanmasının, kanunun anlamına göre bir etkiye sahip olmaması gereken durumları dikkate alması durumunda da takdir hakkının kötüye kullanılması söz konusudur. Bu yüzden, ilânın en çok satan iki Bündner gazetesinde yapılmasının borçluyu zarara uğratabileceği gerekçesi kararı için esas olmamalıdır. Bunun borçlunun zararına olacağı cebri icranın doğasında vardır. Kanun onu bundan korumuyor. Kanuni koruma sadece kişisel haklar tehlikede olduğunda (ihlal edildiğinde) vardır. Eğer borçlu zaruret halinde ise ve bu suretle katlanılamaz bir duruma düşecekse böyle bir durum vardır¹².

Özetle, itiraz edenin bir federal kanun ihlali olduğunu ispat edemediğinin tespit edilmesi gerekir. Bu yüzden asılsız itirazın reddi gerekir.

Kararın Değerlendirilmesi

Federal Mahkemenin vermiş olduğu bu kararda üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, gayrimenkulün açık artırma ilanının yapılma şekli, ikincisi ise, ikinci alacaklılar toplanmasının yapılacak ilana müdahalesi ve bu hususa ilişkin kararının denetlenmesi hususudur. Gayrimenkulün açık artırma ilanının içeriği, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu m. 138'in karşılığını teşkil eden, İcra İflas Kanunumuzun 126. Maddesinde düzenlenmiştir. İcra İflas Kanununun 126. Maddesinin son fıkrası delaletiyle 114. Maddenin ikinci fıkrası gereğince; ilanın şekli, artırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgililerin yararına en uygun olanı dikkate alınarak belirlenir. Belirtmek gerekir ki, ilgililerin başında alacaklı/alacaklılar ve borçlu gelmektedir. Artırma ilanının mümkün olduğunca çok kimseye ulaşması hem alacaklıların hem de borçlunun yararınadır¹³. Bundan başka, üçüncü kişilerin de artırma ilanının kendilerini de kapsayacak şekilde mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşmasında yararları bulunmaktadır. İlan bu işlevi yerine getirmiyorsa kanuna uygun yapılmamış demektir, bir başka anlatımla, kanuna aykırıdır veya en azından hadiseye uygun olmama ve dolayısıyla şikayet sebebi oluşturur. Bu yönüyle Federal Mahkemenin, ilanın mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşması gerektiğine ilişkin tespiti son derece yerindedir.

İkinci alacaklılar toplanmasının yapılacak ilana müdahalesine gelince; ikinci alacaklılar toplanması, müflisin malları üzerinde çok geniş yetkilerle

¹² SchKG Art. 92, 93 (İİK m. 82, 83); BGE 108 III 63 E.3; 105 III 49; 97 III 11; Amonn, s. 174; Joos, Handbuch für Betreibungsamten der Schweiz, s. 134 vd).

¹³ Zira bu sayede, borçlunun mallarının daha yüksek fiyata satılması ve alacaklı alacağının tamamına veya daha fazlasına kavuşma imkanı olacaktır. Malın yüksek fiyata satılması ihtimalini doğuracak olan ilanın çok ilgiliye ulaşmasında borçlunun yararının da bulunduğu açıktır.

tasarruf edebildiğinde ve bu durum, doğal olarak, müflisi, alacaklıları ve üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden, ikinci alacaklılar toplanmasının sadece kanuna aykırı kararlarının iptal sebebi oluşturacağıın kabulü bazı haksız sonuçlar doğurabilir. Şöyle ki, tasfiye sonunda müflisin borçları genellikle tam olarak ödenmemiş olacağından, borcun ödenmeyen kısmı yine müflise ait olacaktır. Bu yüzden, alacaklılar toplanmasının olaya uygun olmayan bir şekilde müflisin mallarını paraya çevirmesi, örneğin açık artırmada daha fazla değer edebilecek bir malın pazarlıkla satılması veya malın artırma ilanının mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşmasını engellemesi durumunda ikinci alacaklılar toplanmasının yetkilerini yerinde kullandığını söylemek mümkün olmayacak ve bu İİK. m. 238, II ile de bağdaşmayacaktır. Bu durumda, ikinci alacaklılar toplanmasının böyle bir kararına karşı, kanuna aykırılık veya en azından hadiseye uygun olmama sebebine dayanarak, şikayet yoluna gidebilmesi gerekir.

ALMAN FEDERAL MAHKEME KARARI (I ZR 232/98) VE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ**

I. BGH, 15.2.2001 TARİHLİ KARAR- I ZR 232/98 COMPUNET/ COMNET DAVASI¹

A. ÖZET:

1. Ticaret unvanı diğerleri ile karşılaştırıldığında kendi türü içinde ayırt etme kabiliyetine sahipse ve ticari hayatta müteşebbisi gösteriyorsa ticaret unvanının bir kısmı için MarK § 5 parç. 2 ve devamı uyarınca getirilmiş olan korumadan faydalanılır. Şayet bu kabul edilirse bu takdirde sorun kısaltmaların ticaret unvanı olarak kullanılıp kullanılmayacağı ve bunun ticari hayatta geçerli olup olmayacağından da bağımsız olur (krş. BGH, BB 1999, 816=GRUR 1999, 492=WRP 1999, 523-Altberliner). “CompuNet” işareti iki kelimenin iradi kombinasyonunu ortaya koymakta, tasviri kullanımın yokluğu nedeniyle de isim niteliğinde bir ayırtetme gücü kazanmaktadır.

2. Çoğu kez kısaltmaların kullanılmasında, kamuya ayrılma ve rakiplerin menfaati ve koruma kapsamının iltibas tehlikesinin sıkı şartları dolayısıyla gerekli ölçülerle sınırlanmasına dikkat edilmelidir.

3. “ComNet” ve “CompuNet” ticari unvanları arasında iltibas tehlikesinin varlığına hükmedilebilmesi için teşebbüslerin uğraş alanlarının ekonomik durumları arasında bir etkileşimden, tarafların unvanlarının nitelikleme gücünden ve birbiri ile karşılaştırılan isimlerin benzerlik derecelerinden hareket edilmelidir.

“CompuNet” ticari unvanı, tasviri kavramlar olan “Computer” ve “Netzwerk” kelimelerinden türetildiği ve zikredilen çevrelerde kolayca tanı-

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Kararın orijinal ve tam metni internet dergisi olan JURPC, Web-Dok. 179/2001, Abs. 1-48 ve **Kommunikation & Recht (KR)**, 9/2001 s. 468-471’de yayınlanmıştır. JURPC’nin internet adresi www.jurpc.de dir.

nabildiği için az bir niteleme gücüne sahiptir. Az olan bu niteleme gücü, müteşebbisin unvanlarının ticari tanınmışlığı ile telafi edilebilir. “ComNet” ve “CompuNet” ticaret unvanlarının ses/tını bakımından genel iltibas, iltibas tehlikesini ortaya çıkarmaz.

B. OLAY

Davacı, müşterilerinin bilgisayar ağlarının bakımı, kurulması ve tesisi ile iştigal etmektedir. İstinaf merciindeki değişikliğe kadar “CompuNet Computer AG&Co.OHG” ticaret unvanını taşımaktadır. 1.1.1990’da kurulan ve 30.5.1990 tarihinde ticaret siciline Limited Şirket olarak tescil edilen davalı bilgisayar donanım ve yazılımı ile, özellikle de ağ kurma işi ile uğraşmaktadır. Firmasını da “ComNet” ismi altında yürütmektedir. Davacı, kendi ticari isminin ihlal edildiği düşüncesindedir. Davacı, 1985’de Köln’de kurulmuş olan “CompuNet Computer Sürüm-Limited Şirketi”nin kanuni halefi olduğunu ileri sürmüştür. 1992 yılında diğer CompuNet şirketleri ile “CompuNet DATA SERVICE Computer Sürüm ve İştirak Limited Şirketi”ne katılmış ve 1994 yılında onlarla birleşmiştir. Davacı, “CompuNet” markasının belirli bir çevrede 1990 yılından beri tanınmışlığının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Davacıya göre “CompuNet” ve “ComNet” isimleri arasında ise bir iltibas tehlikesi mevcuttur. Bu iltibas tehlikesi davalının 1993 yılında F... şehrinde şubeler kurması ile daha da artmıştır.

Davacı,

1. davalının ticari işlemlerinde şirketini isimlendirirken “ComNet Computer im Netzwerk Vertriebs GmbH”nin ticaret unvanını kullanmaktan men edilmesini;
2. tali olarak da davalının ticari işlemlerde F... şehrindeki şubelerinde zikredilen ticaret unvanını kullanmaktan men edilmesini talep etmektedir.

Davalı bu talebe karşı çıkmakta, tarafların kullanmış oldukları işaretler arasında herhangi bir iltibas tehlikesinin bulunmadığına, çünkü bu iş çevresinde küçük farklılıklara herkesin dikkat ettiğine ve davacının kullandığı “CompuNet” işaretinin başka firmalar tarafından da kullanılması nedeniyle zayıflatılmasına dayanmaktadır.

Landsgericht (ilk derece mahkemesi) ve Oberlandsgericht (istinaf mahkemesi), davalının esas iddiaya göre mahkum edilmesine ve değişiklik yapması için 6 aylık bir süre verilmesine karar vermiştir (OLG Köln WRP 1998, 1109). Davalı tarafından bu kararların bozulması için temyize müracaat edilmiştir.

C. GEREKÇELER:

I. İstinaf mahkemesi men talebinin şartlarını hem MarK § 15 parag 2 ve 4'e hem de UWG (Haksız Rekabet Yasası) § 16'ya göre kabul etmiştir. Buradan hareketle "CompuNet" işareti korumaya değer bir isimdir. Bu isim "Computer" ve "Netzwerk" isminden yeni türetilmiştir ve kolaylıkla isim niteliğinde bir çağrışıma uygundur, bir cins ismini de oluşturmamaktadır. Davacının ticaret unvanının sadece bir kısmının söz konusu olması, istinaf mahkemesine göre işaretin korunmaya değer olmadığını göstermez.

İstinaf mahkemesine göre davacının kullandığı işaret, 1990 yılında kurulan davalının kine göre bir önceliğe sahiptir. Davacı, eski "CompuNet Computer Sürüm Lmt. Şirketinin" halefi olarak onun 1985 yılındaki önceliğinden yararlanmaktadır.

Davacının "CompuNet" davalının "ComNet" isimleri arasında akustik (tını) bakımından bir iltibas tehlikesi mevcuttur. Mahkemeye göre iltibas tehlikesine hükmedilmesinde davacının isminin ortalama bir nitelime gücünden, her ikisinin işletme alanlarının yakınlığından ve tarafların ticari isimlerinin (unvanlarının) benzerliğinden hareket edilmelidir.

İstinaf mahkemesine göre davacının talebi de kaybolmamalıdır.

II. Buna karşı yapılmış olan temyize başvuru başarılıdır. Bu başvuru, davanın iptali ve istinaf mahkemesine bozularak iadesine neden olmuştur.

İstinaf mahkemesinin, MarK § 15 parag. 2, § 5 parag. 2, § 153 parag. 1 ve HRY § 16 parag. 1'e göre men talebinin davacıya ait olduğunun kabulü, temyizdeki hukuki incelemelerde isabetli bulunmamıştır.

1. İstinaf mahkemesi herşeyden önce hatasız bir şekilde davacının ticaret unvanındaki "CompuNet" işaretinin marka hukukuna ait korumadan yararlanacağından hareket etmiştir.

"CompuNet" ayrım gücüne sahip ve korunmaya değer bir isimdir ve alınmayacak isimlerden (tasviri işaret, serbest işaret) değildir.

İstinaf Mahkemesi, ticarethanenin kullandığı "CompuNet" isminin başlangıçtan itibaren korunmaya değer olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu kararını bir fantaziye sahip türetme bir kelimenin varlığı üzerine kurmuştur. Mahkemeye göre kelimenin ilk hecesinden unvanın aslının "Computer" ve "Netzwerk" olduğu anlaşılrsa da bununla bir şirketin cinsini gösterdiği kabul edilemez; bilakis bu yeni oluşturulmuş bir isim olarak görülmelidir.

Bu hukuki gerekçelere itiraz edilemez. Ticaret unvanının diğer unsurları ile karşılaştırıldığında kendi türü içinde uygun bir ayırddedici parça olarak görünüyorsa ve ticari ilişkilerde girişimciyi niteleyen bir sözcük veya slogan

haline gelmişse ticaret unvanının bir parçası için ticari isim olarak Markalar Kanunu § 5 parğ. 2 anlamında tam bir koruma sağlanabilir. Şayet bu kabul edilirse mesele de tartışmalı kısaltmaların ticaret unvanının bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği ve onun ticari ilişkilerde kullanılıp kullanılmayacağına bağlı olmaz (karşılaştırmız: BGH. BB 1999, 816=GRUR 1999, 492, 493= WRP 1999, 523-Altberliner, m.w.N).

“CompuNet” işareti, iki kelimededen oluşturulmuş iradi bir bileşimdir. Gerçi her iki kelime de davacının işgal alanında tasviri bir işaret olmakla birlikte bu iki kelimededen yeni bir kelime türetilmiştir ve bu kelime istinaf mahkemesinin tespitine göre Alman dili ve bilgisayar branşında geliştirilen uzmanlık diline de yabancıdır. Bu sebeple ticaret unvanına, tasviri kullanımının bulunmaması dolayısı ile isim niteliğini haiz bir ayırdetme gücü ilave edilmektedir.

İstinaf Mahkemesi haklı olarak bu sebeplerden dolayı “CompuNet” kelimesinin serbest bırakılacak (alınamayacak) kelimelerden sayılmasını kabul etmemiştir. Çoğu kez kısaltmaların kullanılmasında kamuya ayrılma ve rakiplerin menfaati, iltibas tehlikesinin sıkı şartları dolayısıyla gerekli ölçülerle koruma kapsamının sınırlanması dikkate alınabilir (krş. BGH, GRUR 2001, 344, 345=WRP 2001, 273-DB Immobilienfonds).

Hususi bir orijinallik isim niteliğinde bir ayırdediciliğin özelliği değildir.

Davacının kullanmış olduğu işaretin gerekli olan orijinaliteye sahip olmadığına dayalı temyiz dermeyanı sonuçsuzdur. Hususi bir orijinallik, isim niteliğinde bir ayırdediciliğin kabulü için şart değildir; çoğu zaman çekişmezlik konusu olayda olduğu gibi, saf bir tasvir edici kullanımın tespit edilmesi yeterlidir (krş. BGH, BB 1999, 816=GRUR 1999, 492, 494-Altberliner).

“CompuNet” işareti de ticari hayatta davacının şirketini nitelemeye uygundur. Çünkü, bu “CompuNet” işareti, ticaret unvanına, tasviri bir ifade olan “computer” ve hukuki şekil yükümlülüğü olan “AG & Co.OHG” ilavelerine karşılık isim niteliğindeki bir ayırdedicilik katmaktadır.

İltibas tehlikesi mevcut değildir

2. İstinaf mahkemesi, davacının kullanmış olduğu “CompuNet” ismi ile davalının kullanmış olduğu ticari işaret arasında bir iltibas tehlikesinin varlığını kabul etmiştir. Fakat bu hukuki bir yanıştır.

İstinaf mahkemesi, isabetli bir şekilde tarafların faaliyet alanlarının ekonomik durumları arasında, davacının kullandığı unvanın isim niteliği ve karşılaştırılan isimler arasındaki benzerlik derecesi karşısında yanılma tehli-

kesinin varlığından ve ilgili bütün durumların dikkate alınmasının gerekliliğinden hareket etmektedir (krş. BGH, GRUR 1997, 478, 470=WRP 1997, 1093-NetCom; BGH, BB 1991, 816=GRUR 1999, 492, 494-Altberliner).

a. İstinaf mahkemesi, tarafların iş alanlarının büyük benzerliğini ve yakınlığını kabul etmiştir. Tarafların aynı branşta çalışmaları, tip ve kullanım bakımından aynı ürünleri sundukları, aynı müşteri kitlesinde kesiştikleri tespit edilmiştir. Bu tespitler, hukuki gerekçelerinden dolayı haksız bulunmamaktadır ve temyizde de kabul edilmiştir.

b. Temyizde istinaf merciinin ortalama bir ayırdetme gücünün davacının ticaret unvanına katıldığı hükmüne karşı haklı olarak itiraz edilmektedir.

“CompuNet” ticaret unvanı az bir niteleme gücüne sahiptir

aa. Başlangıçta istinaf mahkemesi isabetli bir şekilde davacının “CompuNet” ticaret unvanının çok az niteleme gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir, çünkü bu işaret “computer” ve “netzwerk” gibi iki tasviri kelimedenden türetilmiştir ve bu işaret söz konusu çevrede büyük bir çoğunluk tarafından kolayca tanınabilmektedir (krş. BGH, GRUR 1997, 468, 469-NetCom).

...ve (bu) ticari tanınmışlıkla ile telafi edilemez.

bb. Buna karşı istinaf mahkemesinin davacının kullanmış olduğu markanın düşük niteleme gücünün, şirket isimlerinin ticari ilişkilerdeki tanınmışlığı dolayısı ile telafi edilebildiğinin kabulüne katılmamaktadır. İstinaf mahkemesi tarafından ticari tanınmışlık hakkında yapılan tespitler, temyizdeki hukuki incelemelerde haklı bulunmamıştır.

İstinaf mahkemesi, CompuNet grubunun 1994 yılında Almanya’da 20’nin üzerinde işyerine ve 925 milyon Marklık ciroya sahip olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu sürekli ticari gelişme dikkate alındığında 1990’ın ilkbaharında davacının unvanının ticari tanınmışlığından hareketle bu işaret, ortalama bir ticari isim gücüne ulaşmalıdır.

Her şeyden önce İstinaf mahkemesi haklı olarak 1990’ın ilkbaharını çekişmezlik anı olarak tespit etmiştir, çünkü davalı bu zamanda kendi işaretini kullandığını kabul etmiştir (krş. BGH, BB 1989, 1844=GRUR 1989, 856, 857 f.=WRP 1990, 229-Commerzhaus; BGHZ 138; 349, 354 f.-MAC Dog; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 15 Rdnr. 45, § 14 Rdnr. 184; zum Markenschutz krş. Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Bası, § 9 Rdnr. 24).

İstinaf mahkemesi, kararında davacının iddia etmiş olduğu 1994 yılına ait cirosuna herhangi bir delil araştırması yapmaksızın dayanmamaktadır. Zaten davalı bu konuda temyize başvurmuştur (ZPO § 286).

İstinaf mahkemesi, kabul etmiş olduğu davacının 1994 yılında ekonomik öneminden (cirosundan) hareketle davacının ticaret unvanının bir unsurunun 1990 yılında ticari tanınmışlığına karar verememelidir. Temyiz mahkemesi haklı olarak, davacının istinaf mahkemesinin kabulüne aykırı olarak sürekli bir ticari gelişmeyi ortaya koyamadığını belirtmiş; 1994 yılından hareketle 1990 yılında davacının ticaret unvanının tanınmışlığı konusunda bir çıkar-samaya ulaşılmasını hatalı bulmuştur. Davacının 4.9.1996 tarihinde sunmuş olduğu işletmesi hakkındaki layihasına göre cirosu 175 milyon Mark tutmuş, 1988/89 yılında 340 milyon, 1989/90 yılında 625 milyon Markın üzerine çıkmıştır. Buna karşın davacı 2.9.1997 tarihli bir diğer layihası ile 1990 yılı için 92 milyon Mark, 1991'in ilk yarısı için 43 milyon Mark ve 1991/92 yılı için 75 milyon Mark olarak cirosunu vermiştir. Davacı bununla önceliği teşebbüs grubu içine giren "CompuNet Computer Sürüm Limited Şirketi"ne vermektedir. İstinaf mahkemesi tarafından çekişmezlik zamanı olan 1990 yılı için davacının ticari tanınmışlığı hakkında herhangi bir tespit yapılmamıştır. Aynıısı, "CompuNet" ticari unvanının 1990 yılında grubun diğer bir şirketi tarafından kullanılması için de geçerlidir.

Şayet 1990 yılında davacının şirket markasının tanınmışlığı hatalı olarak tespit edilmişse istinaf merciinin çekişmezlik yılı olan 1990'da çekişmezlik konusu markanın az bir niteleme gücünden hareket etmesi gerekmektedir.

Niteleme gücü üçüncü bir kişinin kullanımını dolayısıyla zayıflamaz.

cc) İstinaf mahkemesi, üçüncü bir kişinin kullandığı benzeri işaretler dolayısıyla davacının kullandığı unvanın niteleme gücünün zayıflamadığını hatasız olarak kabul etmiştir. Böyle bir zayıflatma durumu, ancak çok istisnai bir şekilde üçüncü kimsenin kullandığı ismin aynının veya benzerinin yakın branşta veya benzer mallarda kullanılması ve bu alanlarda ticari işaretlerin varlığına etki eden ticaretteki gerekli olan alışkanlıkların belirmesi şartları altında söz konusu olabilir (krş. BGH, GRUR 1982, 420, 422-BBC/DCC; GRUR 1990, 367, 368-alpi/Alba Moda; GRUR 1991, 472, 474=WRP 1991, 387-Germania). İstinaf mahkemesinin haklı olarak kabul ettiği gibi davalı, bu şartları ortaya koymamıştır. Üçüncü bir firmanın faaliyet alanı ve piyasada unvanın tanınmışlığı somut olayda ortaya konulmamıştır. Davacının işaretinin zayıfladığının ortaya konulabilmesi için sadece davalı tarafından zikredilen bir takım işaretlerin sayısı kafi değildir. Somut bir bilgi olmaksızın davalı tarafından üçüncü firmaların davacının işlem cirosuna ulaştığına dair sunulan deliller istinaf mahkemesi tarafından da ikame edilmemelidir.

Ses bakımından genel intiba

c) İstinaf mahkemesi, ses (akustik/tını) bakımından karşılaştırılan ticaret unvanı unsurlarının iltibas tehlikesini onaylamıştır. Çekişmezlik konusu işaretin büyük benzerliğinden hareket edilmiş ve davalının „ComNet“ işaretinde, CompuNet“ işaretinde bulunan orta hecenin yokluğunun ticarete güçlkle dikkate alınacağını, çünkü burada son derece kısa ve sadece iki harften oluşan, dikkat çekmeyen bir ekin söz konusu olmasına dayanılmıştır. Buna ilaveten ticari hayatta sadece „CompuNet“de değil, aksine „ComNet“de de kelimelerin menşei tasviri kelimeler olan « Computer » ve « Netzwerk » kelimeleri tanınacak ve çekişmezlik konusu işaretin orta hecesi daha az dikkat çekecektir.

Buna katılmamaktadır. Davalının “Computer im Netzwerk Vertriebs GmbH” ticaret unvanının bir unsurunun tamamen tasviri işaretler ve hukuki bir şekil bildirim yükümlülüğünden oluştuğu için işaretlerin benzerliğine karar verilirken sadece tarafların şirket unvanının bölümleri olan “CompuNet” ve “ComNet” üzerinde durulmalıdır. Burada karşılaştırılan ticaret unvanı unsurlarının akustik bakımdan genel intibası asıl belirleyici unsurdur (krş. GRUR, 1976, 356-Boxin).

Ticari mülhazaların, bütünlük içinde bir markayı bütün unsurları ile, analitik bir incelemeye tabi tutmaksızın kabul etmesi genel hayat tecrübelerine uygun düşmektedir (krş. BGH GRUR 2000, 608, 610=WRP 2000, 529-ARD-1). Bu ilke şirket unvanlarının korunması için de geçerlidir (krş. BGHZ 130, 276, 283 f.-Torres).

İstinaf mahkemesi bu tecrübelerle aykırı olarak dava konusu işaretin orta hecesi olan “pu”yu, tını bakımından işaretlerin benzerliği hükmünde önemli bir nokta olarak görmemiştir. Çekişmezlik konusu kelimenin bütününde kelimenin orta hecesinin genel intibası, somut olayın bir sorunudur (krş. Ingerl/Rohnke, § 14, parag. 341). “CompuNet” kelimesinin ortasında bulunan hece önemsiz bir konuma sahip olduğu düşüncesinden hareketle sonuca gidilemez. Çekişmezlik konusu olayda dava konusu işaretin orta hecesi olan “pu” hecesi de bu kelimenin genel intibasında etkin rol oynamaktadır. Söz konusu işaretin vokal sırası birbirinden ayrılamaz ve genel intiba hakkındaki hükümde hususi bir öneme sahiptir (krş. BGH GRUR 1962, 522, 523-Ribana). Bu vurguya rağmen, çünkü bu hece “Computer” kelimesinin orta hecesi gibi bildirildiği için çekişmezlik konusu hecenin vokalinden uzunca bahsedilmiştir. Ayrıca çekişmezlik konusu işaretle iki hece bulunurken davalının işareti üç heceden oluşmaktadır.

Davacının markasında davalının kullanmış olduğu işarete eksik olan ikinci hecede "pu" hecesi bulunmaktadır. Bu da ses bakımından genel itibarın tespitinde önemli bir ağırlık kazanmaktadır.

Davacının unvanının çok az niteleme gücüne nazaran -ki temyiz mercii- nin hareket noktası da budur- tını/ses bakımından iltibas tehlikesinin varlığının kabulü tecrübelerle aykırıdır.

Niteleme gücü için diğer tespitlerin yapılması gerekmektedir

d) Buna göre istinaf mahkemesinin, davacı tarafından artırdığını beyan ettiği şirket unvanının niteleme gücü için diğer tespitleri dikkate alması gerekir (krş. Yukarıda II. 2. bb b).

Burada ayrıca MarK § 15 parç. 2, Haksız Rekabet Y. § 16' ya göre bir iltibas tehlikesinin varlığının onaylanabilmesi için uyumsuzluk konusu olayda branşların aynılığına rağmen davacının ticaret unvanı olan "CompuNet" in başlangıçta çok az bir niteleme gücünün/niteliğinin açık bir artırılmasının gerekliliğine de dikkat edilmelidir. Çünkü yukarıdaki açıklamalar bakımından işaretlerin büyük bir benzerliğinden hareket edilememektedir.

Ticari mülahazalarda tarafların branşlarında tasviri işaretlerin kullanılmasına alışılmıştır ve bu yüzden ticari isimlerdeki küçük farklılıklara da dikkat edilmektedir. Ayrıca tasviri kavramlar olan "Computer" ve "Netzwerk" kelimelerinden sıkı şartlar altında iltibas tehlikesinin hesaba katılması dolayısıyla ticari unvanların oluşturulmasında ticari bir menfaat bulunmaktadır (ayrıca krş. BGH, GRUR 2001, 344, 345-DB Immobilienfonds)...

3. İstinaf mahkemesi haklı olarak davacının 1985'de K.... şehrinde kurulan "CompuNet Computer Sürüm Lmt. Şirketinin" halefi olduğunu ve bu yüzden davalının kullandığı ticari işaret karşısında MarK § 5 parç 2 ve § 6 parç 1 ve 3'e göre "CompuNet" ticaret unvanında önceliğin ona sağlandığına karar vermiştir.

Sunulmuş olan ticaret sicil belgesinden hem "CompuNet Computer Sürüm Lmt. Şirketinin" K... şehrinde tescil edilme zamanı hem önceki davacının halefiyeti, hem H... şehrinde ikamet eden "CompuNet Computer Sürüm Lmt. Şirketi", hem de E. Asliye Mahkemesi'nin ticaret sicilinde kayıtlı bulunan H. Şirketi ile özdeşliğinin ortaya konulmaması durumu karşısında temyiz kabul edilmemektedir.

K... şehrinde ikamet eden şirketin 1985 yılından beri "CompuNet Computer Sürüm Lmt. Şirketi" ticaret unvanını aldığı ve eski davacının onun halefi olduğu 7 Kasım 1994 tarihinde yenilenmiş olan K. HRB Asliye Mahkemesinin ticaret sicil örneğinden anlaşılmaktadır. E. Asliye Mahkeme-

sinin ticaret sicil örneğinde ortaya konulan H şirketi ile eski davacının özdeşliği, 8 Nisan 1994 tarihli birleşme dilekçesinin ortaya koyduğu ticaret sicil numarası verisinden anlaşılmaktadır. İstinaf mahkemesi haklı olarak bu süreci, davacının istinaf mahkemesinde bunu belirtmesinden ve davalının da artık buna itiraz etmemesinden sonra çekişmesiz görmektedir.

Men talebinin düşmemesi.

4.İstinaf mahkemesinin, men talebini düşmemiş görmesine karşı temyiz itiraz da başarısız kalmıştır.

İstinaf mahkemesi, isabetli bir şekilde MarK § 21² parç. 4 ve BGB § 242³ ye³ uygun olarak işaret hukuku ile ilgili bir men talebi karşısında (hakkın) düşmesi için, bir işaretin uzun bir süre dürüst ve çekişmesiz bir kullanımı, meydana gelen bu durum dolayısıyla bu işaretin kullanıcılar için önemli bir değere sahip olması, doğruluk ve dürüstlük ilkesinin korunması ve hakkı ihlal edilenin de ona çekişmezlik yöneltemeyeceği bir durumun gerekliliğinden hareket etmektedir (krş. BGH, GRUR 1988, 776, 778=WRP 1988, 665-PPC; GRUR 2000, 605, 607=WRP 2000, 525-comtes/ComTel).

İstinaf mahkemesi, şahitler S ve St'nin dinlenmesinden sonra davacının selefliği veya teşebbüsün ona bağlılığına dair bir bilginin varlığını kabul etmemiştir. Davacının 1990'ın ilkbaharında genel durum ve şahit St'nin ifadesine binaen davacının ticaret unvanı hakkında bir bilgiye sahip olması gerektiğine dair şahit S'nin ifadesine uyulmamalıdır. Bu şekilde delillerin takdiri genel bilinen ispat kurallarına ve düşünce yasalarına uygun düşmektedir. Temyiz düzeltilebilecek (temyizi kabil) bir hukuki yanlış görmemektedir. Temyiz daha ziyade ihtarları ile ilke olarak hakimin delil takdirine kapalı alana yönelmiştir.

Nihayet çekişmezlik konusu olayda istinaf mahkemesinin davacının selefiyeti hakkında bilgisi olmaksızın (hak) düşmesini reddetmesi kusurlu bulunamaz. Davacının bilgisi olmaksızın davalı burada verilen şartlar altında men talebinin geçerli olarak yapılması ile kullanımın kabul edilmesi arasın-

2 Alman Markalar Kanunu m. 21'de „hakların düşmesi“ düzenlenmiştir. Buna göre marka sahibinin kullanılan ve tescil edilmiş olan bir başka markanın aralıksız olarak beş yıl kullanıldığını bilmesine rağmen buna itiraz etmez ise bu takdirde markaya itiraz hakkı düşer. Maddenin 4. fıkrasında bu maddedeki düzenlemenin hakların düşmesi için genel hükümlerde bulunan ilkelerin uygulanmasını ortadan kaldırmayacağı hükme bağlanmıştır.

3 Alman BGB 242'de, Türk Medeni Kanunu m. 2'de olduğu gibi dürüstlük kuralı düzenlenmektedir. Buna göre borçlu edimini ifa ederken dürüstlük kuralına ve ticari teamüllere uygun hareket etmek zorundadır.

daki dört yıllık zaman diliminde (hakların) kaybından hareket edilememelidir.

III. Davalının temyizi üzerine istinaf mahkemesinin hükmü bozulmalı ve dava yeni işlem, karar temyiz masrafları için bozularak istinaf mahkemesine geri gönderilmelidir.

II. AÇIKLAMA VE DEĞERLENDİRME

A. AÇIKLAMALAR

1. Alman Marka Kanunu'nun Koruma Kapsamı

Alman Markalar Kanunu'nun koruma kapsamı, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin getirmiş olduğu sistemden farklıdır. MarkHK'nin 1. maddesine göre "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır". Alman Markalar Kanunu'na göre (MarG) kanunun koruma kapsamı ise § 1'de belirlenmiştir. Alman Markalar Kanunu'na göre "markalar, ticari işaretler ve coğrafi menşe isimler" koruma altına alınmıştır. Alman Markalar Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında bütün ticari işaretler ile eser başlıklarının (werktitel) koruma kapsamında olduğu belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ticari işaretler, bir tacirin kullanmış olduğu isimler, ticaret unvanları ile ticari hayatta kullanılan diğer isimler olarak; 3. fıkrasında ise eser başlıkları baskı, şekil, resim olarak gösterilebilen işaret ve isimler olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi Alman Marka Kanunu'nun koruma kapsamı Türk marka mevzuatına göre daha geniş olarak belirlenmiştir.

Alman hukukunda ayrıca ticaret unvanları haksız rekabet yasasına göre de korunabilmektedir. Türk hukukunda ticari unvanlar sadece Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre korunmaktadır. Alman hukukunda ticari unvanlara sağlanan korumanın etkinliğinin daha fazla olduğu burada vurgulanmalıdır.

2. Serbest İşaret Kavramı

Alman Marka hukukunda kullanılan ve yukarda metni verilen kararda da geçen serbest işaret kavramı (Freizeichen), mal ve hizmetin cins, nitelik ve vasfını bildiren işaretlerin marka ve ticaret unvanı gibi ticari isimler olarak alınamamasını anlatmak için kullanılmaktadır. Bu işaretlerin serbest bırakılması, yani marka olarak alınamamasının sebebi, bu işaretleri alanlara haksız olarak ticari hayatta üstünlük sağlanmamasıdır.

3. Zayıf Marka veya Unvan

Tekel altına alınmasına izin verilmeyen hammadde, meslek veya nitelik belirten isimler gibi tasviri isimlerden esinlenerek oluşturulan markalar veya diğer ticari isimler baştan itibaren zayıf marka olarak kabul edilmektedir. Zayıf markaların iltibas tehlikesi oluşturmasının önüne geçilebilmesi için mutlaka bunlara bazı ilavelerin yapılması gerekmektedir. Aynı şekilde bir zayıf unvan veya marka, daha sonra yapılan yoğun reklamlarla ayırım gücü yüksek bir marka veya unvan haline gelebilir.

B. DEĞERLENDİRME

Federal Mahkeme Kararını daha ziyade şu konular üzerinde yoğunlaştırmıştır. İstinaf ve ilk derece mahkemesi, “CompuNet” ve “ComNet” isimleri dolayısıyla şirketlerin kullanmış oldukları unvanları arasında bir iltibas tehlikesinin varlığına karar verirken tasviri işaretlerin kullanılıp kullanılmadığını araştırmıştır. Gerçekten ticaret unvanlarının da bir parçasını teşkil eden isimler, “Computer” ve “Netzwerk” kelimelerinden oluşturulmuştur. Bu kelimeler bilgisayar sektöründe kullanılan mal ve hizmeti niteleyen kelimelerdir. Bu kelimeler, marka hukukunda tasviri kelimeler olarak adlandırılmaktadır⁴ ve bunların tek başlarına marka veya unvan olarak kullanılmasına yasalar izin vermemektedir⁵. Ancak mahkemeler, her ne kadar bu unvanların tasviri kelimelerden oluşturulsa bile unvan olarak seçilebileceğine karar vermiştir. Çünkü hem “CompuNet” hem de “ComNet” kelimeleri, yapılan işi çağırırsa bile bu yeni üretmelerin kendileri tasviri işaret sayılamazlar. Bunların unvan olarak alınabilmeleri için hususi bir orijinaliteye sahip olmalarına da gerek yoktur. Önemli olan, az da olsa bu kelimelerin bir mal veya hizmeti nitelemeye elverişli olmasıdır ve marka hukukunda alınmayacak kelimeler olan saf tasviri kelime ve işaretlerden olmaması yeterlidir.

İstinaf mahkemesi, unvanların üçüncü kimseler tarafından benzeri işaretlerin kullanılması ile zayıflatılmayacağını belirtmektedir. Zira böyle bir durumda unvanın itibarından haksız yarar sağlanması ya da unvanın ayırt

⁴ Arkan, S.: „Marka Hukuku“ C.I, Ankara 1997; s. 77 vd.

⁵ Türk marka hukukunda da tasviri kelimelerin marka olarak tescili yasaklanmıştır. Bkz. MarKHK. 7/1 c.

edici karakterinin zayıflaması söz konusu değildir. Kararda da bu isabetli bir şekilde vurgulanmıştır⁶.

İltibas tehlikesinin tespitinde mahkemeler tarafından haklı olarak dikkate alınan bir husus da markaların kullanıldığı mal ve hizmetlerin alanlarının aynılık veya benzerliğinin tespitidir. Bilindiği gibi markalar arasında bir iltibas tehlikesinin varlığından bahsedebilmek için bir markanın aynı veya benzerinin aynı emtia grubu için kullanılmasının gerekliliğidir⁷.

Çekişmezlik konusu kelimeler arasında iltibasın varlığına karar verilirken Federal Mahkeme isabetli bir şekilde kullanılan kelimelerin akustik bakımdan bir incelemesini yapmıştır. İstinaf mahkemesi kelimeler arasında akustik bir incelemeye dikkat etmeksizin iltibasın varlığına hükmetmiştir ki bu yanlıştır. Özellikle unvanlar arasında iltibasın varlığına karar verilirken unvanı oluşturan kelimeler arasında ilgili çevrenin ve müşteri kitlesinin yanlış anlaşılma riski de ölçü olarak dikkate alınmalıdır⁸.

Ayrıca kararda, isabetli bir şekilde MarK § 21 parğ. 4 ve BGB § 242'ye uygun olarak işaret hukuku ile ilgili bir men talebi karşısında (hakkın) düşmesi için, bir işaretin uzun bir süre dürüst ve çekişmesiz bir kullanımı, meydana gelen bu durum dolayısıyla bu işaretin kullanıcılar için önemli bir değere sahip olması, doğruluk ve dürüstlük ilkesinin korunması ve hakkı ihlal edilenin de ona çekişmezlik yöneltmeyeceği bir durumu mümkün kılması gerekliliği üzerinde durulmuştur. MarK § 21 hükmüne göre unvan sahibinin başkasına ait ticari ismin aralıksız olarak beş yıl kullanıldığını bilmesine rağmen buna itiraz etmediği takdirde unvana itiraz hakkı düşer. Oysa olayda 4 yıllık bir süre tespit edilmiştir. Dolayısı ile davacının hakkının düşmesi söz konusu olamaz.

Sonuç olarak, Federal Mahkeme, kararında incelediği hususları isabetli bir şekilde değerlendirmiş ve sonuca ulaşmıştır.

⁶ Türk hukukunda benzer bir karar için bkz. Konya Asliye 4. Hukuk Mahkemesi, 5.12.1995 E. 1996/614, K. 1992 (Yayımlanmamış karar, bkz. Arkan, C.I, s. 107, dn. 160).

⁷ Türk marka hukukunda bu benzerlik Sanayi Bakanlığının BİK-TPE 96/2 Tebliği'ne göre belirlenir (RG. 27.8.1996, S. 22740).

⁸ Arkan, C.I, s. 102.

SARI - TÜRKİYE VE DANİMARKA DAVASI

*Yrd.Doç.Dr. Yasin POYRAZ**

§ 1. KARAR¹

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SARI - TÜRKİYE ve DANİMARKA DAVASI

(Başvuru no: 21889/93)

STRASBOURG

8 Kasım 2001

İşbu karar, Sözleşme m. 44/2'de belirlenen şartlar içinde kesinleşmiştir. Şekli bazı düzeltmeler yapılabilir.

Sarı - Türkiye ve Danimarka Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm), aşağıda yer alan isimler ile Daire teşekkül ederek:

G. RESS (Başkan), N. VAJIC, J. HEDIGAN, M. PELLONPÄÄ, S. BOTOCHAROVA (yargıçlar), E. PALM, F. GÖLCÜKLÜ (*ad hoc* yargıçlar) ve V. BERGER (Bölüm Yazı İşleri Müdürü),

Daire Heyeti, 18 Ekim 2001 tarihli oturumundan sonra,

İşbu kararı, aynı tarihte kabul etmiştir:

USUL İŞLEMLERİ

1. Davada ilk olarak Türk uyruklu Hamdi Sarı ("şikayetçi") tarafından Türkiye Cumhuriyeti ve Danimarka Krallığına karşı yöneltilen başvuru (no:

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Affaire Sarı c. Turquie et Danemark, "<http://hudoc.echr.int/hudoc/default.asp?Cmd=Page&Page=14RelatedMode=1>, 28.12.2001". Kararın esası, adil yargılanma hakkı bakımından makul süre şartına ilişkindir. Fransızca aslı göz önünde tutularak, kararın başlık numaraları değiştirilmeden tamamı çevrilmiş; okuyucuya kolaylık sağlamak amacıyla bazı bilgiler ve özellikle Mahkemenin atıfta bulunduğu pozitif düzenlemeler tarafımızdan dipnotta gösterilmiştir.

21889/93), İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ("Sözleşme")'nin 34. maddesi² gereğince, 9 Nisan 1993 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") önüne gelmiştir.

2. Şikayetçi, İstanbul Barosu avukatlarından Hasip Kaplan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümetini Bakır Çağlar; Danimarka Hükümetini ise Tyge Lehmann, temsil ile görevli bulunmaktadır.

3. Şikayetçi özellikle, âkit her iki devlet adli makamlarınca makul sürele-re uyulmaması sebebine dayalı olarak, Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

4. Komisyon (İkinci Daire), 4 Mart 1998 tarihinde, başvuru için kabul edilebilirlik yönünden incelemeye aldığını açıklamıştır.

5. Şikayetçi ve Hükümetler, esas hakkında yazılı düşüncelerini sunmuşlardır (İçtüzük m. 59/1)³.

6. Danimarka Hükümeti, 24 Haziran 1998'de ek düşüncelerini sunmuştur.

7. Şikayetçi düşüncelerini, 29 Haziran 1998 tarihli cevabıyla sunmuştur.

8. Başvuru, Sözleşmenin 11 Nolu Protokolünün yürürlüğe girdiği tarih olan, 1 Kasım 1998'de Mahkemeye ulaşmıştır (11 Nolu Protokol m. 5/2)⁴.

9. Başvurunun incelenmesi, Mahkemenin Dördüncü Bölümüne bırakılmıştır (İçtüzük m. 52/1)⁵. Bu Bölümün içinden davaya bakmakla görevli Daire (Sözleşme m. 27/1)⁶, İçtüzük m. 26/1'in öngördüğü şekilde oluşturul-

² Sözleşme m. 34: "İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Taraf Devletlerin biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu, Mahkemeye başvurabilir. Yüksek Taraf Devletler bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler."

³ İçtüzük m. 59/1: "Sözleşmenin 34. maddesine göre yapılan bir başvurunun Daire tarafından kabul edilmesinden hemen sonra taraflar ek delillerini ve yazılı düşüncelerini sunmaya davet edilebilirler."

⁴ 11 Nolu Protokol m. 5/2: "İşbu Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte Komisyon önünde bulunup, kabul edilebilirlik yönünden henüz karara bağlanmamış başvurular, Protokol hükümleri uyarınca Mahkemece incelenir."

⁵ İçtüzük m. 52/1: "Sözleşmenin 34. maddesine göre yapılan bir başvuru üzerine Mahkeme Başkanı, Bölümlerden birini görevlendirir; Mahkeme Başkanı bu görevlendirme sırasında, davaların Bölümler arasında adil dağılımı için çaba gösterir."

⁶ Sözleşme m. 27/1: "Mahkeme, önüne gelen başvuruları incelemek üzere üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve onyediy yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde toplanır. Mahkemenin Daireleri belirli bir süre için Komiteleri oluşturur."

muştur⁷. Daha sonra Danimarka ve Türkiye'nin seçilmiş yargıçları sıfatıyla P. Lorenzen ve R. Türmen davadan çekilerek (İçtüzük m. 28)⁸, Danimarka ve Türk Hükümetleri, ayrı ayrı, E. Palm ve F. Gölcüklü'yü Mahkemede yer almak üzere *ad hoc* yargıç sıfatıyla atamışlardır.

OLAYLAR

I. DAVA KONUSUNUN AYRINTILARI

10. Türk uyruklu şikayetçi, 1945 doğumlu ve işçidir. 22 Şubat 1990 tarihinde Gentoftte (Danimarka)'da, Danimarka uyruklu bir kişiye karşı işlenen, kasten adam öldürme suçunun sanığıdır. Şikayetçi, 23 Şubat 1990'da Danimarka'yı terk etmiştir.

11. 26 Şubat 1990 tarihinde Gentoftte Mahkemesi, şikayetçi için tutuklama kararı vermiştir.

12. Kopenhag İnterpol Servisi, 27 Şubat 1990'da, şikayetçinin tutuklanmasını ve sorguya çekilmesini Türk makamlarından istemiştir.

13. Danimarka Adalet Bakanlığı, 13 Mart 1990'da, Danimarka Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla şikayetçinin iadesini talep etmiştir.

14. Söz konusu talep, 17 Mayıs 1990'da bu defa, Danimarka dilindeki belgelerin Türkçe çevirisi de eklenerek yinelenmiştir. Aynı zamanda Danimarka Adalet Bakanlığı, şayet Türk makamlarınca iade talebi reddedilirse, yargılama yetkisinin Türk adli makamlarına bırakılmasının göz önünde bulundurulabileceğini belirtmiştir.

15. Türk Adalet Bakanlığı, 15 Haziran 1990'da Sivas Savcılığından, şikayetçi için bir soruşturma açılmasını istemiştir.

16. Hazırlık soruşturmasının sonunda, 23 Temmuz 1990 tarihinde Şarkışla Mahkemesi, tutuklama müzekkeresinin aksine şikayetçi için tutuklamaya yer olmadığı kararı vermiştir.

⁷ İçtüzük m. 26/1: "Mahkeme önüne getirilen davaların görülmesi için Sözleşmenin 27. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yedi yargıçlı Daireler, Bölümlerin içinden aşağıdaki şekilde oluşturulur: a) Her bir dava için Dairede, Bölüm Başkanı ve ilgili âkit Devlet nezdinde seçilmiş yargıç yer alır. İlgili âkit Devlet nezdinde seçilmiş yargıç, Tüzüğün 51. ve 52. maddelerine göre başvurunun gönderildiği Bölümün üyesi değilse, bu yargıç Sözleşmenin 27. maddesinin 2. fıkrasına göre, Dairede re'sen (*ex officio*) yer alır. (...)"

⁸ İçtüzük m. 28/2: "Bir yargıç, kişisel menfaatinin bulunduğu veya daha önce Devlet görevlisi veya davada menfaati olan tarafın avukatı veya danışmanı olarak veya bir yargı yeri veya araştırma komisyonu üyesi veya başka bir sıfatla yer aldığı bir davanın görülmesine katılamaz."

17. Şikayetçi, 29 Haziran 1992'de İstanbul'da yakalanmış ve Kartal (İstanbul) Sulh Ceza Hakimliğince tutuklanmıştır.

18. Ankara İnterpol Servisi 30 Haziran 1992'de, Danimarka makamlarına şikayetçinin tutuklandığını bildirmiş; ilgili belgelerin ve kanıtların verilmesini talep etmiştir.

19. Kopenhag İnterpol Servisi 1 Temmuz 1992'de, şikayetçinin parmak izlerine ilişkin belgeleri derhal göndereceğini Ankara'ya bildirmiştir. Ancak Türk makamları, davanın sonunda idam cezasına hükmedilmeyeceği güvencesi vermediğinden, söz konusu belgeler gönderilmemiştir.

20. 22 Temmuz 1992 tarihli iddianame ile Kartal Savcılığı, Kartal Ağır Ceza Mahkemesi önünde, şikayetçiye karşı kasten adam öldürme suçundan ceza davası açmıştır.

21. 18 Ağustos 1992 tarihli duruşma sırasında Ağır Ceza Mahkemesi, Adalet Bakanlığı aracılığıyla, Danimarka adli makamlarından, adli tıp raporunun olduğu gibi dava dosyasına iletilmesini talep etmiştir. Türkçe kaleme alınan bu talep, 13 Ekim 1992'de Danimarka makamlarına ulaşmıştır.

22. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi 16 Eylül 1992'de, Danimarka adli makamlarının cevabını beklemeye karar vermiştir. Öte yandan tanıkların Türkiye'de dinlenmesi için, Tarsus Ağır Ceza Mahkemesinden istinabe talebinde bulunmuştur.

23. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 16 Ekim 1992'de Cumhuriyet Başsavcılığından, dava dosyasının gönderilmesi yönündeki talep için, Danimarka mahkemeleri nezdinde girişimde bulunmasını talep etmiştir.

24. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 16 Kasım 1992'de, Danimarka adli makamlarının cevabını beklemeye karar vermiştir.

25. Gentofte Savcılık ve Emniyet İdaresi, 7 Aralık 1992'de, Danimarka Adalet Bakanlığından, Türk makamlarına gönderilecek, şikayetçinin iadesi talebine ilişkin tüm belgelerin değerlendirilmesine izin verilmesini istemiştir.

26. Ankara'nın Kuzey Avrupa irtibat görevlisi, 10 Aralık 1992'de, Türk Dışişleri Bakanlığının, iade talebi konusunda karar vereceği bilgisini, Danimarka makamlarına iletmıştır.

27. Sözü edilen görevli, 6 Ocak 1993'te, Danimarka makamlarına, henüz Türk makamlarının iade talebini cevaplamamış olduğunu ve Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre, şikayetçinin idam cezasına çarptırılabilceğini bildirmiştir.

28. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 16 Aralık 1992 tarihinde yapılan duruşma sırasında olduğu gibi, 15 Şubat ve 18 Haziran 1993 tarihli duruşmalar sırasında da, diplomatik yollarla, Gentofte Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde, dava dosyasının elde edilmesi için yapılacak talebi tekrarlamıştır.

29. 13 Ocak 1993 tarihli bir mektup ile, şikayetçinin iade talebi konusunda Danimarka ve Türk makamları arasında yapılacak görüşmelerde bulunmak üzere, Gentofte Mahkemesi yargıçlığı tarafından Danimarkalı bir avukat görevlendirilmiş olduğu, şikayetçinin İstanbul'daki avukatına bildirilmiştir.

30. 27 Ocak 1993'de, Türk Adalet Bakanlığı, 13 Ekim 1992 tarihli mektubuna atıfta bulunarak, bir defa daha, Danimarka'dan soruşturma dosyasının gönderilmesini istemiştir.

31. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 12 Mart 1993'te, Danimarka mahkemelelerinden hiçbir cevap alamadığı için davayı ertelemiştir.

32. Danimarka Hükümeti, 20 Nisan 1993'te tebliğ edilen 25 Mart 1993 tarihli bir mektup ile; Türk Hükümetinin, şikayetçinin dosyasının Türkiye'ye gönderilmesine ilişkin sonuncu talebinin, şikayetçinin iadesinin zımni reddi gibi yorumlandığını bildirmiştir. Aynı zamanda Danimarka Hükümeti Türkiye ile, talebe ilişkin görüşmeler için, şikayetçinin Türkiye'de uğraması mümkün yaptırımlar hakkında bilgi ve idam cezasına çarptırılmayacağına dair güvence istemiştir.

33. Türk makamları, 13 Ekim 1992 ve 27 Ocak 1993 tarihli mektupları teyid ederek, 22 Nisan 1993'te, Danimarka makamlarından taleplerini yinelemiştir.

34. Türk Adalet Bakanlığı, 5 Ekim 1993'te, Danimarka makamlarının 25 Mart 1993 tarihli mektup ile dile getirdiği talebi yerine getirmiş ve Danimarka makamları tarafından düzenlenmiş dosyanın gönderilmesini bir defa daha talep etmiştir.

35. Ankara'nın Kuzey Avrupa irtibat görevlisi, 8 Kasım 1993'te Danimarka makamlarına, şikayetçinin Türkiye'de idam edilmesi tehlikesinin bulunmadığının Türk makamlarınca açıklanmış olduğunu bildirmiştir.

36. Adalet Bakanlığı 9 Kasım 1993'te, Gentofte Savcılık ve Emniyet İdaresine, Türk makamlarının 5 Ekim 1993 tarihli belgelerini ulaştırmıştır.

37. Gentofte Savcılık ve Emniyet İdaresi, Danimarka diline birer çeviri ile birlikte, belgeleri Adalet Bakanlığına geri göndermiştir.

38. Danimarka Hükümeti, 4 Ocak 1994'te Türk Hükümetine, şikayetçinin davasının sorumluluğunu üstüne almasını istemeye hazır olduğunu bildirmiştir. Bununla birlikte Danimarka Hükümeti, yargılama yetkisinin devrini kabul etmeden önce Danimarka polisi tarafından şikayetçinin Türkiye'de sorgulanması, Türk makamlarınca izin verilmesi şartını ileri sürmüştür.

39. Bu bildirim, Ankara'nın Kuzey Avrupa irtibat görevlisi, 6 Ocak 1994'te, İnterpol yoluyla, Türk Adalet Bakanlığına ulaştırmıştır.

40. Sözü edilen görevli, 2 Şubat 1994'te, Ankara İnterpol Servisinin sözlü olarak, Türk Adalet Bakanlığınca, Danimarka'nın adli yardım talebinin resmi şekilde yapılmasını istemiş olduğunu bildirmiştir.

41. Danimarka Adalet Bakanlığı, 9 Şubat 1994'te, Türk makamlarına resmi şekilde adli yardım talebinde bulunmuştur.

42. Ankara'nın Kuzey Avrupa irtibat görevlisi, 29 Mart 1994'te, Türk Adalet Bakanlığının sözü edilen talebi değerlendirdiği ve İstanbul Savcılığının kararını beklediği bilgilerine, İnterpol Servisi nezdinde sahip olmuştur.

43. Sözü edilen görevli, 7 Nisan 1994'te, İnterpol Servisinin ve daha sonra İstanbul Savcılığının, Kartal Ağır Ceza Mahkemesince 13 Nisan 1994 tarihinde yapılacak duruşmada, şikayetçiyi sorguya çekebilmek için Danimarka polisinin hazır bulunması gerektiğine karar verdiğini bildirmiştir.

44. Danimarka polisi ve şikayetçinin Danimarkalı hukuk danışmanı, nihayet 13 Nisan 1994'te şikayetçiyi, adam öldürme suçuna ilişkin Danimarka Ceza Kanunu'nun 237. maddesinden sanık bulunduğunu bildirerek sorgulama yapmışlardır.

45. Danimarka polisi, 14 Nisan 1994'te, 13 Nisan 1994 tarihli duruşma tutanağının bir suretinin kendisine verilmesini, Türk makamlarının dikkatini çekerek talep etmiştir. Türk makamları, tutanağı elde etmek için resmi bir başvurunun yapılması gerektiğini bildirmiştir.

46. Türk Adalet Bakanlığı, 18 Nisan ve 20 Haziran 1994'te, Danimarka Adalet Bakanlığına, şikayetçiye karşı yöneltilmiş iddianamenin ve Kartal Ağır Ceza Mahkemesi önünde yapılan 13 Nisan 1994 tarihli duruşma tutanağının İngilizce çevirisini göndermiştir.

47. Gentofte Savcılık ve Emniyet İdaresi, 6 Mayıs 1994'te, Danimarka Adalet Bakanlığından, 13 Nisan 1994 tarihli duruşma tutanağının bir suretinin verilmesine Türk makamlarının davet edilmesini istemiştir. Gentofte Savcılık ve Emniyet İdaresinin talebi üzerine, Gentofte Ağır Ceza Mahkemesi, askıya alınan yargılamayı sona erdirmiştir.

48. Danimarka Adalet Bakanlığı, 27 Mayıs 1994'te, Türk Adalet Bakanlığından, 13 Nisan 1994 tarihli duruşma tutanağının bir suretini vermesini resmen talep etmiştir.

49. Ankara'nın Kuzey Avrupa irtibat görevlisi, bu resmi talebi, 7 Haziran 1994'te, Türk Adalet Bakanlığına ulaştırmıştır.

50. Danimarka Adalet Bakanlığı, 26 Haziran 1994'te, Gentofte polisinden, dosyaların Türkçe'ye birer çevirisinin yapılarak kendisine ulaştırılmasını istemiştir. Gentofte polisi cevaben, böyle bir çevirinin ancak üç-dört ay içinde yapılabileceğini bildirmiştir.

51. Danimarka Adalet Bakanlığı, 13 Temmuz 1994'te Türk makamlarına, Danimarka Ceza Kanunu'nun 237. maddesi metnini ulaştırmıştır. Aynı zamanda dosyanın çevirisinin yaklaşık üç ay alabileceğini bildirmiştir.

52. Danimarka Adalet Bakanlığı, 31 Ağustos 1994'te, Türk makamlarına nihayet, Danimarka Ceza Kanunu ve Danimarka Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu'ndaki düzenlemelerin ayrıntılarını ulaştırmıştır.

53. İki hükümet arasında karşılıklı bu yazışmaların devam ettiği sırada, Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, duruşmaları sırasıyla 9 Nisan, 3 Mayıs, 24 Mayıs, 23 Haziran, 21 Temmuz ve 8 Kasım 1993; benzer şekilde 2 Şubat, 13 Nisan, 18 Temmuz ve 5 Aralık 1994 tarihlerine ertelemiştir.

54. Danimarka Adalet Bakanlığı, 23 Ocak 1995'te, Türk makamlarından resmi olarak, şikayetçiyi yargılama yetkisini açıklamasını istemiştir.

55. Danimarka'nın Ankara Büyükelçiliği, 7 Şubat 1995'te, dava dosyasını Türk Dışişleri Bakanlığına iletmıştır.

56. 14 Temmuz 1995 tarihli duruşma sırasında Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, Danimarka makamlarının dava dosyasını iletmış olduğunu; ancak bu durumda, belgeler içindeki metinlerde Danimarka Ceza Kanunu'nun uygulanacak hükümlerini bulma imkanından yoksun olduğunu tutanağa geçirmiştir.

57. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 1 Aralık 1995'te, dosyanın henüz tamamlanmamış olduğunu kayıtlara geçirmiş ve Türk Adalet Bakanlığı aracılığıyla, yeniden talepte bulunmuştur.

58. Öte yandan şikayetçinin 18 Ağustos, 16 Eylül, 16 Ekim, 16 Kasım, 16 Aralık 1992; 18 Ocak, 12 Mart, 9 Nisan, 3 Mayıs, 24 Mayıs ve 23 Haziran 1993 tarihlerinde Kartal Ağır Ceza Mahkemesine sunduğu şartlı salıverilme talepleri reddedilmiştir. Bu ret kararları, dosyanın durumuna ve söz konusu suçun niteliğine dayandırılmıştır.

59. 21 Temmuz 1993 tarihli duruşma sırasında, Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, dava dosyasının beklenmesinin yol açtığı gecikmeyi göz önünde tutarak, şikayetçiyi kefaletle salıvermiştir.

60. Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 11 Nisan 1997 tarihli kararıyla, Danimarka Ceza Kanunu'nu uygulayarak (dava bakımından bu kanunun düzenlemeleri sanık lehinedir), şikayetçiyi adam öldürmek suçundan oniki yıl hapis cezasına mahkum etmiştir. Şikayetçi, bu kararı temyiz etme imkanına sahip bulunmamaktadır.

61. Yargıtay, 25 Şubat 1998 tarihli kararıyla, ilk derece mahkemesinin kararını esas bakımından onamıştır. Bununla birlikte ceza miktarı konusunda bozma kararı vermiştir⁹.

62. Nihayet, Kartal Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Kasım 1998 tarihinde şikayetçiyi, adam öldürmek suçundan beş yıl hapis cezasına mahkum etmiştir.

II. UYGULANAN İÇ HUKUK

A. Türk Ceza Kanunu

63. Türk Ceza Kanunu'nun 10/a maddesindeki düzenleme:

“Bir Türk vatandaşı veya yabancı, yabancı ülkede bir suç işleyip de (...) Türkiye’de yargılandığı takdirde; Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun gözönünde bulundurul[ur] (...)”.

B. Danimarka Ceza Kanunu

64. Danimarka Ceza Kanunu'nun 237. maddesindeki düzenleme:

“Bir kişiyi kasten öldüren kimse, cinayet suçundan cezalandırılır. Bu kişiye, asgari beş yıl ile üst sınırdaki bir süreyle hapis cezası verilir.”

HAK BAKIMINDAN

I. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİ 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

65. Şikayetçi, Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasına aykırı olarak Danimarka ve Türk yargılama organları tarafından makul sürelerle uyulmadığı, kendisiyle ilgili olduğu ölçüde her iki ülkede ceza yargılamaları usulünün, aşırı uzun sürdüğü iddiasında bulunmuştur. İlgili madde aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Her şahıs (...) cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, (...) mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun (...) surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.”

⁹ Kastan adam öldürme suçu ile ilgili olarak TCK 10/a maddesinin uygulanması bakımından Yargıtay'ın benzer diğer içtihatları için bkz. Yargıtay 1. CD., E. 1997/2385, K. 1997/3545, T. 5.11.1997, YKD, C. 24, S. 2 (Şubat 1998), s. 263-265; Yargıtay 1. CD., E. 1997/3469, K. 1998/4556, T. 24.12.1997, YKD, C. 24, S. 4 (Nisan 1998), s. 595-597; Yargıtay 1. CD., E. 1998/849; K. 1998/972, T. 31.3.1998, YKD, C. 24, S. 6 (Haziran 1998), s. 914-915; Yargıtay 1. CD., E. 1998/1278, K. 1998/1477, T. 7.5.1998, YKD, C. 24, S. 8 (Ağustos 1998), s. 1220-1221; Yargıtay 1. CD., E. 1998/1625, K. 1998/2470, T. 1.7.1998, YKD, C. 24, S. 9 (Eylül 1998), s. 1377-1379.

A. Göz Önünde Tutulan Süre

66. Ceza yargılaması konusunda, 6. maddenin 1. fıkrasındaki “makul süre”nin başlangıcı, bir kişiye “suç isnadı”nın yapıldığı andır. Başlangıç için, mahkemenin yargılama yetkisiyle görevlendirilmesinden önceki bir tarih söz konusu olabilir (örneğin bkz. Deweer - Belçika Davası, 27 Şubat 1980, Seri A no: 35, s. 22, par. 42). Bu özellikle tutuklama, suçlama ya da hazırlık soruşturması açma tarihidir (bkz. Wemhoff - Almanya Davası, 27 Haziran 1968, Seri A no: 7, s. 26-27, par. 19; Neumeister - Avusturya Davası, 27 Haziran 1968, Seri A no: 8, s. 41, par. 18 ve Ringeisen - Avusturya Davası, 16 Temmuz 1971, Seri A no: 13, s. 45, par. 100). 6. Maddenin 1. fıkrası anlamında “suç isnadı” genel olarak, “yetkili makamlarca, suç oluşturan bir eylemin yapıldığının açıkça söylenmesi yoluyla resmi bildirim” şeklinde tanımlanabilir. Bazı olaylarda suç isnadı, şüphelinin “durumu üzerinde önemli etkiler doğuran” başka görünümeler altında da oluşabilir (bir çok karar arasında özellikle bkz. Foti ve Diğerleri - İtalya Davası, 10 Aralık 1982, Seri A no: 56, s. 18, par. 52).

67. Ceza yargılaması alanında “süre”nin sonu belirlenirken, 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen süreyi, müracaat yollarını da içine alacak genişlikte, davada yargılama sürecinin her aşaması şeklinde anlamak gerekir (bir çok karar arasında özellikle bkz. Eckle - Almanya Davası, 15 Temmuz 1982, Seri A no: 51, s. 34, par. 76).

68. Mahkeme, 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen “makul süre” ilkesinin gereklerine uygun şekilde, yargılama süresini değerlendirmek için dava konusu olayları göz önünde tutarak, sürenin 26 Şubat 1990’da, Gentoftte Mahkemesinin suçlaması ile başladığını ve 20 Kasım 1998 tarihli Kartal Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla sona erdiğini belirlemiştir. Süre, sekiz yıl, yedi ay ve yirmi iki günü kapsamaktadır.

(i) Danimarka'nın Usul İşlemleri

69. Danimarka Hükümetine göre, yargılamanın ağır işlemesine yalnızca, 29 Haziran 1992 tarihinde şikayetçinin Türkiye’de tutuklanmasından 6 Ocak 1994 tarihinde şikayetçi için yargılama yetkisi bakımından sorumluluğun, Türkiye’nin talebi ile üzerine bırakılmasına kadar geçen süre için beklemesi neden olmuştur. Bu bakımdan Danimarka Hükümeti, ilgiliyi yargılama yetkisinin kendine bıraktığı Türkiye’de *de facto* [fıilen] 29 Haziran 1992’de başlamış olduğunu, *de jure* [hukuken] bir talep ileri sürülemeyeceğini ısrarla belirtmiştir.

70. Mahkeme, Danimarka usul işlemlerinin süresi bakımından, Gentoftte Mahkemesinin şikayetçinin tutuklanmasına karar verdiği 26 Şubat 1990 tarihinden, soruşturma dosyasının Türk makamlarına iletildiği 7 Şubat 1995 tarihine

kadar geçen toplam, dört yıl, onbir ay ve üç haftaya yakın süreyi dikkate almıştır.

(ii) Türkiye'nin Usul İşlemleri

71. Türkiye'de yargılama usulü işlemlerinin, Şarkışla Mahkemesince şikayetçinin tutuklama müzekkeresinin aksine, 23 Temmuz 1990 tarihinde tutuklamaya yer olmadığı kararı verilmesinden, Kartal Ağır Ceza Mahkemesince 20 Kasım 1998 tarihinde son karar verilinceye kadar; yani, yaklaşık sekiz yıl, dört ay boyunca sürdüğünü belirlemiştir.

B. Adil Yargılamanın Niteliği

72. Mahkeme, yargılama süresinin makul olması niteliğini özellikle karmaşık davalarda, somut olayın şartları, şikayetçi ve yetkili makamların tutumları ve içtihatlarla benimsenen ölçütler ışığında değerlendirmiştir. Son olarak davada, şikayetçinin uğradığı kayıpların da göz önünde bulundurulmasına önem vermiştir (bkz. Portington - Yunanistan Davası, *Recueil* 1998-VI, s. 2630, par. 21). Mahkeme, daha şimdiden, suçlamanın hakkaniyete uygun surette makul bir sürede yapılmış olmasını tespit etmek için, yakalanan sanığın tutuklanmasının, göz önünde tutulacak bir unsur olduğunu (bkz. Abdoella - Hollanda Davası, 25 Kasım 1992, Seri A no: 248-A, s. 17, par. 24) hatırlatmakta yarar görmektedir.

1. Davanın Karmaşıklığı

73. Şikayetçi, davanın özünde hiçbir karmaşıklık göstermediği; Danimarka ve Türk makamlarının karşılıklı tutumlarının, davaya karmaşık bir yapı kazandırdığı kanısındadır.

74. Danimarka Hükümeti, şikayetçinin Türkiye'ye kaçışının, Danimarka yargılama işlemlerinin yürütülmesini karmaşık hale getirdiğini savunmuştur.

75. Türk Hükümeti, başlangıçta karmaşıklık olmamasına rağmen, Danimarka makamlarının suçlunun iadesini istemesiyle ceza yargılamaları usulünün işleyişini tıkadığını ileri sürmüştür.

76. Mahkeme, şikayetçinin Danimarka'da işlenen bir suçtan sanık olduğu ve bu devlet makamlarınca delillerin toplandığı olgularını dikkate almıştır. Şikayetçinin Türkiye'ye kaçmasından sonra Danimarka makamlarının, ceza soruşturmasında önemli bir unsur olan soruşturmayı başlatması mümkün olmamıştır. Şikayetçinin tutuklanması ve yargılanması Türkiye'de gerçekleşmiş; son karar da bu devlet mahkemelerince verilmiştir.

77. Mevcut dava gerçekte, yalnızca ceza yargılamaları usulü ile değil; bunun dışında, ilk olarak suçluların geri verilmesi ve sonra da, iki devlet arasında yargılama yetkisinin devri usulleriyle de ilgilidir.

78. Mahkeme, iki devletin yetkilerinin ortaya konması bakımından mevcut bu usullerin nispi bir karmaşıklık doğurduğu inancındadır: Suçun işlendiği yer devleti, sanığın iadesinin peşine düşerken; sanığı elde bulunduran devlet, daha çok yargılama yetkisinin devri ile uğraşmıştır. Bunlardan ilk devlet, sanığı mahkeme karşısına çıkarma; ikinci devlet, delilleri elde etme imkansızlığı içinde kalmışlardır. Bu durum, devletlerin istekleri ve adli işlemleri çerçevesinde bir zıtlık bulunması tehlikesini içinde barındırır. Özellikle çeviri yapılması gibi, bürokratik engelleri de buna eklemek gerekir.

79. Mahkeme, yargılama işlemleri bakımından davanın, şikayetçinin yasalara aykırı olarak, suçun işlendiği yer devleti olan Danimarka'yı terk ettiği andan itibaren, yargılama işlemleri bakımından davanın karmaşık bir yapıya büründüğünü göz önünde bulundurmıştır.

2. Şikayetçinin Tutumu

80. Şikayetçi, kendisine karşı yöneltilen yargılama işlemlerinin aşırı uzamasından doğacak her türlü sorumluluk bakımından hak talebinde bulunmuştur.

81. Danimarka Hükümeti, şikayetçinin, suçun işlendiği yer olan Danimarka'dan kaçarak, kendi tutumuyla yargılama işlemlerinin uzamasına katkıda bulunduğu düşüncesindedir.

82. Türk Hükümeti, bu konu hakkında düşüncesini belirtmemiştir.

83. Mahkeme, 6. maddenin 1. fıkrasındaki makul süreyi aşp-aşmadığını belirlemede göz önünde bulundurmak için, davalı devletin kendisine isnat edilemeyen şikayetçinin tutumunu, objektif bir unsur olarak değerlendirmektedir (bkz. Wiesinger - Avusturya Davası, 30 Ekim 1991, Seri A no: 213, s. 22, par. 57).

84. Mahkeme, davanın üç tarafından her birine yüklenebilen süreleri, etki derecesini göz önünde tutarak birlikte değerlendirmesiyle, şikayetçinin 23 Şubat 1990 tarihinde kaçışından İstanbul'da 29 Haziran 1992 tarihinde tutuklanmasına kadar geçen iki yıl, dört ay ve altı günlük sürede, sorumluluğun tek başına, kendi iradesiyle *de facto* [fiilen] adaletten kaçan şikayetçiye ait olduğunu belirlemiştir.

85. Mahkeme, mücbir sebep ya da yasal mazeret durumları dışında, mahkeme önüne çıkma yükümlülüğünün, ceza yargılamasının temel bir unsuru olduğunu göz önünde bulundurmıştır.

86. Mahkeme, iddiaların doğruluğunun denetlenmesinde ve bu iddiaların, çıkarlarının korunması gereken tanık ve mağdur ifadeleriyle karşılaştırılmasında, mahkeme önüne çıkmanın temel öneme sahip bir etki doğurduğunu şimdiden belirtme fırsatı bulmuştur (Poitrimol - Fransa Davası, 26 Ekim 1993, Seri A no: 277-A, s. 15, par. 35 ve Medenica - İsviçre Davası, 14 Haziran 2001, *Recueil* 2001-..., s. ..., par. 54).

87. Mahkeme, şikayetçinin mahkeme önüne çıkmama nedenleri konusunda, kendisine karşı uluslararası nitelik taşıyan bir tutuklama müzekkeresi verilmesinden itibaren, hiçbir şekilde aklanmak için çaba sarf etmediğini göz önünde tutmuştur. Böylece Mahkeme, şikayetçinin, adaletten kaçmayı tercih etmesinin anlaşılabilir olmadığı değerlendirilmesini yapmıştır (bkz. *mutatis mutandis* [gerekli değişikliklerle], yukarıda sözü edilen Medenica Davası, par. 59).

88. Bundan dolayı Mahkeme, ilgilinin tutumunun maddi anlamda, yargılamanın uzamasına katkıda bulunduğu düşüncesindedir.

3. Adli Makamların Tutumu

(i) Danimarka Makamları

89. Şikayetçi, Danimarka ile ilgili olarak, Danimarka makamlarının özelliikle, ceza yargılamasını sürüncemede bıraktığı ve soruşturma dosyasını bir bütünlük içinde, Türk makamlarına ulaştırmadığı iddiasında bulunmuştur. Şikayetçi, dosyayı Türk adli makamlarına ulaştırmadan önce Danimarka makamlarının, yaklaşık dört yıl beklediğini belirtmiştir. Bu süre boyunca Danimarka yargılaması hiçbir çözüme ulaşamamıştır.

90. Danimarka Hükümeti, söz konusu adam öldürme fiilinden hemen sonra, Danimarka'da ceza soruşturması başlatmış ve suçu işlediğinden şüphelenilen kişinin, Türk makamlarından iadesi talebinde bulunmuştur. Bununla birlikte Türk makamları, talebi açıkça cevaplamamışlar ve dava dosyasının gönderilmesini istemekle, Danimarka Hükümetinin talebini zımnen reddetmişlerdir. Öte yandan bu durum, Danimarka'nın şikayetçiye karşı sürdürdüğü soruşturmada, davayı Türk adli makamlarına bırakmaya kadar, hazırlık aşamasının ertelenmesi anlamını taşımaktadır. Savcılık, henüz şikayetçiye karşı Gentofte mahkemesi önünde ceza takibine girişmemiştir. Danimarka Hükümeti, Türk adli makamlarına dosyayı bütünüyle göndermeden ve yargılama yetkisini devretmeden önce; Danimarka makamlarının bir yandan, Türkiye'deki yargılamada verilen cezanın üzerine Danimarka'daki cezanın eklenmesiyle *ne bis in idem* [aynı fiilden dolayı birden fazla ceza verilemez] ilkesine aykırı davranılmaması; öte yandan, Türkiye'deki yargılamanın sonunda şikayetçiye idam cezasının verilmemesi konusunda, kendini güvence altına almak zorunda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Danimarka makamlarının, Türk yargı organlarına yargılama yetkisini devretmeden önce, şikayetçiyi sorguya çekmesi gerekmektedir.

91. Mahkeme, Danimarka ve Türkiye'nin, birlikte sorumluluğu altında usul işlemlerinin, uluslararası işbirliğini gerekli kıldığı her aşaması bakımından hızlı hareket edilmediği açık olsa bile, Danimarka'nın bekleyerek geçirdiği sürelerden dolayı sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir.

92. Bundan dolayı Mahkeme gecikmelerin, Danimarka makamlarının icrai ya da ihmali bir fiiline isnat edilemeyeceği ve bunun adli yardımlaşma sisteminin doğduğu sonucuna ulaşmıştır. Adli yardımlaşmanın çok sayıda ülkedeki işleyişi ve her hükümetin diğerleriyle olan ilişkisine bağımlı olması gözetildiğinde, bu sonuç kaçınılmazdır. Söz konusu gecikmeler bakımından, alışlagelmiş bir sistemin işleyişine bağılı kalındığı sürece, tarafların açıkladığı gerçekler göz önünde tutulmak zorundadır (bkz. Başvuru no: 11703/85, D. - Federal Almanya, kabul edilebilirlik kararı, 9 Aralık 1987, DR 54, s. 116).

(ii) Türk Makamları

93. Şikayetçi, Türk adli makamlarının, özellikle Danimarka makamları ile karşılıklı yazışmaların akışını hızlandırmadığı iddiasında bulunmuş; Türk adli ve idari makamlarının tutumunun, yargılama sürecinin uzamasına sebep olduğunu ileri sürmüştür. İlgili makamlar, yazışmalarında ve gerekli diğer işlemlerinde, dava bakımından, ceza yargılamaları usulünde gerekli özeni göstermemiştir. Şikayetçiye göre, adli yardımlaşma sisteminin, iki devlet arasında kötü işlemeden Danimarka makamları kadar, Türk makamları da sorumludur.

94. Türk Hükümeti, Türk adli ve idari makamlarının dava dosyasını Danimarka makamlarından alabilmek için, gerekli müracaatları yaptığını belirtmiştir. Oysa bu müracaatlar olumlu sonuç vermemiş; dava dosyasının ve suçun işlendiği yerde Danimarka makamlarınca toplanan delil unsurlarının yokluğunda, Türk mahkemelerinin bir karar alması mümkün olmamıştır.

95. Mahkeme, Türk makamlarının tutuklama kararından sonra şikayetçiye karşı ceza yargılamasını başlattığını; ancak Danimarka makamlarınca, Kartal Ağır Ceza Mahkemesine dosyanın tamamlanmadan gönderildiği tarih olan 14 Temmuz 1995'te pek ilerleme kaydedilmediğini tespit etmiştir.

96. Mahkeme, şikayetçi ile ilgili ceza yargılaması esnasında, yalnızca Türk makamlarına yüklenebilecek, boşa geçirilmiş hiçbir süre belirleyememiştir. Mahkeme uluslararası işbirliği usulünün bazı aşamalarında hızlı hareket edilememesinin, Danimarka ve Türkiye'nin birlikte sorumluluğu ile ilgili olduğu sonucuna ulaşmıştır.

97. Adli yardımlaşma usulüne gelince Mahkeme, yukarıdaki tespitleri yinelemekle yetinmektedir (paragraf 92).

98. Mahkeme, Türk makamlarının 21 Temmuz 1993'te, şikayetçiyi şartlı salıverdıklarını göz önünde tutmuştur. Böylece geçici tutuklama, bir yıl, yirmi iki gün devam etmiştir. Mahkeme, yargılama sürecinin uzunluğuna oranla, hapsedilme süresinin önemi üzerine düşüncelerini burada hatırlatır (yukarıda paragraf 72).

99. Mahkeme, tüm verileri göz önünde tutarak, şikayetçinin davasının yürütülmesinde yargılama makamlarının, genel olarak, gerekli özeni göstermiş olduğu sonucuna varmıştır.

100. Bundan dolayı, davada Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasının ihlali söz konusu değildir.

II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİ 2. FIKRASI ve 3. FIKRASI a) BENDİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

101. Şikayetçi aynı zamanda, Sözleşmenin 6. maddesi 2. fıkrası¹⁰ ve 3. fıkrası a) bendinin¹¹ ihlal edildiğini iddia etmiştir.

102. 6. Maddenin 1. fıkrası konusunda yapılan değerlendirmelerde ele alınan olgulara dayandığından, Mahkeme bu iddiaların, ayrı olarak incelenmesinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

BU NEDENLERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Türk Devleti tarafından, Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasının ihlal edilmediğine,
2. Danimarka Devleti tarafından, Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasının ihlal edilmediğine,
3. Sözleşmenin 6. maddesi 2. fıkrası ve 3. fıkrası a) bendine bağlı iddiaların ayrıca incelenmesine yer olmadığına karar verdi.

Fransızca olan karar, İçtüzüğün 77. maddesi 2.¹² ve 3.¹³ fıkralarının öngördüğü şekilde, yazılı olarak, 8 Kasım 2001'de bildirildi.

¹⁰ Sözleşme m. 6/2: "Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır."

¹¹ Sözleşme m. 6/3: " Her sanık ezcumle: a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek, (...) hak[kı]na sahiptir."

¹² İçtüzük m. 77/2: "Son kararlar Daire Başkanı veya görevlendirilen diğer bir yargıç tarafından aleni bir duruşmada okunabilir. Devlet temsilcileri ile tarafların temsilcileri bu duruşmanın tarihi hakkında belirli bir süre önce bilgilendirilir. Aksi takdirde bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörüldüğü şekilde tebliğ edilen son karar, bu kararın tefhimini oluşturur."

¹³ İçtüzük m. 77/3: "Son karar Bakanlar Komitesine iletilir. Yazı İşleri Müdürü son kararın onaylı birer örneğini taraflara, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, üçüncü tarafa ve doğrudan ilgili üçüncü kişilere gönderir. Orijinal nüsha usulüne göre imzalanıp mühürlenerek Mahkemenin arşivinde saklanır."

§ 2. DEĞERLENDİRME

Sarı - Türkiye ve Danimarka Davasının esası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılama ilkesi”ne¹⁴ ilişkindir. Somut olay bakımından özellikle, ilgili maddenin 1. fıkrasında yer alan, yargılamada makul süre şartı değerlendirme konusu yapılmıştır. Davanın ilgi çeken bir özelliği de, davalı iki ayrı devletin bulunmasıdır.

Makul süre şartına uyulup-uyulmadığını belirlemek için doğaldır ki, yargılama süresinin başlangıcı ile sonunun bilinmesi gerekir. Mahkeme somut davada, yerleşik içtihatlarına uygun şekilde bunu ortaya koymuştur (par. 66-68). Bu çerçevede sadece şekli unsurlara dayalı değerlendirme yapılmamış; sanık üzerindeki etkiler gibi maddi unsurlar da göz önünde tutulmuştur. Sürenin başlangıcı, “tutuklama”, “suçlama” ve “hazırlık soruşturması açılması” gibi olgular yanında¹⁵ “sanığın durumunda önemli etkiler doğuran” başka sebeplerle de belirlenebilir¹⁶. Mahkeme sürenin, şikayetçinin suçun işlendiği yer devleti olan Danimarka’dan kaçışından sonra, Danimarka mahkemesinin suçlaması ile başladığını (26 Şubat 1990) kabul etmiştir.

Sürenin sonu belirlenirken, tüm müracaat yolları da dahil yargılama sürecinin her aşaması göz önünde tutularak¹⁷ Kartal Ağır Ceza Mahkemesince verilen son karar tarihi (20 Kasım 1998) esas alınmıştır. Sürenin başlangıcı ile sonu arasında uzun bir zaman aralığı olduğu görülecektir: Sekiz yıl, yedi ay, yirmi iki gün.

Makul süre değerlendirmesinde Mahkeme, toplam sürenin uzunluğunu tek unsur olarak ele almamakta; ayrıca üç ölçüte başvurmuştur: “Dava konusunun niteliği”, “şikayetçinin tutumu”, “adli makamların tutumu”. Bu

¹⁴ “Dürüst yargılama” da denilen “adil yargılama” ilkesi, şu şekilde tanımlanabilir: “Yeterli savunma imkanının tanındığı, hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurulmaksızın yapılan yargılama”dır (SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”, Çev. Cumhuriyet Şahin, SÜHFD, C. 5 (1996), S. 1-2, s. 270).

¹⁵ Wemhoff - Almanya Davası, 27 Haziran 1968, Seri A no: 7, s. 26-27, par. 19. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa İctihatları, İstanbul 1997, s. 25-40.

¹⁶ Foti ve Diğerleri - İtalya Davası, 10 Aralık 1982, Seri A no: 56, s. 18, par. 52. Kararın Türkçe özeti için bkz. YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998, s. 230-231. Sürenin başlangıcı konusunda Mahkeme içtihatlarının değerlendirmesi için bkz. GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 1996, s. 258, par. 515; YILDIZ, s. 115-117.

¹⁷ Sürenin sonunun belirlenmesi konusunda bkz. GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 258, par. 516; YILDIZ, s. 117-119.

çerçevede somut davanın şartlarına göre¹⁸, her bir devlet için ayrı süreler belirlemiş; davanın karmaşıklığı, şikayetçinin tutumu ve uğradığı kayıpları da objektif unsurlar olarak göz önünde bulundurmıştır.

Mahkeme, adli yardımlaşma ve yargılama yetkisinin devri usullerinin işleyişini değerlendirerek; davalı devletler adli ve idari makamlarının aktif bir eylemine ya da ihmaline dayalı bir hak ihlali bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, üyeleri eşit ve egemen birimlerden oluşan uluslararası toplumda, bu toplum üyeleri arasındaki ilişkilerin, karşılıklı bağımlılık çerçevesinde gelişeceği olgusundan hareketle adli yardımlaşma sisteminin ağır işlemesinden, davalı devletlerin ayrı ayrı sorumlu tutulamayacağını haklı olarak kabul etmiştir. Davalı devletlere isnat edilemeyen ve salt sistemden kaynaklanan bu gecikmeler, davayı karmaşık hale getirmektedir.

Şikayetçinin suçun işlendiği yer devleti olan Danimarka'yı terk etmekle, mahkeme önüne çıkma yükümlülüğüne aykırı olarak adaletten kaçtığı ve öte yandan bu durumun, davaya karmaşık bir yapı kazandırdığı belirtilerek; makul süre bakımından şikayetçinin tutumu da değerlendirme konusu yapılmıştır. Mahkeme burada, şekli anlamda yargılama yetkisinin varlığını değil; maddi anlamda yargılayabilme imkanını gözeterek, maddi unsur ilkesinin farklı bir görünümünü ortaya koymuştur.

Yargılamada makul süre şartını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kendisi için de tartışmak mümkündür. Somut davada başvuru tarihinden karar tarihine kadar yaklaşık sekiz yıl, yedi ay süre geçmiştir. Bu sürenin son üç yılı Mahkeme önündedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde insan hakları koruma sisteminin etkin işlemesi bakımından¹⁹, 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girdiği tarihten sonra Mahkemece davaya bakma sürelerinin giderek kısalmasını beklemek, makul bir talep olarak değerlendirilmelidir.

¹⁸ Ceza davaları bakımından örnek olarak, Dobertin - Fransa Davasında yargılamanın oniki yıl; Kemache - Fransa Davasında sekiz buçuk yıl; Abdoella - Hollanda Davasında dört yıl, dört ay sürmesi Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrasına aykırı bulunmuştur (ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001, s. 181).

¹⁹ ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Frau - İtalya Davası: 'Frau v. Italy: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde 'Makul Süre' Şartı", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, S. 1 (Mayıs 1994), s. 40; ÇAVUŞOĞLU, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, C. 14 (1992), s. 137-138.

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN BİR
KARARI (BGE 125 III 263 ff) VE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd.Doç.Dr. M.Fadıl YILDIRIM**

Karar Başlığı: 125 III 263

Lobos Informatik A.Ş.'nin Debita A.Ş.'ne karşı açmış olduğu davada yapılan başvuru üzerine 1. Hukuk Dairesince verilen 29 Nisan 1999 Tarihli Karar.

ÖZET:

Sayfa: 263 (BGE 125 III 263).

Bilgisayar Program Lisans Sözleşmesi

Genel sözleşme şartları içerisinde öngörülen lisanslı programda değişiklik yapma hakkı, müzakere edilerek kararlaştırılmış ek sözleşme ile sınırlandırılmadığı takdirde mevcuttur. Lisans verenin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, bu sözleşmeyi kaleme alanın sözleşme metninde kullandığı Elektronik Bilgi İşlem Sistemi (Elektronische Daten Verarbeitung=EDV) teknik kavramına göre belirlenir.

Şayet sözleşmede programın amaç (=Objekt) kodunun kurulacağı kararlaştırılmış ve fakat kaynak kodu da kurulmuş ise, lisans alan dürüstlük kuralı gereğince kaynak koddan ivazsız olarak yararlanabilmek ve dolayısıyla programda değişiklik yapma hakkına kavuşamaz.

OLAY:

A. Lobos Informatik Anonim Şirketi ve Debita Anonim Şirketi 19 Aralık 1988 tarihinde aktedilen bir muhasebe programı lisans sözleşmesinin taraflarıdır. Bu sözleşmeye ek olarak yapılan bir sözleşme ile programın amaç kodunda kurulacağı kararlaştırılmış iken, program hem amaç kodunda hem

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

de kaynak kodunda kurulmuştur.

25 Ocak 1996 yılında Debita A.Ş., Lobos A.Ş.'den modem desteği talep etmiştir. Bu sayede Lobos A.Ş., kendileri tarafından en son 3 Mayıs 1993'te gerçekleştirilen değişiklikten sonra, programın değiştirilmiş olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Debita A.Ş'den programı eski haline getirmesi istenmiş ancak bu talep reddedilmiş ve bir uzlaşma sağlanamamıştır.

B. 6 Kasım 1996 tarihinde Lobos Informatik A.Ş., Schwyz Kanton Mahkemesine müracaat ile Debita A.Ş.'nin, kaynak kodunda kayıtlı programı ve diğer program parçalarını geri vermeye mahkum edilmesini ve özellikle 4 Mayıs 1993 tarihinden itibaren gerçekleştirilen değişiklikleri eski haline getirmesini; yani programın 3 Mayıs 1993 tarihi itibarıyla kullanıma sunulduğu hale getirmeye mahkum edilmesini istemiştir. Kanton mahkemesi 4 Ağustos 1998 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir.

Sayfa: 265 (BGE 125 III 263).

C. Davacı Kanton Mahkemesinin bu kararına karşı hem kanun hem de kamusal başvuru yoluna müracaat etmiştir. Federal Mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiş, 4 Ağustos 1998 tarihli Schwyz Kantonu Mahkemesi kararını kaldırmış, davacının talebinin belirtilen gerekçelere uygun olarak yeniden değerlendirilerek karar verilmesi amacıyla, dava evrakı Kanton Mahkemesine geri gönderilmiştir.

GEREKÇELER:

Gerekçe 4:

İlk derece mahkemesi davalının, ek lisans sözleşmesinde kullanılan "programın amaç kodunda kurulacak olması" ifadesinin ne anlama geldiğini bilmek zorunda olmadığını, onun, lisans sözleşmenin 5.4 paragrafında anılan hükme dayanarak, lisans konusunda değişiklik yapabileceğini, bunun kaynak kodda da tasarruf edebilme hakkı sağladığını kabul etmiştir. Bu görüş davacının yıllardır kaynak kodu davalının nezdinde bulundurması vakıası ile desteklenmiştir. Bundan dolayı davalıya program üzerinde değişiklik yapma hakkının verildiği ve kaynak kodunun geri verilmesi yükümlülüğünün bulunmadığı haklı bulunmuştur.

Davacı ise, kaynak kodun ne lisans sözleşmesinde ne de ek sözleşmede bahis konusu olduğunu, dolayısıyla davalıya sağlanan hakkın kapsamında yer almadığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin karardaki görüşüne karşı davacı, davalının programda değişiklik yapma hakkının bulunmadığını, bunu "programın kurulması amaç kodunda gerçekleşecektir" ifadesinden anlaması gerektiğini, ayrıca bu ifadenin ne anlama geldiğini açıklamak zorunda olmadığını ileri sürmüştür. Diğer yandan davacı, lisans sözleşmeleri-

nin genel kural uyarınca dar yorumlanması, şüphe halinde tartışmalı mali hakkın karşı tarafa sağlanmadığı yönünde bir yorumun yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu kural, kaynak kodun üçüncü kişilere, ancak istisnai hallerde devredildiği vakıası karşısında daha da fazla önem taşımaktadır. Lisans sözleşmenin 5.1, 10.1 ve 10.5 paragraflarında, sonradan yapılacak tüm sözleşme değişikliklerinin yazılı yapılması gerektiği, zımni olarak kaynak kodun lisans sözleşmesine dercinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Lisans sözleşmesinde öngörülen değişiklik yapma hakkı bu yoruma aykırı düşmemekte, onu ortadan kaldırmamaktadır. Zira programda değişiklik yapılması, programın yalnızca amaç kod formunda kullanıma sunulduğu hallerde de mümkün olmaktadır. Buna göre davalının davacıya kaynak kod formundaki programı geri vermektan kaçınması için herhangi bir haklı gerekçe bulunmamaktadır; davacının sırf kaynak kodunu davalıya bırakması olgusu, hakkın davalıya geçişi için yeterli değildir.

Sayfa: 266 (BGE 125 III 263)

a) Bir bilgisayar programı üzerindeki yararlanma hakkı çeşitli hukuki sebeplere istinaden kazanılabilir. Kural olarak program nüshası üzerinde özellikle -sözleşme hükümleri ile sınırlandırılmış- bir mülkiyet hakkı veya programda yalnızca yararlanma hakkını veren ariyet benzeri devri sağlayan gerçek bir lisans sözleşmesi ile gerçekleşebilmektedir (Thomann, Grundriss des Softwareschutzes, Zürich 1992, S. 51 vd.). Programı devralanın yararlanma hakkının kapsamı, kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmayan sözleşme hükümlerine göre belirlenir (Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 1996, S. 132). Bu kural, lisans alanın kaynak koddan yararlanıp yararlanamayacağı sorunun çözümü için de esas alınmalıdır (Blickenstorfer, Der Sourcecode-Escrow, in: Thomann/Rauber (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, S. 213 vd.).

İlk derece mahkemesinin bağlayıcı tespitlerine ek olarak, davalının lisans sözleşmesine dayalı olarak kaynak koddan yararlanıp yararlanmayacağı, özellikle programda değişiklik yapıp yapamayacağı konusunda somut olarak tarafların mutabakatı yoktur. Böyle bir durumda tarafların farazi irade beyanlarının güven ilkesi uyarınca yorumlanması gerekir. Buna göre tarafların kullandıkları sözcüklere ve özellikle olayın tüm hal ve şartlarına göre anlamaya mezun ve anlamak zorunda oldukları hususlar dikkate alınır. Federal Mahkeme sözleşmenin bu objektifleştirilmiş yorumunu hukuki sorun olarak kanun yollarına başvuruda kontrol etmektedir (BGE 123 III 165 E. 3a S. 168; 121 III 118 E. 4b/aa S. 123 ve orada belirtilen diğer kararlar).

b) aa) Yorumlanması gereken taraf anlaşmaları 19 Aralık 1988 tarihli "Program için Lisans Sözleşmesi"nde ve hatalı olarak 13 Aralık 1988 tarihi

atılmış bulunan ek sözleşmede yer almaktadır. Lisans sözleşmesinin 1.3 ve 6.1 numaralı paragraflarında, lisans konusu program üzerindeki mülkiyet hakkının davacıda kalmak suretiyle davalının tasarrufuna ariyet temeline dayalı olarak bırakılması öngörülmüştür. Yararlanma süresi ek sözleşmenin 7. paragrafın 1. fıkrasına göre bir süre ile sınırlandırılmamış, buna karşın lisans sözleşmesine konulan bir hüküm ile (Paragraf 2.6) sözleşmenin feshi imkanı ön görülmüştür. Davalının kaynak kodun ve amaç kodun mülkiyetinin devri konusundaki talep hakkı, buna göre lisans sözleşmesinden ve bunun eki olan sözleşmeden kaynaklanmamaktadır.

bb) Lisans sözleşmesi genel sözleşme şartlarını içermektedir. Bu şartlar daha sonra yapılan ek sözleşme ile müzakere edilerek somutlaştırılmıştır. Sözleşmenin 1.2 paragrafında, genel şartlar ile müzakere edilen hükümler arasında çelişki olması durumunda, açıkça, özel hükümler ile genel hükümlerin ilişkisinde özel hükmün öncelikle uygulanması gerektiği şeklindeki genel esasa uygun olarak, ek sözleşme uyarınca değiştirilmiş hükümlerin öncelikle uygulanması gerektiği belirtilmiştir (BGE 123 III 35 E. 2c/bb S. 44 ve orada anılan kararlar; Kramer, Berner Kommentar, N. 210 vd. zu Art 1 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, S. 235 Rz. 1139; Bucher, Basler Kommentar, N. 54, zu Art. 1 OR).

Sayfa 267 (BGE 125 III 263)

Lisans sözleşmesinin 5.4 paragrafına göre davalı lisans konusunu tamamen veya kısmen değiştirme ve ihtiyaçlarına göre uyarlama hakkına sahiptir. Buna karşın ek sözleşmenin 2. paragrafının 2. fıkrasına göre programın amaç kodunda kurulacağı öngörülmüştür. Amaç kodunda yazılmış bir programın okunmasının çok güç olmasından dolayı pratik olarak değişiklik yapmak imkansızdır ve dolayısıyla lisans sözleşmesi ile öngörülen davalının programda değişiklik yapma hakkı önemli ölçüde (şiddetle) sınırlandırılmıştır. İlk derece mahkemesinin görüşünün aksine burada lisans sözleşmesinin 1.2 paragrafına nazaran "açıkça" farklı bir düzenleme söz konusudur ve buna göre programın değiştirilmesi hakkının sınırlandırıldığı, programın amaç kodunda kurulacağı ifadesine yer verilerek ki, bunun ne anlama geldiği herkesçe kolaylıkla anlaşılabilir, açık bir biçimde yer almıştır. Ek sözleşme ile müzakere edilen hususlardan, lisans konusunun değişiklik yapılabileceği yönünde karşı taraf için bir zikir ve vaad anlamına gelebilecek başkaca hal ve şart da tespit edilememektedir. Zira ek sözleşme ile müzakere edilen hükümlerin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Esas itibarıyla davalı lisans sözleşmesinin 1.2 paragrafına dayanarak genel sözleşme hükümlerinin ek sözleşme hükümleri ile tadil edildiğine (önceki sözleşme ile sağlanan hakların ortadan kaldırılmadığına) dayanmaktadır. İlk derece mahkemesinin görü-

şünün aksine davacı, ek sözleşmede belirtilen “programın amaç kodda kurulacak olması” ifadesinin ne anlama geldiği konusunda karşı tarafı dürüstlük kuralı gereğince aydınlatmak konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük, kendisi tarafından imza edilmiş sözleşme hükümlerinin içeriğinden bizzat kendisinin haberdar olması gerektiği için davalıya düşer. Taraflar arasında büyük bir bilgi uçurumunun bulunduğu durumlarda dahi, davalının (somut olayda davalı tüzel kişi olduğundan onun organlarının) amaç kodun ne anlama geldiğini kolaylıkla bilebileceğini kabul etmek gerekir. Bilmiyorlarsa örneğin imzadan önce davacıya sorup bu konuda bilgi alabilirlerdi. Buna göre davacı dürüstlük kuralı uyarınca davalı tarafça sorulmadıkça sözleşmede kullanılan bilgi işlem teknik kavramlarının ne anlama geldiğini karşı tarafa bildirmek yükümlülüğü altında değildir.

Sayfa: 268 (BGE 125 III 263)

Buna göre davalının programda değişiklik yapma hakkının sınırlandığını bildiğini ve bunu onayladığını kabul etmek gerekir. Hülasa sözleşme bu anlamda her iki taraf için de bağlayıcıdır; davalının beyan hatasına düşüp düşmediğini araştırmaya gerek yoktur. Lisans sözleşmesinden ve 19 Aralık 1988 tarihli ek sözleşmeden kaynaklanan, davalının kaynak kodda değişiklik yapma ve ondan yararlanma konusunda bir hakkının bulunmadığını kabul etmek gerekir.

c. Tüm bu ifadelerden yola çıkarak, davacının kaynak kodu da kurmak suretiyle yerine getirdiği edim, esasen sözleşme ile yükümlü olmadığı bir edimdir. Davalının bunu sözleşmenin değiştirilmesi konusunda bir teklif olarak anlamaya mezun olup olmayacağı ve dolayısıyla kaynak koddan yararlanma hakkı verip vermeyeceği hususu, ilk derece mahkemesince de fiili irade uyuşmasının bulunmadığının tespiti vakıası karşısında, dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir. Lisans sözleşmesinde her türlü değişikliğin ancak yazılı olarak yapılması gerektiği şeklindeki düzenleme, sonradan söz konusu şekil şartına ilişkin hükümde bir değişikliğinin yaratılmasına engel değildir, yani taraflar öngördükleri şekil şartından daha sonra zımnen vazgeçebilmektedirler (BGE 105 II 75 E. 1, S.78; Schmidlin, Berner Kommentar, N. 45 zu Art. 16 OR; Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, S. 225, N. 422). İlk derece mahkemesinin görüşünün aksine davacının kaynak kodu yıllardır davalı nezdinde bulundurması, dürüstlük kuralı uyarınca yapılacak yorumun, tarafların sözleşmenin kuruluşu esnasında (olayda ayrıca sözleşmenin değiştirilmesi esnasında) bilinen ve bilinmesi gereken hususları kapsamaması gerektiğinden, dikkate alınmaması gerekir (BGE 107 II 417 E. 6, S. 418).

Kaynak kodun devri programda değişiklik yapmayı önemli ölçüde ko-

laylaştırmakta ve programın içerdiği know-how'ın başkalarına devrine imkan sağlamaktadır. Kaynak kod, davacının sözleşmenin kuruluşu esnasında üstlendiği yükümlülüğe nazaran konu itibariyle taşkın bir edim teşkil etmektedir ve olsa olsa ek bir karşı edim mukabilinde söz konusu imkan sağlanabilir (Blickenstorfer, a.a.O., S. 213 vd.; Frei, Softwareschutz durch das Patentrecht, in: Thomann/Rauber, Softwareschutz, Bern 1998, S. 105). Bu hal ve şartlar altında davalı, davacının kendisine, kendi arzusuyla ve karşılığında ek bir karşı edim istemeksizin sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirdiğini iddia edemez. Davacının kaynak kodu hangi başka amaçla kurmuş olduğu hususu cevapsız kalmakla birlikte, davalının kaynak kodda değişiklik yapması ve ondan yararlanmanın davacının zararınadır; davalı tarafından anlaşılamayan bir sebeple gerçekleşen kurulum, kendisine bu hakları sağlamaz.

Sayfa: 269 (BGE 125 III 263)

d) Bu söylenenlere göre, davalının kaynak kod üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Davacı buna göre kaynak kodda kaydedilmiş programın geri verilmesini ve mevcut ihlale son verilmesini ve gelecekte de, şayet o bir program için fikri hukuk kurallarına göre istenebiliyorsa, muhtemel hak ihlallerinden kaçınmasını isteyebilir. Bilgisayar programları Fikri Haklar Yasasının 2/III maddesi gereğince eser olarak kabul edilmiştir ve yaratıcısının hususiyetini taşıması kaydıyla korunmaya layık olduğu belirtilmiştir (UrhG. Art. 2/I; BBl 1989 III 522; Thomann, Softwareschutz durch das Urheberrecht, in Thomann/Rauber, Softwareschutz, Bern 1998, S. 13). Federal Mahkemece, soruna ilişkin fiili delillerin yeterince değerlendirilmediği görüldüğünden, dava konusu uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmesi için kararın ilk derece mahkemesine iadesine karar verilmiştir.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karar İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyyatı'nın 125. bandının özel hukuk ve usul hukuka dair kararlara tahsis edilmiş bulunan III. serinin (Heft) 263 vd. nda yayınlanmıştır. Özel hukuk ilişkileri 120 banda kadar (120. Band dahil) II nolu seride yer almakta iken bu banddan sonra III. seriye konulmaktadır.

Karar gerekçelerinin tümü yayınlanmamış, ilk üç gerekçe dışındaki gerekçelere yer verilmiştir.

Olayın nasıl geliştiği konusunda yeterli bilgi sunulduğunu söylemek zordur. Örneğin özetlenen olayda, taraflar arasındaki ilişkide ivaz unsuruna temas edilmemiştir. Kaynak koddan ek bir yükümlülük üstlenilmeksizin yararlanma mümkün değildir; sözleşme kapsamına kaynak koddan yarar-

lanma dahil değildir, denilmekle, aradaki ilişkinin ivazlı olduğuna işaret edilmekte midir? Bu husus açık değildir. Diğer yandan davalının kullanımına "leihweise" ariyet olarak bırakıldığından söz edilmektedir. Şayet gerçekten ivazsız olarak kullanımına sunulmuş ise bir ariyet unsurundan bahsedilir. Bununla birlikte "lisans konusunun sürekli olarak, zaman bakımından bir sınırlama olmaksızın devredildiği belirtilirken, fesih hakkının saklı tutulduğundan bahsedilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde ilişkinin sürekli bir borç ilişkisi niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir. Olay özetinde de belirtildiği gibi davacı şirket periyodik olarak programın bakımını üstlenmiştir. Davacı şirketin programda en son yaptığı bakımdan sonra, programın değiştirilmiş olduğu tespit edilmiştir. İrade özgürlüğü çerçevesinde taraflar bu türlü sözleşme yapıları yaratabilirler.

Federal Mahkemenin bilgisayar programından yararlanma imkanı veren sözleşmeler bakımından sınırlandırıcı bir tutum izlememiş, farklı sözleşme yapıları ile bilgisayar programlarından yararlanabilmenin mümkün olduğuna işaret etmiştir. Bir bilgisayar program nüshasının üzerindeki mülkiyet hakkının sözleşme hükümleri ile sınırlandırılmış bir biçimde devri yanında gerçek bir lisans sözleşmesi kapsamında programdan yalnızca "ariyet şeklinde" yararlanılmasının sağlanması mümkündür denilmektedir.

Kararda sözleşmenin niteliği konusunda ayrıntılı olarak durulmamıştır. Sürekli bir borç ilişkisi kuracak biçimde bir bilgisayar programı (standart veya özel bir program olabilir) ivazsız olarak sürekli veya süreli olarak bir başkasına devredilebilir (=überlassen); bu kişinin kullanımına sunulabilir. Böyle bir ilişkide ariyet unsurunun bulunduğu muhakkaktır. Böyle bir ilişkide (program fikri hukuk korumasından yararlanıyorsa ki, neredeyse % 99 gibi bir ihtimalle korunmaktadır) ayrıca programı yaratanın veya kanun gereğince mali hak sahiplerinin fikri hukuktan kaynaklanan mutlak hakları bulunmaktadır. Bu ilişkiye fikri haklardan yararlanma hakları da eklenmektedir. Bu haklardan nasıl yararlanılacağı lisans anlaşması ile ayrıca belirlenmiştir. Dolayısıyla ilişki kanunen düzenlenmemiş kendine özgü bir sözleşme niteliği taşımaktadır¹.

Burada temas edilmesi gereken önemli hususlardan birisi Federal Mahkemenin "aydınlatma yükümlülüğü" konusundaki tutumudur. Federal Mahkeme'ye göre, sözleşmeyi kaleme alanın sözleşmede yer alan hükümlerin ne anlama geldiği konusunda genel bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu külfet (Federal Mahkeme bunu bir külfet olarak değerlendirmekte-

¹ Bilgisayar program sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul 1999.

dir) böyle bir sözleşmeye imza koyan karşı tarafa düşmektedir; sözleşmede yer alan deyimlerin ne anlama geldiğini bilmiyorsa bunu karşı tarafa sorup öğrenmesi gereklidir. Bunu yapmamış ise daha sonradan kendisine bir kavramın ne anlama geldiğini bilmediğini ileri süremez ve bu sayede bir hakkı kazanamaz. Somut olayda davalı şirketin “amaç kod” kavramını araştırmasından imza koymasında kusurlu bulunmuştur. Diğer yandan iyiniyetli de olursa fikri bir hakkın iktisabının mümkün olmadığına yer verilmiştir.

Federal Mahkeme tarafların irade beyanlarının uygunluğunu tespitte objektifleştirilmiş yorum yöntemini benimsediği açıkça belirtmektedir. Objektifleştirilmiş yorum yönteminin somut bir olayda uygulanmasının güzel bir örneğini vermektedir. Diğer taraftan yapılacak yorum, sözleşmenin kuruluşu esnasında bilinen veya bilinmesi gereken hususları kapsar; sözleşmenin ifası aşamasında gerçekleşen olgular yoruma esas alınmaz. Bu düşüncenin sonucu olarak kaynak kodun davalının nezdinde bir kaç yıldır bulunması vakıası yorumda nazara alınmamıştır.

Lisans sözleşmesinin tabi olduğu şekil konusunda da karar önemli bir ip ucu sunmaktadır. Federal Mahkeme’ye göre lisans sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir. Bu tespit yerindedir².

Şayet taraflar arasında sözleşme hükümlerinin ancak yazılı şekle uyularak değiştirilebileceği konusunda bir anlaşma varsa Federal Mahkeme’ye göre, bu şekil şartı zımnen ortadan kaldırılmış olabilir; bir diğer ifade ile, sözleşme hükümlerinde gerçekleşecek her türlü değişikliğin yazılı olarak yapılmasından **zımnen** de feragat edilebilir. Bu düşüncenin sonucu olarak Federal Mahkeme, kaynak kodun da devri olgusunun zımnen sözleşme içeriğinde bir değişiklik anlamına gelip gelmediğini tartışmıştır. Ek sözleşmede kullanılan “programın amaç kodunda kurulacak” olmasının esas itibariyle karşı tarafın programda değişiklik yapmasını ortadan kaldırmayacağı hususuna da temas edilmiştir. Zira amaç kodundaki bir program da da “tersine mühendislik” yöntemi ile elde edilecek kaynak kod sayesinde programda

² Bununla birlikte Türk Hukuku bakımından lisans sözleşmesine konu olan husus, fikri haklarca korunan eserlerde mali hakların devrine ilişkin sözleşme ve tasarruflar yazılı olarak yapılmalıdır (FSEK. m. 52). Bu hükümde yalnızca tasarruf işlemleri veya kullanım hakkının devrinin de şekil kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılmaksızın genel bir ifade kullanılmıştır. Standart bir bilgisayar programı nüshasının asgari lisans kapsamıyla devredildiği hallerde sözleşme sui generis nitelik taşıdığından sözleşmenin yazılı olarak yapılmasına gerek yoktur. Asgari lisanstan sapan anlaşmaların yazılı olması gerekir. Bu konuda bkz., Yıldırım, 110 vd; Bilgisayar program sözleşmelerinin tüm devir biçimlerinde sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüş için bkz., Eroğlu, S., Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 116, dipn. 69.

değişiklik yapılabilir. Türk Kanunkoyucusu tersine mühendislik işlemlerine sınırlı hallerde ve hak sahibinin izni ile imkan tanımıştır (FSEK. m. 38/VI).

Kararda davacının, bilgisayar programlarının know-how unsuru içerdiği ve kaynak kodun devri halinde bu know-how'ın kolaylıkla anlaşılacağı iddiasına cevap verilmemiştir. Bilgisayar programları istisnaen sır niteliğinde teknik bilgiler içerseler dahi, standart bilgisayar program nüshasının devri bir know-how lisansı olarak nitelenemez³.

Son olarak temas edilmesinde yarar görülen husus, Federal Mahkeme'nin, genel işlem şartları ile müzakere edilmiş hükümler arasında ilişkinin tespitinde takip ettiği yoldur. Genel işlem şartları ile müzakere edilen hükümler arasında bir çelişki varsa, sorun müzakere edilen hükümler çerçevesinde çözümlenecek, müzakere edilmiş hükümler öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

³ Yıldırım, 21-22.

**AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİNİN ACİZ
PROSEDÜRÜ HAKKINDAKİ 29 MAYIS 2000 TARİH
VE 2000/1346 SAYILI TÜZÜĞÜ**

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN**

Avrupa Birliği Konseyi, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Finlandiya Cumhuriyetinin girişimi ile, Avrupa Topluluğu Kuruluş Anlaşmasına, özellikle m.65/c ve m. 67, I hükümlerine dayanarak,

Avrupa Parlâmentosu mütalâasını¹

Ekonomik ve Sosyal Komitenin mütalâasını² değerlendirerek aşağıdaki gerekçeler mülâhazasıyla bu Tüzüğü³ çıkardı⁴.

(1) Avrupa birliği bir özgürlük, güvenlik ve hukuk sahası yaratmayı amaçlamaktadır.

(2) Ortak pazarın arızasız işlemesi için sınır ötesi aciz prosedürlerinin etkin ve müessir olması gerekir; Anlaşmanın 65. maddesi anlamında hukuki konularda adli işbirliği alanında bu amacın gerçekleştirilmesi için bu Tüzüğün kabulü gereklidir.

(3) İşletmelerin ticari muameleleri giderek ülke sınırlarını aşmakta ve böylece artan oranda topluluk hukuku hükümlerine tabi olmaktadır. Böyle işletmelerin aczinin ortak pazarın usulüne uygun olarak işlemesinde zararlı sonuçları da olduğu için, ödeme aczine düşen bir borçlunun malvarlığı hakkındaki tedbirlerin koordinesini düzenleyen bir topluluk hukuku tasarrufuna ihtiyaç vardır.

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ 2 Mart 2000 Tarihli Mütalâa (henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır).

² 26 Ocak 2000 Tarihli Mütalâa (henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır).

³ (ABl. L 160 vom 30/06/2000 S. 0001 – 0013).

⁴ Internet, Geltendes Gemeinschaftsrecht, http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/da/2000/de_300R1346.html (15.11.2000).

(4) Ortak pazarın usulüne uygun işlemesi için, tarafların, daha elverişli bir hukuki durum elde etmek için, malvarlıklarını veya davaları bir üye ülkeden bir diğerine kaydıracak teşviklerden kaçınılması zorunludur (“forum shopping”).

(5) Bu amaçlar münferit ülke düzeyinde yeterli ölçüde gerçekleştirilemeyebilir ve bu da topluluk düzeyinde bir önlem alınmasını haklı kılmaktadır.

(6) Bu Tüzük orantılılık ilkesi gereğince, aciz prosedürünün açılması ve doğrudan doğruya aciz prosedürünü düzenleyen ve bununla yakından ilişkili olan kararlar için yetkiyi düzenleyen hükümlerle sınırlı olmalıdır. Bundan başka bu Tüzüğün böyle kararların tanınmasıyla ilgili ve keza bu ilkeyi de karşılayan uygulanabilir hukukla ilgili hükümleri ihtiva etmesi gerekir.

(7) İflas, Konkordato ve benzeri prosedürler, katılım anlaşmalarıyla⁵ değiştirilen şekliyle, 1968 tarihli hukuki ve ticari konularda mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki Brüksel sözleşmesinin⁶ uygulama alanı dışındadır.

(8) Aciz prosedürlerinin sınır ötesi etkisiyle birlikte etkinliğinin ve müessiriyetinin artırılması amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak bu alanda mahkemelerin yetkisi, tanıma ve bu alanda uygulanacak hukuk hakkındaki hükümlerin üye ülkeleri bağlayan ve doğrudan doğruya geçerli bir topluluk hukuku tasarrufunda toplanması gerekli ve uygundur.

(9) Bu Tüzük, borçlunun gerçek yada tüzel kişi, tüccar veya özel şahıs olmasına bağlı olmaksızın tüm aciz prosedürleri için geçerlidir. Bu Tüzüğün uygulanacağı aciz prosedürleri eklerde belirtilmiştir. Sigorta işletmelerinin, kredi kurumlarının, üçüncü kişilerin paralarını veya menkul kıymetlerini muhafaza eden menkul kıymet firmaları ile müşterek yatırım teşekküllerinin malları hakkındaki aciz prosedürleri bu Tüzüğün uygulama alanının dışındadır. Bu işletmeler için özel hükümler geçerli olduğu ve ulusal denetim makamları kısmen çok geniş ölçüde müdahale yetkisine sahip olduğu için bu işletmelerin bu Tüzük kapsamında olmaması gerekir.

(10) Aciz prosedürlerini bir mahkemenin müdahalesi ile bağlı olması zorunlu değildir. Bu yüzden bu Tüzükteki “mahkeme” tabiri geniş

⁵ ABl. L 299 vom 31.12.1972, S. 32.

⁶ ABl. L 204 vom 2.8.1975, S. 28.
 ABl. L 304 vom 30.10.1978, S. 1.
 ABl. L 338 vom 31.12.1982, S. 1.
 ABl. L 285 vom 3.10.1989, S. 1.
 ABl. C 15 vom 15.1.1997, S. 1.

yorumlanmalı ve münferit ülke hukukuna göre bir aciz prosedürünü açmaya yetkili her şahıs veya makamı belirtmelidir. Bu Tüzüğün uygulanması için, sadece bu Tüzükle uyumlu olan değil aynı zamanda borçlunun mallarına kısmen veya tamamen el konulması ve bir aciz idarecisinin atanmasıyla sonuçlanan külli bir prosedür olması zorunlu olan aciz prosedürünün açılmasının üye ülkede resmen tanınan ve hukuken geçerli bir prosedür (ilgili hukuki tasarruf ve usulleriyle birlikte) olması zorunludur.

(11) Bu Tüzük, maddi hukuktaki büyük farklılıklar yüzünden bir aciz prosedürünün tüm topluluk için evrensel anlamda uygulanabilir olmadığını gerçeğini kabul eder. Prosedürün açıldığı ülke hukukunun istisnasız uygulanması bu arka plandan dolayı çok defa zorluklar meydana getirirdi. Bu durum örneğin topluluktaki teminat haklarıyla ilgili oldukça farklı yasalar için geçerlidir. Üstelik münferit alacaklıların aciz prosedüründeki rüçhan hakları bazı konularda tamamen farklı düzenlenmiştir. Bu Tüzüğün iki farklı durumu dikkate alması gerekir: Bir yandan özellikle önem arz eden haklar ve hukuki ilişkiler için özel bağlama kurallarının (örneğin aynı haklar veya iş sözleşmeleri) öngörülmesi gerekirken, diğer yandan evrensel geçerliliği ile birlikte bir esas aciz prosedürünün yanında sadece prosedürün açıldığı ülkede bulunan mallara yönelik ülke içi prosedürün de kabul edilmesi gerekir.

(12) Bu Tüzük, borçlunun esaslı menfaatlerinin ağırlık noktasının bulunduğu üye ülkede, esas aciz prosedürünün açılmasına müsaade eder. Bu prosedür borçlunun tüm malvarlığını kapsamayı amaçlayan evrensel geçerliliğe sahiptir. Bu Tüzük, farklı menfaatlerin korunmasına yönelik olarak, esas aciz prosedürünün açılmasına paralel olarak tali aciz prosedürünün açılmasına da müsaade eder. Bir tali aciz prosedürü borçlunun şubesinin bulunduğu üye ülkede açılabilir. Bu prosedürün sonuçları borçlunun mallarının bulunduğu üye ülke ile sınırlıdır. Esas aciz prosedürüyle koordineye yönelik emredici hükümler toplulukta prosedürün bütünlüğü kuralına göre dikkate alınır.

(13) Esaslı menfaatlerin ağırlık noktası olarak borçlunun menfaatlerini olağan olarak idare ettiği ve bu suretle üçüncü kişiler için tespit edilebilir yerin geçerli olması gerekir.

(14) Bu Tüzük sadece, borçlunun toplulukta esaslı menfaatlerinin ağırlık noktasının bulunduğu prosedürler hakkında geçerlidir.

(15) Bu Tüzüğün yetki hakkındaki hükümleri sadece uluslararası yetkiyi tespit eder, bunun anlamı, aciz prosedürünün açılması üye ülke hukukuna bırakılmaktadır. İlgili üye ülkenin iç yetkisinin ilgili ülkenin hukukuna göre belirlenmesi zorunludur.

(16) Esas aciz prosedürünün açılması için yetkili olan mahkemenin prosedürün açılması talebinden itibaren geçici koruma önlemlerini almaya yetkili olması gerekir. Aciz prosedürünün başlamasından gerek önce gerek sonraki koruma önlemleri aciz prosedürünün etkililiğinin sağlanması açısından büyük önem taşır. Bu Tüzüğün bunun için farklı imkanlar öngörmesi gerekir. Bir yandan esas aciz prosedürü için yetkili olan mahkemenin diğer bir üye ülkenin egemenlik sınırları içerisinde bulunan mallar hakkındaki geçici koruma önlemlerini düzenleyebilmesi gerekirken, diğer yandan da borçlunun şubesinin bulunduğu üye ülkede esas aciz prosedürünün açılmasından önce tayin edilen geçici aciz idarecisinin bu üye ülke hukukuna göre alınabilecek koruma önlemlerinin alınmasını talep edebilmesi gerekir.

(17) Esas aciz prosedürünün açılmasından önce borçlunun şubesinin bulunduğu üye ülkede bir aciz prosedürünün açılmasını talep hakkının, sadece borçlunun esaslı menfaatlerinin ağırlık noktasının bulunduğu üye ülke hukukunun esas aciz prosedürünün açılmasını tecviz etmediği yerli alacaklılar ve yerli şube ile ilgili durumlarla, sınırlı olması gerekir. Böyle bir sınırlandırmanın sebebi, esas aciz prosedüründen önce cüzi bir aciz prosedürünün açılmasının talep edilebilmesinin zorunlu durumlarla sınırlı olması gereğidir. Esas aciz prosedürünün açılmasından sonraki cüzi prosedür tali prosedüre yönelik olacaktır.

(18) Esas aciz prosedürünün açılmasından sonra, borçlunun şubesinin bulunduğu üye ülkede bir aciz prosedürü açılmasını talep hakkı bu Tüzükle sınırlandırılmaz. Esas aciz prosedürünün idarecisinin veya ilgili üye hukukunca yetkili kılınan diğer bir şahsın tali aciz prosedürünün açılmasını talep edebilmesi gerekir.

(19) Tali bir aciz prosedürü dahili menfaatleri korumanın yanında başka amaçlara da hizmet edebilir. Eğer borçlunun malvarlığı bütün olarak idare edilebilmek için çok karmaşık veya ilgili hukuk sistemlerindeki farklılıkların çok büyük olmasından birtakım zorluklar doğabiliyorsa, prosedürün açıldığı ülkenin hukuku sonuçlarını borçlunun mallarının bulunduğu diğer ülkelere de sirayet ettiriyorsa bu durum olabilir. Bu yüzden, masanın etkin idaresi için gerekli ise esas aciz prosedürünün idarecisi, tali bir aciz prosedürünün açılmasını talep edebilir.

(20) Bununla birlikte esas ve tali aciz prosedürleri eğer mevcut prosedürler birbiriyle koordine edilebilirse ancak aciz masasındaki mallar etkin bir şekilde paraya çevrilebilir. Buna ilaven, farklı aciz idarecilerinin sıkı bir işbirliği özellikle bilgi alışverişi içinde olması esaslı bir şarttır. Esas aciz prosedürünün baskın rolünü korumak için bu prosedürün idarecisine,

aynı ayda devam eden tali aciz prosedürlerine daha fazla etki etme imkanının verilmesi gerekir. Esas aciz idarecisinin örneğin, bir mali durumu düzeltme veya konkordato planı teklifi veya tali aciz prosedürü masasının paraya çevrilmesinin talikini talep edebilmesi gerekir.

(21) Olağan ikametgahı, mutat meskeni veya merkezi toplulukta olan her alacaklının kendi alacaklarını, borçlunun malları hakkında topluluk ülkelerinde devam eden her aciz prosedüründe ileri sürme hakkına sahip olması gerekir. Bu durum vergi ve sosyal sigorta makamları için de geçerli olmalıdır. Bununla birlikte alacaklılara eşit muamelede bulunmanın gereği paraya çevirime sonucu elde edilen paranın dağıtımının koordine edilmesi zorunludur. Her alacaklının gerçi bir aciz prosedürü çerçevesinde elde ettiğini muhafaza edebilmesi gerekir, fakat başka bir prosedürün masasının dağıtımına katılabilmesi, benzer sıradaki alacaklıların alacaklarına ilişkin aynı payı elde etmiş olmaları halinde mümkün olması gerekir.

(22) Bu Tüzükte kendi geçerlilik alanına giren aciz prosedürlerinin açılması, devamı ve sona ermesi hakkındaki kararlar ile bu aciz prosedürleri ile doğrudan ilgili kararların direkt tanınmasının öngörülmesi gerekir. Otomatik tanınmanın aciz prosedürünün açıldığı ülke hukukunun prosedüre bağladığı sonuçların diğer tüm üye ülkelere teşmil edilmesi şeklinde sonuç doğurması gerekir. Üye ülke mahkemelerinin kararlarının tanınması karşılıklı güven ilkesine dayanır. Bundan dolayı tanımama için haklı sebeplerin zorunlu gerekli ölçü ile sınırlandırılması zorunludur. Esas aciz prosedürünü açmak için ayrı iki üye ülke mahkemesinin yetkili olması halinde sorunun bu ilkeye göre çözümlenmesi gerekir. Prosedürü ilk açan mahkemenin kararının diğer üye ülkelerde tanınması gerekir, bu ülkeler mahkemenin kararını denetlemeksizin kabul etmelidirler.

(23) Bu Tüzüğün aciz prosedürü alanı için münferit ülkelerin devletler özel hukuku yerine geçen yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları düzenlemesi gerekir. Aksi öngörülmedikçe prosedürün açıldığı ülke hukuku (lex concursus) uygulanır. Bu kanunlar ihtilafı normlarının esas ve cüzi aciz prosedürleri için aynı şekilde geçerli olması gerekir. Lex concursus, prosedürle ilgili şahıs ve hukuki ilişkilere ilişkin aciz prosedürünün maddi sonuçları gibi tüm yargılama hukuku sonuçlarını düzenler; aciz prosedürünün açılmasının, devamının ve sona ermesinin tüm şartları Lex concursus'a göre belirlenir.

(24) Açıldığı ülkenin hukukunun usulüne göre uygulandığı bir aciz prosedürünün otomatik tanınması, hukuki tasarrufların yerine getirilmesi için diğer üye ülkelerin hükümleriyle çatışabilir. Prosedürün açıldığı ülkenin

dışındaki diğer ülkelerde güvenin korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması için genel hükümlerin bir dizi istisnasının öngörülmesi gerekir.

(25) Kredilerin güvenliği için büyük anlam ifade ettiğinden aynı haklarda prosedürün açıldığı ülke hukukundan farklı ayrı bir bağlama kuralına özel bir ihtiyaç vardır. Böyle bir ayrı hakkın doğumu, geçerliliği ve öneminin bu yüzden kural olarak hakkın mevcut olduğu yer hukukuna göre belirlenmesi ve aciz prosedürünün açılmasından etkilenmemesi gerekir. Dolayısıyla ayrı hakkın sahibinin ayırma, daha doğrusu masadan çıkarma hakkını teminat konusunda da ileri sürebilmesi gerekir. Şayet bir üye ülkedeki malvarlığı konusu şeyde malın bulunduğu ülke hukukuna göre aynı haklar var ve fakat esas aciz prosedürü başka bir üye ülkede gerçekleşirse, esas aciz prosedürünün idarecisinin, borçlunun orada şubesinin bulunması halinde ayrı hakların doğduğu yetkili ülkede tali bir aciz prosedürünün açılmasını talep edebilmesi gerekir. Tali bir aciz prosedürü açılmadığında ayrı hakların olduğu malların satışından elde edilen artan para esas aciz prosedürünün idarecisine verilir.

(26) Aciz halindeki borçlunun alacağı için geçerli olan hukuka göre takas mümkün ise, prosedürün açıldığı ülke hukukuna göre takas caiz olmamasına rağmen, alacaklının takas hakkına sahip olması gerekir. Bu şekilde alacağın oluşumu anında ilgili alacaklının dayanabileceği hukuki hükümler sayesinde garanti fonksiyonunun bir türü olan takas elde edilebilir.

(27) Özel bir koruma ihtiyacı da ödeme sistemlerinde ve finans piyasalarında vardır. Bu durum örneğin tasfiye sözleşmeleri ve Netting sözleşmeleri ile kıymetli evrakın devri için ve bu işlemleri korumaya yönelik düzenlenmiş önlemlerde, özellikle Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Konseyinin 98/26/EG sayılı ödeme, kıymetli evrak teslimi ve tasfiye sistemlerinin müessiriyeti hakkındaki 19 Mayıs 1998 Yönergesinde⁷ düzenlenmiştir. Bu işlemler için bu yüzden yalnızca ilgili sistem, daha doğrusu ilgili piyasa hakkında uygulanacak hukukun geçerli olması gerekir. Bu hükümle bir iş ortağının aczi halinde ödeme veya mahsup sistemlerinde veya üye ülkelerde düzenlenen finans piyasalarında ödeme veya tasfiye işlemlerine yönelik olarak öngörülen mekanizmaların değiştirilebilmesinin önlenmesi gerekir. 98/26/EG sayılı Yönerge bu Tüzüğün genel hükümlerine takaddüm etmesi gereken özel hükümler içerir.

(28) İşçinin ve iş ilişkisinin korunması yönelik olarak iş ilişkisinin devamı veya sona ermesi ile böyle bir ilişkiye katılan tüm tarafların hak ve yetkileri hakkında aciz prosedürünün sonuçlarının sözleşme için geçerli olan

⁷ ABl. L 166 vom 11.6.1998, S. 45.

hukukun genel kanunlar ihtilafı normları gereğince belirlenmesi zorunludur. İşçinin alacaklarının bir rüçhan hakkı ile korunup korunmayacağı ve gerekirse rüçhan hakkının hangi dereceden elde edilmesi gerektiği örneğinde olduğu gibi diğer aciz hukuku sorunlarının, prosedürün açıldığı ülke hukukuna göre belirlenmesi gerekir.

(29) Ticari muameleler yararına aciz idarecinin talebi üzerine, prosedürün açılması hakkındaki kararın esaslı içeriğinin diğer üye ülkelerde ilân edilmesi gerekir. İlgili üye ülkede şubenin bulunması halinde zorunlu ilân öngörülebilir. Ancak her iki durumda da ilân yabancı ülkedeki prosedürün tanınması için şart değildir.

(30) İlgili şahıslardan bazılarının prosedürün açılmasından haberdar olmadığı ve iyi niyetli olduğu durumlar olabilir. Yabancı ülkede aciz prosedürünün açıldığından haberi olmayan, aciz idarecisine ödemek zorunda olmasına rağmen borçluya ödemedeki bulunan böyle şahısları korumaya yönelik olarak edimin daha doğrusu ödemenin borcu sona erdirici etkisinin tanınması gerekir.

(31) Bu Tüzüğün aciz prosedürünün organizesine ilişkin ekleri içermesi gerekir. Bu ekler münhasıran üye ülkelerin hukukuna ilişkin oldukları için Konsey, özel ve gerektirici sebepler söz konusu olduğunda üye ülkelerin iç hukukundaki muhtemel değişiklikleri dikkate alarak bu ekleri değiştirme hakkını saklı tutar.

(32) Avrupa Birliğine İlişkin Anlaşma ve Avrupa Topluluğu Kuruluş Anlaşmasına eklenen Protokolün 3. maddesine uygun olarak Birleşik Krallık (İngiltere) ve İrlanda bu Tüzüğü kabul ve uygulamak istediklerini bildirdiler.

(33) Avrupa Birliğine İlişkin Anlaşmasına ve Avrupa Topluluğu Kuruluş Anlaşmasına eklenen Protokolün 1. ve 2. maddeleri gereğince Danimarka bu Tüzüğün kabulüne katılmamaktadır, dolayısıyla Tüzükle bağlı değildir ve onun hakkında uygulanmaz.

BÖLÜM I

GENEL HÜKÜMLER

Madde 1

Uygulama Alanı

(1) Bu Tüzük, borçlunun acizini gerektiren ve borçlunun malvarlığına tamamen veya kısmen el konulması ve bir aciz idarecinin atanmasıyla sonuçlanan, külli prosedürler için geçerlidir.

(2) Bu Tüzük sigorta işletmelerinin veya kredi kurumlarının, üçüncü kişilerin paralarını veya menkul kıymetlerini muhafazayı kapsayan hizmetler sunan kıymetli evrak firmaları ile müşterek yatırım teşekküllerinin malvarlığı hakkındaki aciz prosedürleri hakkında uygulanmaz.

Madde 2

Tanımlar

Bu Tüzüğün amacına uygun olarak

a) "Aciz Prosedürleri", 1. maddenin 1. cümlesinde belirtilen prosedürler. Bu prosedürler aşağıda Ek A 'da gösterilmiştir;

b) "Aciz İdarecisi", masayı idare etmekle veya malları paraya çevirmekle ya da borçlunun yaptığı muameleleri denetlemekle görevli olan şahıs veya makam. Bu şahıs veya makamlar ek C'de gösterilmiştir;

c) "Tasfiye prosedürü", a) bendi anlamında borçlunun malvarlığını tasfiye eden ve bir konkordato veya diğer bir yolla borçlunun aczini sona erdiren bir önlem ya da yetersiz masa yüzünden prosedürün sona ermesini de kapsayan bir aciz prosedürü. Bu prosedürler ek B'de gösterilmiştir;

d) "Mahkeme", üye bir ülkenin aciz prosedürünü açmaya ve bu prosedür boyunca kararlar almaya yetkili olan yargı organı veya yetkili diğer makamı.

e) "Karar", şayet aciz prosedürünün başlatılması veya aciz idarecisinin atanması söz konusu ise böyle bir prosedürü başlatmaya veya aciz idarecisini atamaya yetkili her mahkemenin kararı;

f) "Prosedürün açılması zamanı", kararın kesinleşmiş olup olmamasından bağımsız olarak açılma kararının sonuç doğurduğu zaman;

g) "Bir malvarlığının bulunduğu üye ülke"

- Maddi şeylerde şeyin sınırları içerisinde bulunduğu ülke,

- Mülkiyet veya hak sahipliğinin resmi bir sicilde kayıtlı olduğu şey veya haklarda sicilin denetimini yapan üye ülke,

- Alacaklarda ödemekle yükümlü üçüncü kişilerin madde 3/1 anlamında esaslı menfaatlerinin ağırlık noktasının olduğu ülke,

h) "Şube", borçlunun malvarlığı değeri ve personel kullanımını gerektiren ekonomik aktivitelerini geçici olmamak üzere gerçekleştirdiği her faaliyet yeri, anlamına gelir.

Madde 3

Uluslararası Yetki

(1) Aciz prosedürünü açmaya, borçlunun esaslı menfaatlerinin sınırları içerisinde bulunduğu üye ülke mahkemesi yetkilidir. Şirketlerin ve tüzel kişilerin esaslı menfaatlerinin ağırlık noktası, aksi ispat edilinceye kadar, statülerindeki merkezidir.

(2) Borçlunun esaslı menfaatlerinin sınırları içerisinde bulunduğu üye ülkeden başka bir üye ülke mahkemesinin aciz prosedürünü açmaya yetkili olması, borçlunun bu diğer üye ülkede şubenin bulunmasıyla mümkündür. Bu prosedürün sonuçları borçlunun bu son üye ülkede bulunan malları ile sınırlıdır.

(3) Fıkra 1'e göre açılan bir aciz prosedüründen sonraki bir zamanda fıkra 2'ye göre açılan aciz prosedürü bir tali aciz prosedürüdür. Bu prosedürde bir tasfiye prosedürünün söz konusu olması zorunludur.

(4) Fıkra 1'e göre bir aciz prosedürünün açılmasından önce fıkra 2'ye göre münferit bir aciz prosedürü aşağıdaki hallerde açılabilir:

a) Borçlunun esaslı menfaatlerinin bulunduğu üye ülke hukuku hükümleri karşısında fıkra 1'e göre bir aciz prosedürünün açılması mümkün değilse;

b) Münferit aciz prosedürü, ikametgahı, mutak meskeni veya merkezi ilgili şubenin bulunduğu üye ülkede olan veya alacağı şubenin iştiğal alanı dışındaki bir taahhüde dayanan bir alacaklı tarafından talep edilirse.

Madde 4

Uygulanacak Hukuk

(1) Bu Tüzük aksini düzenlemedikçe aciz prosedürü ve onun etkileri hakkında prosedürün açıldığı ve aşağıda "prosedürün açıldığı ülke" olarak adlandırılan üye ülke hukuku geçerlidir.

(2) Prosedürün açıldığı ülke hukuku hangi şartlar altında prosedürün açılacağını ve nasıl sona ereceğini, özellikle aşağıdaki hususları düzenler:

a) Borçlu hakkında ne tür bir aciz prosedürün caiz olduğunu;

b) Hangi malvarlığı değerlerinin masaya ait olduğu ve prosedürün açılmasından sonra borçlu tarafından kazanılan malvarlığı değerlerine nasıl muamele edileceğini;

c) Borçlunun ve aciz idarecisinin duruma göre yetkilerini;

d) Bir takasın geçerliliği şartlarını;

- e) Aciz prosedürünün borçlunun devam eden akitlerini nasıl etkileyeceğini;
- f) Aciz prosedürünün açılmasının münferit alacaklıların hak arama önlemlerini nasıl etkileyeceğini; devam eden davaları hakkındaki sonuçlar bunun dışındadır;
- g) Hangi alacakların aciz alacağı olarak bildirilebileceği ve aciz prosedürünün açılmasından sonra doğan alacakların nasıl alacak olarak muamele göreceğini;
- h) Alacakların bildirilmesi, incelenmesi ve tespiti usulünü;
- i) Aciz prosedürünün açılmasından sonra bir aynı hak veya takas hakkı sebebiyle kısmen tatmin edilen alacaklıların hakları ve alacaklarının sırası, malvarlığının satılması sonucu elde edilen paranın paylaşılmasını;
- j) Aciz prosedürünün sona ermesinin şartlarını ve sonuçlarını (özellikle konkordatoyla);
- k) Aciz prosedürünün sona ermesinden sonra alacaklıların haklarını;
- l) Giderler dahil aciz prosedürü masraflarını kimin karşılamak zorunda olduğunu;
- m) Bütün alacaklıların zararına olan hukuki tasarrufların batıl, iptal edilebilir veya nispi geçersizliğine ilişkin kuralları.

Madde 5

Üçüncü Şahısların Aynı Hakları

(1) Aciz prosedürü açıldığı zaman alacaklının veya üçüncü bir şahsın borçlunun diğer bir üye ülkede bulunan cismani veya gayri cismani, taşınır veya taşınmaz mallarındaki –hem belirli şeyler hem de değişen içerikli belirli olmayan şeylerin çoğunluğundaki- aynı hakkı prosedürün açılmasından etkilenmez.

(2) Fıkra 1'deki haklar özellikle:

- a) Şeyi paraya çevirme veya çevirtme ve elde edilen paradan veya bu şeyin semerelerinden tatmin edilme hakkı (özellikle rehin ve ipotek dolayısıyla);
- b) Bir alacağı tahsile yönelik münhasır hak (özellikle bir alacaktır rehin hakkı dolayısıyla veya bu alacağın inançlı temlik sebebiyle);
- c) Hak sahibinin veya kullananının iradesine aykırı olarak elde edilen veya kullanılan şeyin tesliminin herkese karşı ileri sürülebilmesi hakkı;
- d) Bir şeyin semerelerini elde etmeye yönelik aynı hak.

(3) Bir resmi sicilde kayıtlı olan ve herkese karşı ileri sürülebilen fıkra 1 anlamında bir aynı hak elde etme hakkı, aynı bir hakka eşit sayılır.

(4) 1. fıkra bir hukuki tasarrufun madde 4/2, m)'ye göre butlan, iptal edilebilirlik veya nispi geçersizliğine engel değildir.

Madde 6

Takas

(1) Aciz halindeki borçlunun alacağı için geçerli olan hukuka göre takas caiz ise, bir alacaklının alacağını borçlunun bir alacağı ile takas yetkisi aciz prosedürünün açılmasından etkilenmez.

(2) 1. fıkra bir hukuki tasarrufun madde 4/2, m)'ye göre butlan, iptal edilebilirlik veya nispi geçersizliğine engel değildir.

Madde 7

Mülkiyeti Muhafaza

(1) Bir şeyin alıcısına karşı bir aciz prosedürünün açılması, şeyin prosedürün açılması anında prosedürün açıldığı ülkeden başka bir üye ülkede bulunması halinde satıcının mülkiyeti muhafazadan doğan haklarını etkilemez.

(2) Bir şeyin tesliminden sonra şeyin satıcısına karşı bir aciz prosedürünün açılması, şeyin prosedürün açılması anında prosedürün açıldığı ülkeden başka bir üye ülkede bulunması halinde satım sözleşmesinin sona ermesini veya feshedilmesini haklı göstermez ve alıcının mülkiyeti kazanmasını engellemez.

(3) 1 ve 2. fıkralar bir hukuki tasarrufun madde 4/2, m)'ye göre butlan, iptal edilebilirlik veya nispi geçersizliğine engel değildir.

Madde 8

Taşınmaz Bir Mala İlişkin Sözleşme

Aciz prosedürünün bir taşınmaz şeyi elde etme veya taşınmazdan yararlanmaya ilişkin sözleşme hakkındaki sonuçları için şeyin sınırları içerisinde bulunduğu üye ülke hukuku münhasır yetkilidir.

Madde 9

Ödeme Sistemleri ve Finans Piyasaları

(1) Madde 5 saklı kalmak kaydıyla, bir ödeme veya tasfiye sisteminin veya bir finans piyasası üyesinin hak ve yükümlülükleri hakkında aciz

prosedürünün sonuçları için ilgili sistem veya ilgili piyasa için geçerli olan üye ülkenin hukuku münhasıran yetkilidir.

(2) Birinci fıkra ilgili ödeme sistemi veya finans piyasası için geçerli olan hükümler gereğince ödemelerin veya işlemlerin butlan, iptal edilebilir veya nispi geçersizliğine engel değildir.

Madde 10

İş Sözleşmesi

Bir iş sözleşmesi ve iş ilişkisi hakkında aciz prosedürünün sonuçları hakkında sözleşmenin uygulandığı üye ülke hukuku münhasıran geçerlidir.

Madde 11

Tescil Yükümlülüğü Haklarına İlişkin Sonuç

Borçlunun resmi bir sicile tabi bir taşınmaz, bir gemi veya bir hava aracındaki haklarına ilişkin aciz prosedürünün sonuçları için, sicili kontrol yetkisini haiz üye ülke hukuku münhasıran geçerlidir.

Madde 12

Topluluk Patent ve Markaları

Bu Tüzüğün amacı için bir topluluk patenti, bir topluluk markası veya topluluk hukuku hükümleriyle oluşturulan bir diğer hak sadece madde 3/1'deki usule göre değerlendirilebilir.

Madde 13

Zararlı Tasarruflar

Bütün alacaklıların zararına olarak bir menfaat elde eden şahıs,

- Bu tasarruf için prosedürün açıldığı ülkeden başka diğer bir üye ülke hukukunun yetkili olduğunu,

- Tasarrufun bu hukuka göre hiçbir şekilde aykırı olmadığını, ispat ederse madde 4/2, m) hükmü uygulanmaz.

Madde 14

Üçüncü Şahsın İktisabının Korunması

Borçlunun aciz prosedürünün açılmasından sonra bir hukuki tasarrufla bir bedel mukabilinde;

- Bir taşınmaz şey hakkında,

- Resmi bir sicile kayıtlı bulunan bir gemi veya hava aracı hakkında veya,
- Varlığı için kanunen öngörülen sicile kayıt zorunluluğu bulunan kıymetli evrak hakkında tasarrufta bulunursa, tasarruflarının geçerliliği, taşınmaz şeyin bulunduğu veya sicili denetleme yetkisine sahip ülke hukukuna bağlıdır.

Madde 15

Aciz Prosedürünün Görülmekte Olan Davalar Hakkındaki Sonuçları

Masaya ait bir mal veya bir hak hakkında görülmekte olan davaya ilişkin aciz prosedürünün sonuçları için davanın görülmekte olduğu üye ülke hukuku münhasıran geçerlidir.

BÖLÜM II

ACİZ PROSEDÜRÜNÜN TANINMASI

Madde 16

Esas

(1) Üye bir ülkenin 3. maddeye göre yetkili mahkemesi tarafından bir aciz prosedürünün açılması halinde, açılma kararı ülkede sonuç doğurur doğurmaz diğer tüm üye ülkelerde tanınır.

Diğer üye ülkelerde borçlunun niteliği gereği malları hakkında aciz prosedürü açılmadığında da bu geçerlidir.

(2) Madde 3/1' e göre bir prosedürün tanınması, diğer bir üye ülke mahkemesinin madde 3/2'ye göre bir prosedür açmasına engel değildir. Bu durumda madde 3/2'ye göre açılan prosedür Bölüm III anlamında tali bir aciz prosedürüdür.

Madde 17

Tanınmanın Sonuçları

(1) Madde 3/1'e göre bir aciz prosedürünün açılması halinde, bu Tüzük başka bir hususu öngörmediği sürece ve diğer üye ülkelerde madde 3/2'ye göre açılan bir prosedür olmadığı takdirde herhangi bir formaliteye gerek olmaksızın prosedürün açıldığı ülke hukukunun prosedüre bağladığı sonuçlar diğer her üye ülkeye yayılır.

(2) Madde 3/2'ye göre açılan bir aciz prosedürünün sonuçları diğer üye ülkelerde sorun doğurmamalıdır. Alacaklının haklarına ilişkin her sınırlama özellikle prosedür sebebiyle bir erteleme veya borçtan kurtarma diğer bir üye

ülkede bulunan malvarlığı bakımından sadece muvafakat eden alacaklılar bakımından sonuç doğurur.

Madde 18

Aciz İdarecinin Yetkileri

(1) Madde 3/1'e göre, yetkili olan mahkeme tarafından tayin edilen aciz idarecisi, diğer bir ülkede başka bir aciz prosedürü açılmadığı veya bir aciz prosedürünün açılmasına ilişkin talep hakkında aksine koruma önlemi alınmadığı takdirde, aciz prosedürünün açıldığı ülke hukukunun kendisine verdiği tüm yetkileri diğer bir üye ülkede de kullanabilir. İdareci özellikle madde 5 ve madde 7 saklı kalmak kaydıyla masaya ait olan şeyleri şeyin bulunduğu ülkeden uzaklaştırabilir.

(2) Madde 3/1'e göre yetkili mahkeme tarafından tayin edilen aciz idarecisi, menkul bir şeyin, aciz prosedürünün açılmasından sonra, aciz prosedürünün açıldığı ülkeden başka bir üye ülkeye götürülmesini tüm diğer üye ülkelerde mahkeme içinde ve mahkeme dışında ileri sürebilir. Bunun devamında o alacaklıların menfaatine olan iptal davasını açabilir.

(3) İdareci yetkilerini kullanırken, özellikle masaya ait bir malın paraya çevrilmesinin türü ve tarzı bakımından, muamelelerini yapmak istediği ülke hukukuna riayet etmek zorundadır. Bu yetki, cebri kanun yollarını kullanmayı veya hukukun uygulanmasını ya da davaları yahut diğer ihtilafları karara bağlama hakkını kapsamamalıdır.

Madde 19

Aciz İdareciliğinin İspatı

Aciz idarecinin atanması, idarecinin atanmasına ilişkin kararın tasdikli bir sureti ile veya yetkili bir mahkeme tarafından düzenlenmiş diğer bir belge ile ispat edilir. Aciz idarecinin muamelelerini sınırları içerisinde yaptığı üye ülke ülkenin resmi dilinde veya resmi dillerinden birinde tercümesi talep edilebilir. Bir Apostil veya benzeri başka bir formalite gerekli değildir.

Madde 20

İade Yükümlülüğü ve Takas

(1) Bir alacaklı, madde 3/1'e göre bir aciz prosedürü açıldıktan sonra herhangi bir şekilde, özellikle icra takibiyle diğer bir üye ülkede bulunan masaya ait bir maldan kısmen veya tamamen tatmin olmuşsa alacaklı, madde 5 ve

madde 7 mahfuz kalmak kaydıyla, elde ettiğini aciz idarecisine iade etmek zorundadır.

(2) Eşit işlem ilkesini güvenceye almaya yönelik olarak bir aciz prosedüründe pay elde eden bir alacaklının diğer bir aciz prosedürüne iştirakı bu prosedürde eşit (benzer) sıranın veya eşit grubun alacaklılarının aynı payı elde etmiş olmalarından sonra ancak mümkündür.

Madde 21

Resmi İlân

(1) Aciz idarecisinin talebi üzerine prosedürün açılması kararının esaslı içeriği ve gerekirse ilgili ülkenin resmi ilânlar için ilgili hükümlerin belirlenmesi hakkındaki karar diğer her üye ülkede yayınlanır. Yayında hangi aciz idarecisinin atandığı ve yetki mahkemenin madde 3/1 veya madde 3/2'den anlaşılıp anlaşılmadığı ayrıca belirtilir.

(2) Bununla birlikte borçlunun şubesinin bulunduğu her üye ülke zorunlu ilân öngörebilir. Bu durumda madde 3/1 gereğince prosedürün açıldığı üye ülkenin aciz idarecisi veya bunun için yetkili diğer makamı ilân için gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Madde 22

Resmi Sicile Kayıt

(1) Madde 3/1'e göre bir prosedürün açılması, aciz idarecisinin talebi üzerine diğer üye ülkelerin tapu siciline, ticaret siciline ve diğer tüm resmi sicillerine tescil edilir.

(2) Bununla birlikte her üye ülke zorunlu tescil öngörebilir. Bu durumda madde 3/1 gereğince prosedürün açıldığı üye ülkenin aciz idarecisi veya bunun için yetkili diğer makamı tescil için gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Madde 23

Masraflar

Madde 21 gereğince yapılacak resmi ilân ve madde 22 gereğince yapılacak tescil masrafları prosedür masrafları ve giderleri sayılır.

Madde 24**Borçluya Yapılan Ödemeler**

(1) Bir üye ülkedeki bir kimse başka bir üye ülkede malları hakkında bir aciz prosedürü açılan borçluya ödemede bulunursa, eğer prosedürün açıldığını bilmiyorsa, aciz idarecisine ödemede bulunmak zorunda olmasına rağmen borcundan kurtulur.

(2) Ödeme madde 21 gereğince yapılan resmi ilândan önce yapılmışsa, aksi ispatlanıncaya kadar, ödeyenin açılmayı bilmediği varsayılır. Ödeme madde 21 gereğince yapılan resmi ilândan sonra yapılmış ise, aksi ispatlanıncaya kadar, ödeyenin açılmayı bildiği varsayılır.

Madde 25**Diğer Kararların Tanınması ve Tenfiz Edilebilirliği**

(1) Açılma kararı madde 16'ya göre tanınan bir mahkemenin aciz prosedürünün uygulanması ve tamamlanmasına yönelik verdiği kararlar ile böyle bir mahkeme tarafından tasdik edilen konkordato dahi başka formaliteler olmaksızın tanınır. Bu kararlar, katılım anlaşmaları ile değiştirilmiş şekliyle medeni ve ticari konularda mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması hakkındaki Brüksel sözleşmesinin 35 ila 51. (madde 34/2 dışında) maddelerine göre icra edilir.

Birinci fıkradaki durum, başka bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile, doğrudan doğruya aciz prosedürü dolayısıyla verilen ve bununla sıkı ilişki içinde olan kararlar için de geçerlidir.

Birinci fıkradaki durum bir aciz prosedürünün açılması talebinden sonra alınan koruma önlemleri için de geçerlidir.

(2) Fıkra 1'de belirtilenin dışındaki kararların tanınması ve tenfizi 1. fıkrada belirtilen anlaşma uygulanabildiği kadar bu anlaşmaya tabidir.

(3) Üye ülkeler, kişi hürriyetini veya haberleşme gizliliğini sınırlayacak madde 1 gereğince verilen bir kararı tanıma ve tenfizle yükümlü değildir.

Madde 26⁸**Kamu düzeni**

Her üye ülke, tanıma veya tenfiz açıkça kamu düzeniyle özellikle temel ilkelerle veya anayasaya uygun olarak güvenceye alınan haklar ve bireysel

⁸ Madde 26 ve madde 37'nin uygulanmasına yönelik olarak Portekiz'in beyanı için bkz. (ABJ. C 183 vom 30.6.2000, S. 1).

özgürlüklerle bağdaşmayan bir sonuç doğurduğu sürece diğer bir üye ülkede açılan aciz prosedürünü tanımaktan veya böyle bir prosedürde verilen kararları icra etmekten kaçınabilir.

BÖLÜM III

TALİ ACİZ PROSEDÜRÜ

Madde 27

Prosedürün Açılması

Bir üye ülke mahkemesi tarafından madde 3/1'e göre bir prosedür açılmış olursa bu diğer üye ülkelerde tanınır (esas aciz prosedürü), bu durumda bir diğer üye ülkenin madde 3/2'e göre yetkili mahkemesi borçlunun diğer ülkedeki acizini incelemeksizin bir tali aciz prosedürü açabilir. Bu prosedürün ek B'de belirtilen prosedürlerden birisi olması zorunludur. Bu prosedürün sonuçları borçlunun bu diğer ülkede bulunan malları ile sınırlıdır.

Madde 28

Uygulanacak Hukuk

Bu Tüzük başka bir düzenleme öngörmediği sürece, tali aciz prosedürleri hakkında, tali aciz prosedürünün açıldığı üye ülke hukuku hükümleri uygulanır.

Madde 29

Talep Hakkı

Tali bir aciz prosedürünün açılmasını:

- a) Esas aciz prosedürü aciz idarecisi,
- b) Tali aciz prosedürü açılması gereken üye ülke hukukunun talep hakkı verdiği tüm şahıs ve makamlar, talep edebilir.

Madde 30

Masraf Avansı

Tali aciz prosedürü açılması istenen üye ülke hukuku, kısmen veya tamamen aciz masası tarafından karşılanan giderler dahil prosedür masrafları öngörürse, mahkeme prosedür açılmasını talep edenden bir masraf avansı veya uygun bir teminat talep eder.

Madde 31

İşbirliği ve Bilgi Verme Yükümü

(1) Bilgilerin aktarılmasının sınırlandırılması hakkındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla esas ve tali aciz prosedürleri aciz idarecilerinin karşılıklı olarak bilgi verme yükümü vardır. Onlar ilgili diğer prosedür için önemli olan, özellikle alacakların bildirilmesi ve incelenmesi durumu ile bir prosedürün tamamlanması için gerekli olan tüm önlemlerle ilgili tüm bilgileri derhal birbirlerine bildirmek zorundadırlar.

(2) Münferit prosedürler için geçerli olan hükümler saklı kalmak kaydıyla, esas ve tali aciz prosedürlerinin aciz idarecileri işbirliği yapmakla yükümlüdürler.

(3) Tali bir aciz prosedürünün aciz idarecisi gerektiğinde esas aciz prosedürü idarecisine, tali aciz prosedürü masasının mallarının paraya çevrilmesi ve kullanımının her türü için teklif sunma imkanı vermek zorundadır.

Madde 32

Alacaklı Haklarının Kullanılması

(1) Her alacaklı alacağını esas aciz prosedürü ve her tali aciz prosedürüne bildirebilir.

(2) Esas aciz prosedürünün ve tali aciz prosedürlerinin idarecileri kendilerinin atanmış olduğu prosedüre bildirilmiş olan alacakları, kanunen öngörüldüğü takdirde, son belirtilen prosedürün alacaklıları için amaca uygun olduğu kadar ve bu alacaklıların hakkı mahfuz kalmak kaydıyla reddettiği veya başvuruyu geri çevirdiği alacakları diğer prosedürlere bildirirler.

(3) Bir esas aciz prosedürünün ve bir tali aciz prosedürünün aciz idarecisi bir alacaklı gibi özellikle alacaklılar toplantısına iştirak etmek suretiyle diğer bir aciz prosedürüne katılmaya yetkilidir.

Madde 33

Paraya Çevirmenin Taliki

(1) Tali aciz prosedürünü açan mahkeme asıl aciz prosedürü idarecisinin talebi üzerine paraya çevirmeyi kısmen veya tamamen talik edebilir; ancak bu durumda yetkili mahkeme, tali aciz prosedürü alacakları ile münferit alacaklı gruplarının menfaatlerini korumaya yönelik tüm tedbirleri almasını asıl aciz prosedürü idarecisinden isteme hakkına sahiptir. Asıl aciz prosedürü

aciz idarecisinin talebi, sadece talikin asıl aciz prosedürü alacaklılarının yararına olmadığına aşikar olması durumunda reddedilebilir. Paraya çevirmenin taliki azami üç ay olarak düzenlenebilir. Talik her defasında aynı süre kadar uzatılabilir veya yenilenebilir.

(2) Mahkeme madde 1 gereğince yapılan paraya çevirmenin talikini aşağıdaki hallerde kaldırabilir:

- Asıl aciz idarecisinin talebi üzerine,
- Bir alacaklının talebi üzerine veya bu önlemin özellikle esas veya tali aciz prosedürünün alacaklılarının menfaatlerini artık haklı göstermediğinin anlaşılmasıyla tali aciz prosedürü idarecisinin talebi üzerine resen.

Madde 34

Prosedürü Sona Erdiren Önlemler

(1) Tali aciz prosedürü, bu prosedür için geçerli olan hukuka göre bir düzenleme planıyla veya bir konkordato ya da benzeri diğer bir önlemlerle tasfiyesiz sona erdirilebilecekse böyle bir önlem esas aciz prosedürü aciz idarecisi tarafından teklif edilebilir.

Birinci fıkrada belirtilen önlemlerden birisiyle tali aciz prosedürünün sona erdirilmesi sadece esas aciz prosedürünün aciz idarecisinin muvafakatiyle, muvafakat olmaması halinde ise teklif edilen önlemlerle esas aciz prosedürü alacaklılarının ekonomik menfaatlerinin ihlal edilmemesi ile gerçekleşebilir.

(2) Tali bir aciz prosedüründe 1. fıkrada anlamında teklif edilen önlemlerden ortaya çıkan örneğin bir tecil veya ibra gibi alacaklıların haklarına ilişkin her sınırlandırma, sadece ilgili tüm alacaklıların önlemlerle muvafakat etmesiyle borçlunun bu prosedürle ilgili olmayan malvarlığı hakkında sonuç doğurur.

(3) Madde 33' e göre düzenlenen paraya çevirmenin taliki esnasında bu maddenin 1. fıkrası anlamındaki önlemleri tali aciz prosedüründe sadece esas aciz prosedürünün aciz idarecisi veya onun muvafakatiyle borçlu teklif edilebilir; böyle bir önlem için diğer teklifler ne rızaya ne de onaya gerek olmaksızın gerçekleşir.

Madde 35

Tali Aciz Prosedüründe Artma

Tali aciz prosedürü masası mallarının paraya çevrilmesi sonucu bu prosedürde tespit edilen tüm alacaklar ödenirse, bu prosedür için tayin edilen

aciz idarecisi bakiye arta kalanı derhal esas aciz prosedürünün idarecisine verir.

Madde 36

Esas Aciz Prosedürünün Sonradan Açılması

Bir diğer üye ülkede madde 3/2'ye göre bir prosedür açıldıktan sonra madde 3/1'e göre bir prosedür açılırsa, ilk aciz prosedürüne bu prosedürün durumuna uyduğu kadarıyla, madde 31 ila 35 hükümleri uygulanır.

Madde 37⁹

Prosedürün Dönüştürülmesi

Dönüşümün esas aciz prosedürü alacaklılarının yararına olacağı anlaşılırsa esas aciz prosedürünün idarecisi, bir diğer üye ülkede açılmış olan ek A anlamında bir prosedürün tasfiye prosedürüne dönüştürülmesini talep edebilir.

Madde 3/2'ye göre yetkili olan mahkeme ek B'de belirtilen prosedürlerden birisine dönüşüme karar verir.

Madde 38

Koruma Tedbirleri

Bir üye ülkenin madde 3/1'e göre, yetkili mahkemesi borçlunun malvarlığını korumak için geçici bir aciz idarecisi tayin eder, idareci bu ülkenin hukukuna göre tasfiye prosedürünün açılması talebi ile prosedürün açılması arasındaki süre için borçlunun diğer bir üye ülkede bulunan mallarını korumaya ve muhafazaya yönelik her türlü tedbiri talebe yetkilidir.

BÖLÜM IV

ALACAKLILARA BİLGİ VERME ve ALACAKLILARIN ALACAKLARI İÇİN BAŞVURMASI

Madde 39

Alacakların Bildirilmesi Hakkı

Üye ülkelerin vergi mercileri ve sigorta kurumları dahil, mutat meskeni, ikametgahı veya merkezi bir diğer üye ülkede olan her alacaklı alacağını aciz prosedürüne yazılı olarak bildirebilir.

⁹ Madde 26 ve madde 37'nin uygulanmasına yönelik olarak Portekiz'in beyanı için bkz. (ABİ. C 183 vom 30.6.2000, S. 1).

Madde 40

Alacaklılara Bilgi Verme Yükümlülüğü

(1) Üye bir ülkede bir aciz prosedürü açılır açılmaz ülkenin yetkili mahkemesi veya bu mahkeme tarafından tayin edilen aciz idarecisi mutat meskeni, ikametgahı veya merkezi bir diğer üye ülkede olan bilinen alacaklıları derhal bundan haberdar eder.

(2) Bilgi verme bir notun ferdi bildirimini ile gerçekleşir ve özellikle riayet edilmesi gereken süre, giyap sonuçları, başvuruyu kabule yetkili makamlar ve diğer hususlar belirtilir. Notta ayrıca rüçhanlı veya aynı teminatlı alacaklıların alacaklarını bildirmek zorunda olup olmadıkları da belirtilir.

Madde 41

Alacak Bildiriminin İçeriği

Alacaklı gerekirse mevcut belgenin bir fotokopisini gönderir, alacağın türünü, doğum tarihini ve miktarını; alacağı için rüçhan hakkı, aynı teminat veya bir mülkiyeti muhafaza talebinin olup olmadığını ve kendi teminatının hangi malvarlığı değerleri konusunda olduğunu bildirir.

Madde 42

Diller

(1) Madde 40'a göre bilgi verme prosedürün açıldığı ülkenin resmi dilinde veya resmi dillerinden birinde yapılır. Bunun için Avrupa Birliği organlarının tüm resmi dillerinde hazırlanan ve "Alacağın bildirimini çağırısı" üst başlığını taşıyan matbu bir form kullanılır.

(2) Mutat meskeni, ikametgahı veya merkezi prosedürün açıldığı ülkeden başka bir ülkede olan her alacaklı alacağını bu diğer ülkenin resmi dilinden veya resmi dillerinden birinde de bildirebilir. Bununla birlikte bu durumda en azından başvurunun "alacağın bildirimini" üst başlığının prosedürün açıldığı ülkenin resmi dilinden veya resmi dillerinden birinden yazılmış olması gerekir. Alacaklıdan, başvurunun prosedürün açıldığı ülkenin resmi dilinden veya resmi dillerinden birinden tercümesi talep edilebilir.

BÖLÜM IV

GEÇİŞ HÜKÜMLERİ ve NİHAİ HÜKÜMLER

Madde 43

Zamansal Geçerlilik Alanı

Bu Tüzük sadece yürürlüğe girişinden sonra açılan aciz prosedürleri hakkında uygulanır. Borçlunun bu Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önceki hukuki tasarrufları için, eskişi gibi, yapıldığında bu hukuki tasarruflar için uygulanan hukuk geçerlidir.

Madde 44

Anlaşmalarla İlişki

(1) Bu Tüzük, yürürlüğe girişinden sonra kendi objektif uygulama alanında üye ülkelerin birbirleriyle ilişkileri bakımından, üye ülkeler arasında iki veya çok taraflı olarak akdedilen anlaşmaların yerini alır, özellikle

a) Mahkemelerin yetkisi, mahkeme kararlarının, hakem kararlarının, resmi senetlerin tanınması ve tenfizi hakkında 8 Temmuz 1899 tarihinde Paris'te imzalanan Belçika-Fransa Anlaşması;

b) İflas, Konkordato ve ödemelerin tatili hakkında 16 Haziran 1969 tarihinde Brüksel'de imzalanan Belçika-Avusturya Anlaşması (13 Haziran 1973 tarihli ek protokolü ile);

c) Mahkemelerin yetkisi, iflas ile mahkeme kararlarının, hakem kararlarının ve resmi senetlerin tanınması ve tenfizi hakkında 28 Mart 1925 tarihinde Brüksel'de imzalanan Belçika-Hollanda Anlaşması;

d) İflas ve Konkordato hukukunun etki alanına ilişkin 25 Mayıs 1979 tarihinde Viyana'da imzalanan Almanya-Avusturya Anlaşması;

e) Mahkemelerin yetkisi, aciz hukuku alanındaki kararların tanınması ve tenfizi hakkında 27 Şubat 1979 tarihinde Viyana'da imzalanan Fransa-Avusturya Anlaşması;

f) Hukuki ve ticari konularda mahkeme hükümlerinin tenfizi hakkında 3 Haziran 1930 tarihinde Roma'da imzalanan Fransa-İtalya Anlaşması;

g) İflas ve Konkordato hakkında 12 Temmuz 1977 tarihinde Roma'da imzalanan İtalya-Avusturya Anlaşması;

h) Hukuki ve ticari konularda mahkeme kararlarının ve diğer borç senetlerinin karşılıklı olarak tanınması ve tenfizine ilişkin 30 Ağustos 1962 tarihinde Lahey'de imzalanan Almanya-Hollanda Anlaşması;

i) Hukuki ve ticari konularda mahkeme kararlarının karşılıklı olarak tanınmasına yönelik protokolle birlikte 2 Mayıs 1934 tarihinde Brüksel'de imzalanan İngiltere-Belçika Anlaşması;

j) 7 Kasım 1993 tarihinde Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç ve İrlanda arasında Kopenhag'da imzalanan iflas Anlaşması;

k) İflasın belirli uluslararası görüşlerine ilişkin 5 Haziran 1990 tarihinde İstanbul'da imzalanan Avrupa Anlaşması.

(2) Birinci fıkrada belirtilen anlaşmalar, bu Tüzük yürürlüğe girmeden önce açılmış olan prosedürler hakkındaki etkilerini muhafaza ederler.

(3) Bu Tüzük:

a) Bir üye'ülkede bu Tüzük yürürlüğe girmeden önce bir veya birden fazla üçüncü ülkelerle iflas konularında yapılan bir anlaşmadan doğan yükümlülükler ile bağdaşmadığı kadarıyla;

b) Büyük Britanya Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'nın Commonwealt çerçevesinde yapılan ve bu Tüzük yürürlüğe girdiği zaman geçerli olan iflasa ilişkin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadığı kadarıyla, geçerli değildir.

Madde 45

Eklerin Değiştirilmesi

Konsey, üyelerinden birisinin veya komisyonun teklifi üzerine nitelikli çoğunlukla ekleri değiştirebilir.

Madde 46

Rapor

Komisyon Avrupa Parlamentosuna, Konseye ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye 1 Haziran 2012 tarihine kadar ve ondan sonra da her beş yılda bir, bu Tüzüğün uygulanması hakkında rapor verir. Rapor, gerekirse bu Tüzüğün uyarlanmasına yönelik bir teklif içerir.

Madde 47

Yürürlüğe Giriş

Bu tüzük 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girer. Bu Tüzük tüm kısımlarıyla bağlayıcıdır ve Avrupa Topuluğu Kuruluş Anlaşması gereğince üye ülkelerde doğrudan doğruya geçerlidir.

Brüksel, 29 Mayıs 2000.

Konsej adına

Başkan

A. Costa

EK A

Madde 1/a) gereğince Aciz Prosedürleri

BELÇİKA

- La faillite//Het faillissement
- Le concordat judiciaire//Het gerechtelijk akkoord
- Le règlement collectif de dettes//De collective schuldenregeling

ALMANYA

- Das Konkursverfahren
- Das gerichtliche Vergleichsverfahren
- Das Gesamtvollstreckungsverfahren
- Das Insolvenzverfahren

İSPANYA

- Concurso de acreedores
- Quiebra
- Suspensión de pagos

FRANSA

- Liquidation judiciaire
- Redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur

İRLANDA

- Compulsory winding-up by the Court
- Bankruptcy
- The administration in bankruptcy of the estate of persons dying insolvent
- Winding-up in bankruptcy of partnerships
- Creditors' voluntary winding-up (with confirmation of a court)
- Arrangements under the control of the Court which involve the vesting of all or part of the property of the debtor in the Official Assignee for realisation and distribution
- Company examinership

İTALYA

- Fallimento

- Concordato preventivo
 - Liquidazione coatta amministrativa
 - Amministrazione straordinaria
 - Amministrazione controllata
- LÜKSEMBURG**
- Faillite
 - Gestion contrôlée
 - Concordat préventif de faillite (par abandon d'actif)
 - Régime spécial de liquidation du notariat
- HOLLANDA**
- Het faillissement
 - De surseance van betaling
 - De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen
- AVUSTURYA**
- Das Konkursverfahren
 - Das Ausgleichsverfahren
- PORTEKİZ**
- O processo de falência
 - Os processos especiais de recuperação de empresa, ou seja:
 - A concordata
 - A reconstituição empresarial
 - A reestruturação financeira
 - A gestão controlada
- FİNLANDIYA**
- Konkurssi//konkurs
 - Yrityssaneeraus//foeretagssanering
- İSVEÇ (SVERIGE)**
- Konkurs
 - Foeretagsrekonstruktion
- İNGİLTERE (UNITED KINGDOM)**
- Winding-up by or subject to the supervision of the court
 - Creditors' voluntary winding-up (with confirmation by the court)
 - Administration
 - Voluntary arrangements under insolvency legislation
 - Bankruptcy or sequestration
- EK B**
- Madde 2/c) gereğince Aciz Prosedürleri
- BELÇİKA**
- La faillite//Het faillissement

ALMANYA

- Das Konkursverfahren
- Das Gesamtvollstreckungsverfahren
- Das Insolvenzverfahren

İSPANYA

- Concurso de acreedores
- Quiebra
- Suspensión de pagos basada en la insolvencia definitiva

FRANSA

- Liquidation judiciaire

İRLANDA

- Compulsory winding-up
- Bankruptcy
- The administration in bankruptcy of the estate of persons dying insolvent
- Winding-up in bankruptcy of partnerships
- Creditors' voluntary winding-up (with the confirmation of a court)
- Arrangements of the control of the Court which involve the vesting of all or part of the property of the debtor in the Official Assignee for realisation and distribution

İTALYA

- Fallimento
- Liquidazione coatta amministrativa

LÜKSEMBURG

- Faillite
- Régime spécial de liquidation du notariat

HOLLANDA

- Het faillissement
- De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen

AVUSTURYA

- Das Konkursverfahren

PORTEKİZ

- O processo de falência

FİNLANDİYA

- Konkurssi//konkurs

İSVEÇ (SVERIGE)

- Konkurs

(İNGİLTERE) UNITED KINGDOM

- Winding-up by or subject to the supervision of the court
- Creditors' voluntary winding-up (with confirmation by the court)
- Bankruptcy or sequestration

EK C

Madde 2/b) gereğince Aciz idarecisi

BELÇİKA

- Le curateur//De curator
- Le commissaire au sursis//De commissaris inzake opschorting
- Le médiateur de dettes//De schuldbemiddelaar

ALMANYA

- Konkursverwalter
- Vergleichsverwalter
- Sachwalter (nach der Vergleichsordnung)
- Verwalter
- Insolvenzverwalter
- Sachwalter (nach der Insolvenzordnung)
- Treuhaender
- Vorlaeufiger Insolvenzverwalter

İSPANYA

- Depositario-administrador
- Interventor o Interventores
- Síndicos
- Comisario

FRANSA

- Représentant des créanciers
- Mandataire liquidateur
- Administrateur judiciaire
- Commissaire à l'exécution de plan

İRLANDA

- Liquidator
- Official Assignee
- Trustee in bankruptcy
- Provisional Liquidator
- Examiner

İTALYA

- Curatore
- Commissario

LÜKSEMBURG

- Curateur
- Commissaire
- Liquidateur
- Conseil de gérance de la section d'assainissement du notariat

HOLLANDA

- De curator in het faillissement
- De bewindvoerder in de surseance van betaling
- De bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen

AVUSTURYA

- Masseverwalter
- Ausgleichsverwalter
- Sachwalter
- Treuhaender
- Besondere Verwalter
- Vorlaeufige Verwalter
- Konkursgericht

PORTEKİZ

- Gestor Judicial
- Liquidatário Judicial
- Comissão de Credores

FİNLANDİYA

- Pesaenhoitaja//bofoervaltare
- Selvittaejae//utredare

İSVEÇ (SVERIGE)

- Foervaltare
- God man
- Rekonstruktoer

İNGİLTERE (UNITED KINGDOM)

- Liquidator
- Supervisor of a voluntary arrangement
- Administrator
- Official Receiver
- Trustee
- Judicial factor

ELEKTRONİK BİLGİ İŞLEMLERLE (EDV) İLİŞKİDE İHTİYATLI HUKUKÇULAR İÇİN ON EMİR¹

*Prof.Dr. Maximilian HERBERGER**

*(Çev.: Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ)***

“Her işaret bir sayı idi. Bir için bir işaret yaparsın, iki için bir başka işaret, üç için bir başka ve devam eder gider...” Niçin?” Çünkü insanlar bu şekilde bilgisayarsız hesaplıyorlardı. Elbette onlar farklı sayıların anlamlarını bilmeliydiler. Mr. Daugherty, eskiden bütün çocukların bu sayıları öğrenmek zorunda olduklarını söylüyor. Kağıt üzerine çizdiklerini, “yazmak” ve onların şifrelerini açmayı da “okumak” olarak adlandırdılar. O, önceden bütün insanların böyle işaretleri yazdıklarını belirtiyor ve böyle bir müze olsaydı bunları araştırmak görmek isteyeceğini söylüyor. Ben, dokuza kadar bütün sayıları öğrendim.”

(Isaac Asimov, Der Märchenerzähler, in: Schlaue Kisten machen Geschichten, hrsg.v.Ruth J. Kilchenmann, o.O. 1977, S..217-226, 223).

Önsöz

Hukukçular, “hukuk bilimi” kavramı ile hukukla olan ilişkilerinde

¹ Bu düşünceler 1993 yılında Saarbrücken’de Alman EDV-Gerichtstag’ın açılışında sunulmuş ve burada sadece önemsiz değişikliklerle genişletilmiştir. Konferans değiştirilmemiştir. Bu yazının orijinal başlığı, “Zehn Gebote für den klugen Umgang (vielleicht nicht nur) des Juristen mit der EDV” dir. Yazarın Sayın Prof.Dr. Herberger’in izni ile çevrilerek yayınlanmaktadır. Yazının Almanca metnine www.jurpc.de/aufsatz/19980075.htm adresinden ulaşılabilir.

* Medeni Hukuk, Hukuk Teorisi, ve Hukuk Enformasyonu alanlarında Saarbrücken Saarland Üniversitesinde Profesör. Ayrıca Hukuk Enformasyonu (Rechtsinformatik) Enstitüsü’nün müdürü ve internet dergisi JURPC’nin de yayımcısıdır.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

uygulamaya yönelik ihtiyat öğretisine sahip olmayı istiyorlar. EDV²-kullanımı hukukçulara bu iddiada bir adım attırıcaksa, bu çabalar, hukuki uğraşının bu bölümünde hukukla olan ilişkide çıkarımlarına uygun olan ihtiyat standartları geliştirilmesi için de zorunlu olacaktır. Burada “ihtiyat öğretisi” üzerinde olduğu kadar “uygulamaya yönelik” kelimeleri üzerinde de bir vurgulama bulunmaktadır. (Hepsi olmasa da) bunların bazıları, hukuk enformatiği sahasında teoriye eşlik eden çaba için burada tavsiye edilenden farklı görünebilir.

1. “Bozuk değilse tamir etme”³
2. Software-takvasında sabırlı ol, veya: her yeni versiyon dikkate değmez.
3. Tesadüfi değişikliklere hazırlan, veya bakışını neyin kaldığına yönelt.
4. Yapılması gerekenlerin önceliğine dikkat et veya: araç, sadece amaç için araçtır.
5. Doğru aracı seç (amaca uygun anlamında).
6. Küçük güzeldir, veya: Masrafsızlığın (veya basit olanın) kendine has çekiciliği.
7. Her şeyi kendin yapma.
8. Programın ne yaptığını anlamayı dene.
9. Yeteneğini, programın yaptığı şeyi yapabilmeye sakla.
10. Eşyanın efendisi ol.

1. “Bozuk değilse tamir etme”

Bozuk olmayan bir şeyin tamir edilmemesi gerektiğine dair Amerikan programcıları arasında sevilen bu söz, EDV-ihtiyat öğretisinin başlangıcına aittir. Bilinmeyen büyük hatalara maruz bir EDV-çözümü açısından bir uzmanın (kendisi tarafından uzman tayin edilen), büyük bir kandırma yeteneğini uygulamaya koyduğu daima tecrübe edilmektedir. İşletme anında teorinin ilerlemesi için ne kadar yüksek bir şıklık amaçlanırsa, kural olarak uygulamada o kadar bu isteğe karşı çıkılmalıdır. Çünkü çoğunlukla ciddi hatalara sahip programlarda bu tür güzellik kazandırma çabalarının (ancak daima hatalı oldukları belli değildir) güzelliği belirli bir zaman içinde sona eren daha hatalı bir programla sonuçlanır. O zamana kadar yapılan

² EDV: elektronische Datenverarbeitung: Her türlü bilginin elektronik ortamda işlenmesi anlamında kullanılan bir kısaltmadır (Elektronik Bilgi İşlem) (Çevirenin notu).

³ Orijinal başlık İngilizce’dir: “If it ain’t broken, don’t fix it”

harcamalara karşı ulaşılan sonuç hesaplanırsa, derhal "If it ain't broken, don't fix it" in (bozuk değilse tamir etme) ciddi bir ihtiyat düzeyi olduğu hatırlanacaktır.

2. Software-takvasında sabırlı ol, veya: her yeni versiyon dikkate değmez

Yazılım gelişimindeki aralık daima kısalmaktadır.

Her yeni versiyon, adeta diğerini avlamaktadır. Programların kayda değer bir kısmına sahip olan kimse, bu yenilenen programlara başka bir deyişle 'update'lere yetişemez. İhtiyat ilkesinde, bu zorunluluğa maruz kalmaya mecbur olup olmadığı sorulduğunda cevap olumsuzdur. Burada kabul edilen yalın ilke, yeninin daha iyi ve daha uygun olarak kabul edilemeyeceği, seçme ve kontrol prensibinin gerekliliğidir. Şunlar söylenebilir: Şayet elinde bulunan programın versiyonu, beklediğin her şeye ve işin için yeterli fonksiyonlara sahipse yeni bir versiyon dolayısıyla endişelenmeye gerek yoktur. Tersinden söylenirse, şayet kullanılan programda eksiklikler varsa veya gerekli çalışmalar için yeterli değilse bu takdirde daha iyi sonucu verip vermeyeceği konusunda bir programın yeni versiyonunu denemek için neden doğmuştur.

(Olası bir yanlış anlamamanın önüne geçmek için: Kullanış alanında gereksiz titizliklerin, aşılması gereken kısıtlamalara ait olduğu kendiliğinden anlaşılır. Öyle ki, burada software-gelişiminin kontrol edilmesinden bahsedilmektedir. Fakat şu da geçerlidir: Yeni daima eskisinden daha software-ergonomik ve başarılı değildir.)

Software takvası⁴, ayrıca tutumluluğun, eski fazileti ile sıkı bir birliktelik sergilemektedir ki, eski ahlak filozofisinin katagori olarak da yeniye (software gibi) yetişebileceğini ispat etmektedir: Yükselen tüketime yapılan her çağrı (israf denilmemesi için) amaca uygun bir zarurete dayanmadığı için kaynaklar idareli kullanılabilir.

3. Tesadüfi değişikliklere hazırlan, veya bakışını neyin kaldığına yönelt

Spekülatör firma satışları (birleşimleri) ve şaşırtıcı üretim durdurmaları, daima EDV-kullanıcılarının hangi tesadüflere bağlı olduğuna ve belirli bir ticari program için hangi baskı unsurları altında zaman ayırdıklarına dikkat

⁴ Bereket versin ki bu noktada pratikte hazır bir inceleme (rezonans) bulunabilir; karşı Dieter Schmidt, Grusswort zur Marburger Fachtagung „Die Zweite Geburt der Rechtsinformatik“, jurpc, 1993, S. 2344-2346, 2345.

eder. Şayet bir program konsolide (kalıcılık, sağlamlık) derecesine ulaşmışsa, programdaki yeni gelişmelerin zaten kendi çalışması için daha iyisini getirmeyeceği düşüncesi ile yatışması söz konusudur. Çoğu zaman olduğu gibi henüz tamamlanmamış/ olgunlaşmamış bir program için sağlam sebeplerden dolayı ve daha gelişeceğine güvenerek karar veriliyorsa bu takdirde bir üretim durdurulması kötü sonuç doğuracaktır.

Teşhis açık ama tedavi basit değil: İhtiyatlılığa uyarlı hayatın bu tür değişik olaylarına ve ekonomiye karşı hazırlayıcı bir imkan var mı? Bir patent reçetesi anlamında olmasa da, bilakis sadece sevimsiz ve şaşırtıcı olaylara maruz kalma ihtimalini kayda değer bir tarzda azaltan bir keşif kuralı vardır.

Burada başarının anahtarı, kişinin sürekli ve kalıcı yapılar için hassasiyetini artırmasında bulunmaktadır. Bir firmaya, büyük ve eski olsa da güvenmek, işbirliği ilişkisine güvenmekten daha risklidir. Böylesine sağlam ve köklü söz konusu işbirliğine “Public Domain⁵”-Software alanında rastlanabilir. Donald Knuth’un TEX’ine atıf, neyin düşüneleceğini anlatmaya kafidir (Kısa özellik için “Hukuki PC-Alanı için Software” isimli benim yazımla karşılaştırınız. (in/içinde: Eberle, Informationstechnik in der Juristenausbildung, München, 1989, S. 83-113, 92 f.). Dünya çapında bir “TEX-community” –şimdiye kadarki gibi çok kısa bir geçmişi olmayan- Hard ve Software alanındaki değişikliklere karşı oldukça dayanıklıdır; TEX etrafında daima uygun ve yaratıcı çözümleri üretmiş ve “Public Domain” esprisine uygun bir şekilde de diğergamcıdır. Bu arka plandan önce bencillikten daha ziyade diğergamlığa sahip olan yardımcı kuralların düşünülmesi denenmelidir.

4. Yapılanların önceliğine dikkat et veya: sadece araç amaç için araçtır

Şunu kim bilmez: Bir yükümlülüğün EDV-araçları ile yerine getirilmesi dolayısıyla alet veya program yapılması gereken gibi hareket etmez. Bu beklenmeyen durumdan kolayca kurtulunabilir; amaca etrafını dolaşarak ulaşılabilir. Bu akla yakın “workaraund”a rağmen (EDV-çevrelerinde genel iş kurallarına kadar temelsiz ve gitgide sevimli hale gelen bir terim) bilgisayarla yapılan bu amansız düello, istenileni tam olarak yapıncaya kadar sürer.

⁵ Public Domain-Software, Freeware gibi kullanımının herhangi bir bedel karşılığı olmaksızın umuma sağlandığı yazılım programlarıdır. Fakat Freeware’lerden bir takım farklarının olduğu da belirtilmelidir Public Domain Software, sahibinin dağıtılmasına ve kullanılmasına izin verdiği yazılım programları olarak tanımlanmaktadır Bkz. Zahrnt, C.: Vertragsrecht für Datenverarbeiter, 3. Auflage, Heidelberg 1996, S. 111 (Çevirenin notu).

Aslında bu biraz da “ben ya da o” nun, yapılmak istenen işte kendi iradesini bu araca usta veya efendi olarak zorla yaptırmanın süren kavgasıdır. Bu ara sıra öğrenme amacı için faydalıdır. Fakat bütünüyle akılsız bir eylem olarak da görülmelidir; çünkü asıl yapılması gerekenlerin önceliğinin gözden kaçmaktadır.

5. (Amaca uygun anlamında) doğru aracı seç

Bir hedefe ulaşmada zekaya meydan okurcasına ilginç teknik imkanları kullanması ile çoğu kez EDV-teknolojisi büyüleyicidir. Fakat diğer araçlarla karşılaştırıldığında amaca uygun olmadığı da görülür.

Bu iddiayı hayali olmayan bir örnekle canlandırmak mümkündür: Bir avukat için bir yazı, metin aracılığı (Textverarbeitung) ile hazırlanabilir. Uygun bir faks programı yardımı ile bu yazı, metinden doğrudan meslektaşına fakslanabilir. Burada OCR-yazılım programı⁶, faks çekilen resimden (çünkü faks resim bilgilerini aktarmaktadır) daha önce olduğu gibi yeniden biçimine dönüştürerek üzerinde çalışmak için işlem yapılmaktadır. Metnin, bilgisayardan bilgisayara doğrudan aktarılabilmesi karşısında bu tamamıyla uygunsuz bir metottur. Bu örneğin heyecanlandığı kimselerin sistemin işleyişine dair konuşmalarını dinleyen kimse, tabii olarak bütün bu sıkı tavsiyelerle amaca uygun bir talebin seçimine değer gösterecektir.

6. Küçük güzeldir veya: Masrafsızlığın (veya basit olanın) kendine has çekiciliği

Amaca uygun aracın seçimi onaylandığı takdirde bu önermenin içinde amacın gerektirdiğinden daha fazla masraf yapmama tezi de bulunmaktadır. Bu açıklama bu noktada ilave bir incelemeye layıktır.

Soruna yine bir örnekle girilmelidir. Bir hukukçunun, kalın veya italik gibi basit yazımların dışında başka bir şekli özellik içermeyen bir metni hazırlamasını ele alalım. Bu amacına 8 MB'lık bir ram'la ve grafiksel bir kullanıcı şablonu ile ulaşırken daha sonra gerekenden daha fazlasını yapabilmeye elverişli olan yüksek seviyeli bir metin programını satın alması bugünlerde nadir görülen bir şey değildir.

Bu metot, zararlı mıdır? Bu soru, sadece sade ve yalın bir çözümün estetik kalitesi söz konusu olmadığı, bilakis buna ilaveten kaynakların boşuna

⁶ OCR-yazılım programları, scannerlerde de kullanılan bir program olup, resim formatında taranan (metnin-bilgilerin) tekrar word-yazı metnine dönüştürülmesini sağlamaktadır. Bu yazılım programının bir çok farklı versiyonları bulunmaktadır (Çevirenin notu).

harcanması söz konusu olduğu için sürekli olarak sorulmalıdır, sorgulanmalıdır. Ve oldukça sık bir şekilde tutumluluk diğer bir kavram altında da faydalı olarak görünmektedir: “Küçük” çözümlerin hız, sağlamlık, kolay kullanım gibi ikincil kavramlar altında da daha iyisi olması da nadir değildir.

7. Her şeyi kendin yapma

İş bölümü sebepsiz ortaya çıkmamıştır ve çoğu kez uzmanlaşma faydasını sağlar. Verimli programlar daima aykırı bir eğilimi ortaya koymakta ve her şeyi kendi yapma isteğini teşvik etmektedir. Geçenlerde gördüğüm bir karikatürde bir yönetici bu meyanda şöyle düşünüyordu: “Yeni programım metinleri yazmama elverişli ki bunları daha önceleri sekreterim yapıyordu; daha önce matbaada yapılan baskı işlemini gerçekleştiriyor; daha önce muhasebecimin yaptığı muhasebeyi tutuyor vs...” Bu şemada tasvir edilen şey, daha önceleri kişinin kendi başına yapamadıklarını EDV araçları ile artık kişinin kendisinin yapabilmesidir. Elbette ki, yeni faaliyet alanlarının açılması ve bilgi dağarcığının artması güzel bir şeydir. Burada şu da bilinmelidir ki, görünürde (bazen de gerçekte görünse bile) bütün bu yeni şeyleri yapmayı mümkün kılan program, zaruri bir hünerin kullanım alanını ve orada gerekli beceriyi yeni bir osmoz olarak henüz tam temin etmemiştir. Bu tezin gerçekliği masa üstü görünümünde (Desktop-Publishing) genel olarak görülebilir: Çoklu imkanlar, bir metnin görünümü, iyi bir dizgininin uzun süren eğitim ve denemelerle kazandığı bilgi dolayısıyla şekil arzusu (dürtüsü) tamamlanmaksızın sıklıkla ölçüsüz kullanılır. Bu sebeple uygun bir eğitim olmaksızın metnin şekillendirmesini uzmanlara bırakmak daha iyi olacaktır.

Çoğu ihtiyat kuralı gibi bu da, halk ağzında dolaşan bir atasözü olan “Schuster, bleib bei Deinem Leisten” (sadece anladığın işi yap) sözünde daha iyi anlaşılacaktır.

8. Programın ne yaptığını anlamayı dene

(EDV-çevrelerinde hoşlanılan ifadesi ile) bir yazılım programı ne kadar “etkili, verimli” ise bu o kadar da kullanıcının programın nasıl işlediğini anlama kabiliyeti için tehlikelidir. Bu fenomenin, basit bağlantılar içinde öncüleri vardır: Son olarak cep hesap makinelerine kadar belirli hesapların kafadan veya kağıt üzerinden yapılabilme kabiliyeti, teknoloji kültürü ile tehlikeye girdi. Ve örneğin bugün bu durumda kimden, başka yardımcı araçlar olmaksızın kağıt ve kalemle karekök hesabı yapması beklenebilmektedir?

Söylendiği gibi, problemin öncüleri gün geçtikçe bize daha

yaklaşmaktadır. Ahlaka aykırı kredi işlemlerinde EDV-araçları ile bunların nasıl yapıldığını ve hesaplandığını bilmeksizin kredi taksitlerindeki faizleri hesaplayan hukukçular vardır. Böylece çaresiz olarak araca teslim olunmaktadır ve “etkili” bir yazılım programından bahsedilmesi, arka planda bu meyanda bir ikinci okumayı isabetli bir şekilde göstermektedir ki, biz aracın önüne geçilmezliğine ve onun gücünün bizi yenmesine teslim olduk. Fakat program bir hata yaptığı zaman ve bunu bizim kavrama yetersizliğinden dolayı fark edemediğimiz zaman ne olacak? Ayrıca belirtmelidir: Kredi taksitleri hesaplama programları örneğinde sorun sadece retorik bir anlam taşımamaktadır.

9. Yeteneğini, programın yaptığı şeyi yapabilmeye sakla

Premsipte programın nasıl gerçekleştirdiğini anlama ehliyetinden programın yapabildiğini yapabilme yeteneğinin ayrılması gerekir. O bakımdan bu postulat, öncekinin ağırlaşmıştır. Söz konusu postulat bir hikayede canlandırılabilir: İleride uzak ve ıssız bir gezegene büyük bir uzay gemisinin EDV-aletlerinin rotayı hesaplayamaması nedeniyle binlerce mürettebatı ile mecburi bir iniş yapmak zorunda kaldığını düşünün. Büyük bir umutsuzluk baş gösterir. Fakat bu anda gemideki herkese iş birliği içinde büyük bilgisayarın yaptığı hesaplama işlerinin dağıtılmasıyla dönüş uçuşu rotasının hesabının bulunması için bir plan geliştirilir. Sonuca gelince: İnsanlar tarafından bilgisayardan yapması beklenen görevlerin gerçekleştirilmesi.

“*in fabula*” başarı ihtimali önceki postülanın gerçekleştirilmesine bağlıdır. Rota hesaplaması için gerekli olan uzmanlık bilgisinin uzay gemisinde mevcut olması gerekir. Fakat karışık vazifelerde, sanat becerisi ve iş organize bilgisinin de ilavesi gereklidir. Nasıl yapılması gerektiğini bilmek şarttır fakat neyin yapılmasına dair kapsamlı bir bilme şart değildir. İçinde bulunan görev katalogunun genişlemesinden kaçınmak ve esas itibarıyla takip eden anlayışa göre taleple yetinmek için konunun yumuşak bir görünüşü uygun olabilir. Bununla birlikte bu olup biten şeylerin efendisinin tahttan çekilmesi ile de sonuçlanmaktadır, EDV-çarelerinin /araçlarının kaldırılması, bağımsız problem çözümlerinin imkansızlığını doğuracağı da söylenmektedir. Burada bizim, büyük organizasyon ilişkileri içinde yukarıda konuşulan postülanın engellenmesi gereken bir sosyal duruma ulaşmış olduğumuz sorusuna varılmaktadır: Şimdiden EDV’nin tıkanıp kaldığı alanlarda gerekli çalışmanın artık daha fazla tedarik edilemediği alanlar yok mudur? Bu soruyu takip etmenin önemi kadar, bu global soru dolayısıyla kişi kendi “organizasyon alanı”nda, yani hususi bilgisayarında, bilgisayarından daha az ehil olma eğiliminden kaçınmalıdır. Veya Dreyfus ve Dreyfus’un dediği gibi:

“Chipler çalışmıyor, artık şimdi seçim yapılmakta...Ve toplumun her seviyesinde bilgisayar tipi rasyonalizm (sebep ve mantıksal karar verme; duygusal olmayan anlamında) kazanmakta.Uzmanlar tehlikede bulunan yaratıklar (nesli tükenme tehlikesi içindeler). Eğer biz insanlara uzman sezgisiyle yardım gibi onların gerçek yerine (alternatif olarak) mantıksal aletleri koymaktan vazgeçmezsek, o zaman biz kendimizi bizim kabiliyetli bilgisayarlara bilgi sağlayan birisi olarak bulacağız. İşlemsel rasyonalizm başarılı olursa, hiç kimse bir şeyin eksik olduğunu fark etmeyecek , fakat şimdi, uzmanca hüküm vermenin ne olduğunu hala biliyorsak, gelin o uzmanca hüküm vermeyi kullanalım ki onu kaybetmemiş olalım“. (Hubert L. Dreyfus / Stuart E. Deryfus, Mind over machine: The power of Human Intuition and Expertise in the Era of the Computer, New York: The Free Press 1986, S. 206; bununla karşılaştır. Marion Drücker, Informatik und Recht 1987, S. 165-168, 205-209).

10. Eşyanın efendisi kal

Şayet şimdiye kadar anlatılanları özetleyen bir başlık aranırsa, bu takdirde “eşyanın efendisi ol” bağımsız postülası verilebilir. Bu münferit olaylarda açılmaksızın toplu bir şekilde kalmaktadır, fakat ayrıntılar içinde haklı gerekçelerle onun anlamı için açıklayıcı özelliğe sahiptir. Buna dair de bir (bu sefer kendi yaşadığım) hikaye:

Münster yakınlarında bu arada iflas eden ve uzun zamandan beri olmayan bir EDV-işyerinde, tamamen deri elbise içinde bir motor sürücüsü görüldü ve –ona denildiği gibi- artık mevcut olmayan bir işletim programını sordu. (Mevcut olmadığı cevabı üzerine) bu sefer düşüncüyü zorlayan bir şekilde mukabele etti: “Eğer sadece nasıl olduğunu bilseydim, en kötü ihtimal bu işletim programını kendim yazabilirdim”.

Evet, şayet günün birinde neyin-nasıl olacağını artık ya bilmezsek? (Baştaki iktibas ile karşılaştır).

**AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN
YEREL MAKAMLARIN FAALİYETLERİNİN
DENETLENMESİ HAKKINDAKİ R. (98) 12 SAYILI,
(EYLÜL 1998 TARİHLİ) TAVSİYE KARARI***

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU**

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Statüsünün 15.b maddesini dikkate alarak,

Avrupa Konseyinin hedefinin, üyeleri arasında ortak mirasları olan ideal ve ilkelerin korunması ve gerçekleştirilmesi amacıyla onların sosyal ve ekonomik gelişmelerini destekleyerek daha geniş bir birliği başarmak olduğunu göz önünde bulundurarak;

Özerk Yerel İdareler Hakkındaki Avrupa Şartı'nın (buradan itibaren "Şart" olarak bahsedilecektir) 4 üncü maddesinin 3 üncü paragrafıyla belirlenen "genel olarak kamu sorumlulukları, tercihen vatandaşa en yakın yetkililer tarafından uygulanır" (hükmünü) gözönünde tutarak;

Şartın 3 üncü maddesiyle belirlenen, yerel makamların "yasanın sınırları içerisinde, kamu faaliyetlerinin önemli bir kısmının düzenlenmesi ve idaresi" hakkına sahip olduklarını ve vatandaşlara - seçmen ve vergi mükellefleri- ve Devlete karşı sorumlu olacaklarını gözönünde bulundurarak,

Gerek hukukun üstünlüğü ilkesi ve çeşitli kamu otoritelerinin belirlenmiş rolleri, gerekse vatandaşların haklarının korunması ve kamu mülkiyetinin etkin yönetimi ilkelerine uyumu sağlayan uygun denetimlerin varlığının kabul edildiğini gözönünde bulundurarak,

Olağan şartlarda, yerel makamların faaliyetleri üzerindeki denetimlerin nitelik ve kapsamının, kendilerinden üst makamlar namına

* Bakanlar Komitesinin 18 Eylül 1998 tarihinde Bakan Temsilcilerinin 641 inci birleşiminde kabul edilmiştir.

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

görev ifa etmelerine veya "kendi" yetkileri içinde faaliyetlerini icra edip etmediklerine göre (birbirinden) ayrılması gerektiğini gözönünde bulundurarak,

Özerk yerel idarelere ilişkin düzenlemelerde ve özellikle de yetkilerin tanımlanmasındaki muhtemel belirsizliğin, özerk yönetime karşı temel tehditlerden birisini oluşturacağını ve yerel makamların faaliyetlerinin üzerinde aşırı bir kontrol sonucu doğurabileceğini gözönünde tutarak;

Şart'ın, yerel makamların faaliyetlerinin idari denetimi hakkındaki 8 inci maddesinde yer alan ilkelerin, yerel makamların seçilmiş temsilcileri hakkındaki idari yaptırımlara da uygulanacağını gözönünde tutarak;

Denetim yetkilerinin uygunsuz kullanımına karşı başvuru imkanı anlamına gelen, Şart'ın 11 inci maddesindeki "*Yerel makamların, yetkilerini serbestçe kullanımını sağlamak amacıyla yargısal yola başvurma hakkına sahip oldukları*" (hükmünü) gözönünde tutarak;

Şeffaflığın, kamu makamlarınca toplumun çıkarları için yürütülen faaliyetlerin en iyi güvencesi olduğunu, vatandaşların yapacağı etkin siyasal denetim için gerekli esaslı bir ön şart olduğunu ve bunun (şeffaflığın) güçlendirilmesinin, denetimin diğer şekillerine daha az ihtiyaç duyulmasını sonuçlandıracağını gözönünde tutarak;

Bir çok üye ülkenin, özerk yerel idarelerin etkinliklerini tehlikeye atmaksızın onların lehine olacak şekilde, denetim sistemlerini geliştirebilme imkanı tanıyan deneyimlerini gözönünde tutarak;

Özerk Yerel İdareler Hakkındaki Avrupa Şartı'nın İcrasını İzleyen Avrupa Yerel ve Bölgesel Otoriteler Kongresi'nin 1996 tarih ve 20 no'lu Tavsiye Kararını dikkate alarak;

Yerel makamların denetim ve gözetimi hakkındaki Yerel ve Bölgesel Demokrasi İcra Komite'si raporunu dikkate alarak;¹

Üye devlet hükümetlerine tavsiyeleri şunlardır:

1. (Aşağıdaki) uygun önlemlerin kabul edilmesi:

-Şartın 8 inci maddesinde düzenlenen ilkelerin uygulanmasının yerel makamların faaliyetlerinin tüm şekillerine genişletilmesi;

-Uygun görülen doğrudan demokrasi araçlarının kullanımı aracılığıyla vatandaşlar tarafından yapılacak siyasal denetimin esaslı rolünün tanınması ve bu inter alia (tarafklar arası) denetimin teşvik edilmesi;

¹ Avrupa'da Yerel ve Bölgesel Otoriteler Çalışma Serileri, No 66.

-Genel olarak, yerel makamların faaliyetlerinin şeffaflığını güçlendirmek ve sağlamak kadar, toplum açısından mali külfet doğuracak kararların kamusal niteliği gereğince, vatandaşlar ve tüzel kişilere, hukuken belirlenen usullerle uygunluk içerisinde bu kararlara erişim yönünde gerçek bir imkanın da tanınması;

-Şartın 7 nci maddesinin 1 inci paragrafına uygun olarak, yerel makamların temsilcilerini ilgilendiren idari yaptırımlara (seçilmiş yerel temsilcilerin geçici süreyle görevden uzaklaştırılması ya da görevden alınması ve yerel mercilerin feshedilmesine) yalnızca istisnaen izin verilmesi; onların (idari yaptırımların) uygun güvencelerle birlikte kullanımının sağlanması; seçilmiş yerel mercilerin (halka) vekaletlerini serbestçe kullanımlarıyla (idari yaptırımların) uyumunu sağlamak amacıyla, idari faaliyete (o) merciin yerine geçerek yanlışlıkla karışan denetim makamına veya ismen belirlenen ad hoc makama karşı idari yaptırımların, ad hoc makama ait usullere öncelik tanınarak kabul edilebileceği, ancak bu durumların azaltılması (gerektiği),

- Yerel organların kendi iç uyuşmazlıklarının çözümünü, kendi içlerinde başlatabilmelerini sağlayacak usullerin sağlanması ve denetleyici idari makamların yalnızca bu usullerin sonuçlandırılmasının başarılabilmesi halinde müdahalesinin düşünülmesi;

-Gerektiğinde, denetim sistemleriyle “ikincillik ilkesi” (ikame ilkesi) arasındaki uyumun geliştirilmesi için uygun yasal reformlarla bu sistemlerin etkinliğinin garanti edilmesi, bu tavsiye kararının ekinde ortaya konan rehber ilkelerin hesaba katılması;

(98) 12 Sayılı Tavsiye Kararına Ek

Yerel makamların faaliyetlerinin denetimi sistemlerinin geliştirilmesi hakkındaki rehber ilkeler

I. İdari denetim sahasında rehber ilkeler

-Yasayla aksi belirlenmedikçe yerel makamların “kendi” yetkilerini uygulayacağını kabul edilmesi,

-Yetkilerin devredilmesi konusundaki “kendi” yetkileri ifadesinin, yerindelik denetiminin azaltılmasını sonuçlandıracak şekilde tercih

edilmesi².

- Denetim konusu işlem ve faaliyetlerin yasal düzenlemelerde açıkça sayılması,

-(Daha az) önemdeki belirli faaliyetlerin zorunlu, re'sen (compulsory ex officio) idari denetimlerinin sınırlandırılması.

-A priori (ön) idari denetimlerin azaltılması (Bunlar, yerel bir idari kararın yürürlüğe girmesi ya da geçerlik kazanması için bir idari merciin müdahalesi gerektiğinde sözkonusudur.)

II. İdari denetim için alternatif mekanizmaların geliştirilmesi hakkında rehber ilkeler

-Merkezi ve yerel idareler arasında diyalogun güçlendirilmesi.

-Özellikle, mali ve idari sahalarda bazı birimlerin (gerek merkezi idareden bağımsız, gerekse merkezi idarenin bir parçası olsun) sahip olabileceği danışma ve takdir fonksiyonlarının güçlendirilmesi.

-Ombudsman ve mediatörler³ gibi bağımsız birimlerin rolünün güçlendirilmesi.

-Başta mali ve idari sahalarda olmak üzere iç denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi.

III. Denetim usullerine ilişkin rehber ilkeler

i. Yargısal usuller

-Bir faaliyetin yerindeliğinin⁴ denetlenmesi, bu tür bir denetim aşlında idari denetim makamları için bir görev olarak gerekliyse, mahkemelerin yerel idarelerin yerine geçecek şekilde yetkilendirilmelerini kabul etmemek.

² Hollanda delegasyonu Özerk Yerel İdareler Hakkındaki Avrupa Şartı onaylandığında Hollanda'nın Şartın 8 inci maddesinin 2 nci paragrafıyla kendisinin bağlı olmayacağını gözönünde tutulmaması gerektiğini bildirmiştir. Aynı şekilde, bu özel rehber ilkelere bu ülkenin hukuk sistemindeki Kral'a verilen denetim yetkisinin genişlemesi yönünde sorun doğurmayacak şekilde yalnızca Hollanda hükümeti tarafından uyulur.

³ Çevirenin notu: bu terimler AB ülkelerinde farklı isimlerle adlandırılan bağımsız kamu denetçilerini ifade etmekte kullanılmaktadır.

⁴ Çevirenin notu: Orijinal metindeki "expediency" ifadesi idarei maslahat ya da uygunluk şeklinde çevrilebilirse de "legality" veya "opportunity" ifadeleri metinde kullanılmamasına karşın yine de "yerindelik" ifadesi konuyu daha iyi açıklayacağından özellikle tercih edilmiştir.

-Mahkemelere, aciliyetin ve/veya giderilemez zarar riskinin varlığı halinde, haklı görülecek geçici önlemler alma yetkisini tanımak.

- Hatalı bir şekilde yetkililerin yerine geçilmesi işlemlerini de içeren denetim konusu faaliyetlerin hukuka uygunluğuna ilişkin mahkeme kararlarının tam olarak ve derhal infazını sağlamak amacıyla, uygun önlemlerin alınması.

- Yargısal usullerin uzun sürmesi hukuk güvenliğine aykırı olacağından ve denetimin yararlılığına zarar vereceğinden, mahkeme önüne getirilen olayların incelenmesi zamanının kısaltılması için uygun önlemlerin alınması.

ii. İdari makamlar önünde denetim usulleri

-Uzmanlaşmış denetim makamlarının (denetim konusu faaliyetlerin içeriğine bağlı olarak) müdahalesi gerektiğinde; mümkünse yalnızca tek bir ilk derece denetim makamının varlığını (kabul etmek) ve denetimin nihai olarak hangi makam tarafından gerçekleştirileceğindeki belirsizlikten kaçınmak için bu organların yetki alanlarının tam olarak belirlenmesinin sağlanması.

-A priori (ön) denetimi gerçekleştirmek için denetleme makamına verilen süre sınırının düzenleme metinlerinde belirlenmesi ve verilen süre sınırı içinde anlaşmayı gösteren herhangi bir karara ulaşamadıysa bunun belirlenmesi.

iii. Mali denetim ve yönetimin denetimi

- Seçilmiş yerel temsilciler tarafından yapılan tercihlerin yerindeliği sorunu doğurabileceğinden mali denetim ile yönetimin denetiminin etkilerini asgariye indirmek.

-İyi muhasebe pratiğinin geliştirilmesini sağlamak için yönetimin etkinliği, mali dengesizliğin önlenmesi, mali sıkıntılarla karşılaşan yerel makamların mali iyileştirilmesinin izlenmesi, vatandaşların bütünüyle ve objektif olarak aydınlatılması amacıyla bu iki tür denetimin organize edilmesi.

IV. Gayri resmi denetim riskinin önlenmesinde rehber ilkeler

-Genel bir kural olarak, yerel otoritelerin üyesi olan personelin görevlerinin bir parçasını oluşturan kararların alınmasında, onları

istihdam edenler dışındaki makamlara bağlı olmalarının engellenmesi⁵.

-Yerel makamlar ve onlarla birlikte çalışan merkezi hükümet birimleri arasında, resmi denetimin yerine geçmeye yol açacak düzeye indirgenmesiyle oluşacak gayri resmi "teknik" denetim ilişkilerinden kaçınılması⁶.

⁵ Çevirenin notu: Böylece yerel idarelerin personelinin kendi görevlerini yerine getirirken kurumları dışından etkilenmelerinin önüne geçilmesi gereğine dikkat çekilmiştir.

⁶ Çevirenin notu: Bu hükümlerle, merkezin taşradaki birimlerinin yerel makamlar üzerinde baskı kurmaya çalışmalarının engellenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

FEMİNİST HUKUK BİLİMİ NEDİR?*

Prof.Dr. Ute SACKSOFSKY M.P.A (Harvard)

*Çev.: Dr.iur. Osman CAN LL.M. (Köln)***

Feminist hukuk bilimi hem Hukuk Teorisi ve Hukuk Felsefesine, hem de Hukuk Dogmatikğine yeni sorular yönelmektedir. Gerçi erkeklere ve kadınlara açıkça eşitsiz muamele öngören normlar pek kalmamıştır. Ancak bu çalışma güncel örnekleme yoluyla, hukukun – cinsiyet-tarafsız formülasyonuna rağmen – nerede kadınların yaşam ilişkilerini hesaba katmadığını ve yalnızca erkeklerin tecrübe dünyasına göre biçimlendiğini göstermektedir. Böyle bir veri, Anayasanın (Grundgesetz)3/2. maddesinin anlamı karşısında yalnızca hukuk politikası açısından değil, hukuk dogmatikği açısından da önemlidir.

I. Giriş

Feminist hukuk bilimi nedir? Bu soru, bu konuyla ilgilenen tüm kadın bilim adamlarına tekrar tekrar yöneltilmekte ya da – aslında – çoğunlukla şöyle dile getirilmektedir: Böyle bir şey var mı? Ve ardından: Böyle bir şeyin olması mümkün mü? Feminist hukuk bilimi demek ki Almanya’da halen açıklanmaya ve hukuksal dayanağa muhtaçtır.

Bu, hem uluslararası karşılaştırma bakımından, hem de Almanya’daki diğer disiplinlere bakıldığında pek alışılmış bir durum değildir. Bir çok Avrupa ülkesinde ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde feminist hukuk bilimi araştırma alanı olarak kabul edilmektedir: Feminist jurisprudence, feminist legal theory, kabul edilmiş kavramlardır. Bunlar hiç bir biçimde şaşılacak kavramlar değildirler, yakışsız kavramlar olarak da algılanmamaktadırlar¹. Almanya’da bile kadın

* Yazarın 29.06.2000 tarihindeki Frankfurt a.M. Johann Wolfgang Goethe-Üniversitesi’nde Kamu Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Profesörü olarak göreve başlama konuşması metni. Yazarın Zeitschrift für Rechtspolitik Dergisinde (2001/9) yayınlanan “Was ist feministische Rechtswissenschaft?” adlı makalesinin bu çevirisi, kendisinin ve ZRP Dergisininin 05.12.2001 tarihli onaylarına dayanılarak gerçekleştirilmiştir.

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

¹ Bkz. Örneğin: Chamallas, Introduction to Feminist Legal Theory, 1999; Taylor/Rush/Munro, Feminist Jurisprudence, Women and the Law, 1999; Barnett, Introduction to Feminist Jurisprudence, 1998; Olsen, Feminist Legal Theory, 2. Bde., 1995;

ve cinsiyet araştırmaları, birçok tinsel ve sosyal bilim disiplinlerinde², hukukta olduğundan daha gcl bir biçimde yerleşmiş bulunmaktadıř³.

Feminist hukuk biliminin ana başlıkları beş adımda irdelenmelidir:

Hukukun feminist analizi ne demektir? (II)

1. Feminist hukuk bilimi yalnızca hukuk politikası mıdır? (III)

2. Hukuk felsefesine ve hukuk teorisine yönelik feminist meydan okuma (IV)

3. Feminist hukuk biliminde feminist olan nedir? (V)

4. Feminist hukuk bilimi bir geçiş fenomeni midir? (VI)

II. Hukukun feminist analizi

Hukukun feminist analiziyle, geçerli hukukun içeriğine, daha doğrusu geçerli hukukun hakim (erkek egemen) yorumuna - kadın bakış açısıyla yöneltilmiş – eleştiri anlatılmak istenmektedir. Yani amaç tüm hukuksal alanlarda ve hukukun tüm alt disiplinlerinde, temel alanlarda ve aynı Şekilde ceza hukuku, özel hukuk ve kamu hukukunda kadın sorunsalının dile getirilmesidir⁴.

1. Tarihsel gelişim

Geçerli hukukun kadınlarca eleştirisi yeni bir olgu değildir; bu açıdan kadınlr uzun bir geçmişe sahiptirler. Burada yalnızca bazı tarihsel olguları hemen hatırlayalım. 1791 yılında *Olympe de Gauges* 1789 tarihli Fransız insan hakları bildirgesinin karşısına “Kadın ve (Kadın) yurttaş hakları bildirgesi”ni ıkarır⁵. Vormarz*

Weisberg, Feminist Legal Theory, Foundations, 1993; *Smith*, Feminist Jurisprudence, 1993; *Barlett/Kennedy*, Feminist Legal Theory, 1991; *Fineman/Thomadsen*, At the Boundaries of Law, Feminism and Legal Theory, 1991; *Smart*, Feminism and the Power of Law, 1989; *Dahl*, Frauen-Recht, 1992.

² Başlangıç için bkz. Antolojiler: *List/Studer*, Denkverhltnisse. Feminismus und Kritik, 1989; *Institut für Sozialforschung Frankfurt*, Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994; *Kreisky/Sauer*, Feministische Standpunkte in der Politikwissenschaft, 1995; *Nagl-Docekal/Pauer-Studer*, Politische Theorie, Differenz und Lebensqualität, 1996; *Becker-Schmidt/Klapp*, Das Geschlechterverhältnis als Gegenstand der Sozialwissenchaften, 1995; *aynı yazar*, Feministische Theorien zur Einführung, 2000; v. *Braun/Stephan*, Gender Studien, 2000.

³ Nitekim bugüne kadar Almanya’daki Hukuk Fakültelerinde “Cinsiyet İlişkileri Hukukuna” ayrılmış yalnızca bir profesörlük kadrosu vardır (Bremen Üniversitesi). Şüphesiz Almanya’da da Hukukta feminist bir söylem vardır. Bunun bir ifadesi, örneğin yıllık olarak gerçekleşen Feminist Hukuklar Toplantıları ve 1983’ten beri yayınlanan “Streit” (Kavga) adlı feminist hukuk dergisidir.

⁴ *Barlett* “Asking the Women Question” i feminist hukuk biliminin ilk/asli metodu olarak adlandırır, *Feminist Legal Methods*, *Weisberg* (1. Dipnotta), s. 550 (551).

⁵ Detay için bkz. *Gerhard*, KJ 1987, 127; *Hassauer*, Gleichberechtigung und Guillotine, in: *Bedar/Rsen*, Weiblichkeit in geschichtlicher Perspektive, 1988, s. 259.

döneminde ve 1848 yılında Alman kadın hareketi, kadınlara tam vatandaşlık hakkının tanınması için mücadele eder. Nitekim örneğin *Louise Otto*, “Özgürlük Alanına Kadın Vatandaşları Öneririm” parolasıyla çıkardığı “Frauen-Zeitung” (Kadınlar Gazetesi) adlı gazetede şu eleştiriyi yapar: “Biliyoruz ki, genelde ‘vatandaşları’ ilgilendiren yasalar, kadınları, bir olayda vatandaş olarak kabul ederek hesaba katıp, buna karşın başka bir olayda da yokmuşçasına muamele ederek son derece keyfi yorumlara neden olmaktadır, ve tüm bunlar da sessiz bir uzlaşma sonucu olarak gerçekleşmektedir.”⁶ 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında, kadın hareketinin, kadın eğitime ve kadınların seçim hakkına yönelik mücadelesi güç kazanır. Ancak kadınların bazı yasalara karşı mücadelesi devam eder. Bu bağlamda kadınların BGB (Bürgerliches Gesetzbuch-Alman Medeni Kanunu)nun hazırlanışı sırasında dile getirdikleri eleştirileri hatırlamak gerekir⁷.

Kadınlar, Weimar Anayasasıyla birlikte seçim hakkını kazandılar (Md. 22 WRV), kadın memurların aleyhine olan istisnai düzenlemelerin kaldırılmasını (Md. 128/2 WRV) ve mücadele sonucu kadınlarla erkeklerin kural olarak aynı vatandaşlık ödevlerine sahip olmalarını (Md. 109/2 WRV) sağladılar. Weimar Cumhuriyeti yine, 1908’den beri gittikçe artan oranda Alman üniversitelerinde hukuk okumalarına karşın⁸ ancak başlangıçta bitirme sınavına katılmayan, veya - bu aşamaya ulaşıldığında bile- staja başlayamayan kadınlara, ilk kez hukukçuluk mesleğini açar⁹. Bununla beraber kadınların ayrımcılığa uğraması, memur hukuku ve özel hukuk örneğindeki gibi hukuk alanlarının çoğunda devam eder.

* Vormärz-Mart öncesi-: 1940 yılında Friedrich Wilhelm IV’ün İmparator olmasıyla başlayan ve 1848’deki devrimlerin bastırılmasıyla sonra eren dönem için kullanılır, O.C.

6 Buna ilişkin olarak bkz. *Gerhard*, Unerhört, 1995, s. 63 vd. Saksonya’da kadınların bir derginin sorumlu redaksiyonunu üstlenmeleri ve yayımını gerçekleştirmelerinin yasayla açıkça yasaklanması karşısında, *Louise Otto*’nun şu yorumu oldukça isabetlidir: “Sayısız yasada genel olarak ‘Kişiler’den ve ya ‘Vatandaşlar’dan ya da ‘Kullar’dan söz edilirken ve bunlardan yalnızca Erkeklerin mi, yoksa aynı zamanda Kadınların da mı anlaşılması gerektiği artık şimdi adetlere ve geleneklere kalmışken, yukarıdaki paragraf (kanun maddesi) başka soruların dile getirilmesini anlamsız hale getirmektedir.” (aktaran *Gerhard*, s. 64).

7 Krşl. *Limbach*, Die Frauenbewegung und das Bürgerliche Gesetzbuch, in: *Battis/Schulz*, Frauen im Recht, 1990, s. 1.

8 Almanca konuşulan ülkelerdeki ilk kadın Hukukçu İsviçreli *Emily Kempin-Spyri* idi. Onun yaşamını *Eveline Hasler*’in “Die Wachsfügel Frau” (Parlak kanatlı kadın) isimli romanı ele almıştı, (1991), 1993.

9 *Alman Kadın Hukukçular Birliği*, Juristinnen in Deutschland, 3. Bası (1998), s. 11; *Rust*, Zur Situation von Frauen in der juristischen Ausbildung Fakultäten, inÇ *aynı eser*, Juristinnen an den Hochschulen – FrauenR in Lehre und Forschung, 1997, s. 91.

2. Güncel Örnekler

Eşit Haklara Sahip Olma kuralına rağmen, Anayasa çerçevesinde dahi, hukuk düzeninin, kadınlara açıkça bazı hakları yasaklayan veya onları belirli bazı rollere uygun gören kurallardan arındırılması hayli zaman aldı. Bugün artık bu aşamaya büyük ölçüde ulaşılmış bulunmaktadır. Hukuk düzenimizde, açıkça cinsiyet özelliğine gönderme yapan norm pek kalmamıştır; kadınlara askerlik görevini yerine getirmeyi ve silah altına alınmayı yasaklayan ve pratik açıdan en önemli hüküm de, ATM¹⁰ (Avrupa Topluluğu Mahkemesi)'nin son kararından sonra artık kısa sürede tarihe karışacaktır.

O halde, hukukun feminist analizi, kadınları açıkça mağdur eden bir norm demetine işaret etmez. Böyle olunca sorumluluk daha da ağırlaşır; çünkü eskiden cinsiyet niteliğine yapılan aşıkır gönderme, mağduriyeti görünür hale getiriyordu. Feminist hukuk analizi şimdi mağduriyeti önce görünür hale getirmeli, hukukun hangi noktada –cinsiyet tarafsız formülasyona rağmen¹¹ - eril tecrübe dünyasınca biçimlendiğini, nerde kadınların tecrübelerinin ve yaşam ilişkilerinin hesaba katılmadığını saptamalıdır. Birkaç örnekle bunları açığa çıkaralım:

a) *Özel Hukuk*. İş hukuku ve emeklilik konusu halen tipik eril hak ediş tarzına göre biçimlenmiş durumdadır. Kurallar, iş yaşamını kesintisiz devam ettiren tam süreli çalışanlara göre oluşturulmuştur. Bu durum, emeklilik hukukunun temel yapısı için olduğu gibi, aynı zamanda “küçük” olaylar için de geçerlidir. Nitekim, ATM, kısmi süreli çalışanların, tam zaman çalışma zamanına ulaşmayan, ancak kararlaştırılan çalışma saatini aşan fazla mesai yapmaları durumunda, fazla mesai ücreti alıp alamayacaklarına ilişkin bir sorunla karşılaşmıştı¹². Olayı açarsak: A günde 4 saat çalışmaktadır ve 5. saati de çalışması istenmektedir. Yürürlükteki toplu iş sözleşmesi uyarınca bu 5. saat için fazla mesai ücreti verilmemektedir; fazla mesai ücreti – 8 saatlik nizami çalışma saatine dayalı olarak – ancak 9. saat-ten itibaren verilmektedir. ATM eşitsiz muameleyi, bayan A'nın çalıştığı 5. saat-iyile, tam süreli çalışan meslektaşı Bay B ile aynı parayı aldığı gerekçesiyle reddeder. Bu, tek başına ele alındığında mantıklıdır; problem eşitliğin uygulandığı noktanın seçimindedir. Tam süreli çalışan değil de bireysel olarak kararlaştırılan çalışma saati ölçü olarak alınırsa, eşitsiz muamele açıkça kendini gösterir. İşverene karşı zorunlu olmayan çalışmanın verdiği zarar, her bir fazladan çalışma saati için aynı-

¹⁰ EuGH, JZ 2000, 412 (Tanja Kreil) *Goetz*'in değerlendirmesiyle, NJW 2000, 497; *Stein*, EuZW 2000, 213

¹¹ Hukuk dilinin görünürdeki “Tarafsızlığı”na ilişkin problemler için bkz: *Grabrucker*, Die Ungleichbehandlung der Frau in der Rechtsprache, in: *Battis/Schultz* (bkz. 7. Dipnot), s. 281; Aynı yazar, Vater Staat hat keine Muttersprache, 1993.

¹² EuGH, Slg. I 1994, 5727 (*Helmig*).

dır, bunun ötesinde tam süreli çalışanın 9. saatinde söz konusu olan, tipik bir boş zaman feragati iken, kısmi süreli çalışan bayanın 5. saatinde ise buna karşın, ek işleme gereklerinden ayrı bir yere, çocuk bakımına sarf edilmesi gereken zamandır¹³.

b) *Kamu Hukuku*. Vergi hukuku, eşlerin ayrı vergilendirilmesi ve çocuk bakım giderlerinin düşülmemesi yoluyla geleneksel rol paylaşımını teşvik etmektedir¹⁴. Şehir düzenlemesi ve trafik genellikle erkeklerin hareket ihtiyaçlarına göre ayarlanmıştır. Trafiğe kapalı alanlar tartışmasında, araç sürücülerinin temel haklarına müdahale edilmesi endişesi dile getirilmekte, buna karşın, yayaların, oynayan çocukların yararına pek önem verilmemektedir. Bu tür hatalı trafik düzenlemesine bir örnek Frankfurt'tan verilebilir: Dornbusch'da Escherheimer Landstrasse'i geçme denemesi, yayalar için yol üzerinden geçiş imkanı bulunmazken, araba sürücüsü olarak sorunsuz gerçekleşir. Yayalar –özellikle büyük ve az uğrak olmaları nedeniyle – kadınlar için korku yerleri niteliğinde olan ve üstüne üstlük – çocuk arabalı anneler için özellikle uygun olmayan-, ağırlıklı olarak yalnızca merdivenlere geçilebilen alt geçit pasajlarını kullanmak zorundadırlar. Yüksek ozon yoğunluğu sırasındaki trafiğe çıkış yasaklarında da tipik erkek mobilite ihtiyaçlarına öncelik tanınmaktadır. İş yerine ve tatile gidişler, makul yollarla başka türlü gerçekleştirilemiyorsa §40 d II BImSchG'a (Bundesimmissionsschutzgesetz – Federal Hava Kalitesinin Koruması Kanunu) göre yasal hale gelmektedir. Aile/ev içi çalışmalar için benzeri önlemlere ise pek rastlanmaz: Ev ihtiyaçlarına yönelik büyük alışverişler arabasız gerçekleştirilmek zorundadır.

c) *Ceza Hukuku*. Ceza hukukunda da erkek esastır; aile içi tecavüzün halen devam eden ayrıcalığı herhalde buna verilecek en açık örnektir¹⁵. Başka örnekler de vardır. *Dagmar Oberlies*, kadınlar ve erkeklerdeki cinsiyete tipik olan davranış tarzlarının, çeşitli biçimlerde, erkeklerde cezai indirim, kadınlarda ise cezai ağırlaştırmaya neden olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bunları, bayan ve erkek hukukçularının birinci Staatsexamen'dan (Devlet sınavı-bitirme sınavı) bildikleri §211 StGB'deki hiffet ve saffetten yararlanarak nitelikli adam öldürme fiilinin unsurları örneğinde açıklamak gerekirse: Her kim saf ve savunmasız bir insanı öldürürse ömür boyu hapis cezasına çarptırılır. Bu bedensel güç ve açık saldırganlığa tanınmış bir ayrıcalıktır. Bedensel olarak üstün olan erkek öldürme niyetini, kurban

¹³ Zaman probleminin tam bir analizi için bkz: *Scheiwe*, Männerzeiten und Frauenzeiten im Recht, 1993.

¹⁴ Bkz. Özellikle: *Sacksofsky*, NJW 2000, 1896; *Vollmer*, Das Ehegattensplitting, 1998; *Mennel*, Frauen, Steuern, Staatsausgaben – Subventionen für das Patriarchat, in: *Gerhard u.a.*, Auf Kosten der Frauen, 1988, s. 79

¹⁵ Eşe yapılan tecavüzü § 177'de (StGB – Ceza Kanunu) düzenleyen reform ancak 1977'de gerçekleştirildi. BGBl, 1997 I, 1607.

bunu beklese bile rahatlıkla gerçekleştirebilecektir; zayıf olan kadın fail ise ancak kurbanın bunu beklemediği durumda, yani ancak saffet ve savunmasız durumda iken öldürme eylemini gerçekleştirebilir. Bu ise, şiddete ve kötü muameleye maruz kalan ve eşlerini öldüren kadınların, şiddet kullanan ve fena muamele yapıp eşlerini öldüren erkeklerden daha yoğun bir şekilde, nitelikli adam öldürmeden mahkum olmaları sonucunu doğurur¹⁶.

Bu örnekler, eşit haklara sahip olma konusundaki eksikliklerin yalnızca toplumsal değişim eksikliğine dayandığı yönündeki iddiaların çok yetersiz kaldığını gözler önüne sermiş olmalıdır. Aksine bir çok olayda, normlar, belirli toplumsal yapıyı desteklemekte ve teşvik etmektedir. Toplumsal rol dağılımı her ne kadar hukuksal normlar tarafından doğrudan doğruya öngörülüyorlarsa da, her halükarda sağlamlaştırılmaktadır. Bu tür normların ifşa edilmesi feminist hukuk biliminin önemli bir amacıdır.

III. Feminist hukuk bilimi (yalnızca) hukuk politikası mıdır?

Geçerli hukukun feminist analizi yoluyla, cinsiyetler arasındaki alışlagelmiş rol dağılımını destekleyen veya kadınları başka biçimde mağdur eden hukuksal normlar tespit edilmektedir. Bu tür normların ortaya çıkarılmasını, bu normların değiştirilmesine yönelik talepler izler. Bu yaklaşım hukuk politikası izlenimi vermektedir. Ve gerçekten de: Kadın (haklarına ilişkin) politika daima aynı zamanda hukuk politikası olagelmişti.

Buna karşın Anayasa çerçevesinde hukuk dogmatığı ve hukuk politikasının, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması konusunda bu biçimde ayrılması, artık o kadar kolay değildir. Md. 3 II GG (Grundgesetz-Anayasa, OC) yasa koyucuyu doğrudan doğruya bağlamaktadır. Bu nedenle yasa koyucu, kadın (haklarına ilişkin) politik talepleri ne oranda karşılayacağı konusunda serbest değildir, bilakis Md. 3 II GG'nin öngördüğü oranda yükümlülük altındadır. Bu bakımdan Md. 3 II GG'nin nasıl yorumlanacağı hayati önem taşımaktadır.

Md. 3 II GG'i -dar anlamda- ayrımcılık yasağı olarak anlayan yazarlar vardır¹⁷. Bu görüşe göre eşit haklara sahip olma ilkesi, cinsiyet niteliğine gönderme yapılmamasını yasaklamaktadır. Bu da eşit haklara sahip olma ilkesinin günümüz koşullarında teoride kalması sonucunu doğurmaktadır. Zira artık cinsiyet niteliğine göre farklı düzenleme öngören hukuksal normlar kalmadığından dolayı, bu görüşün anladığı biçimdeki Md. 3 II GG, kadınlar için herhangi bir koruma etkisi göstermeyecektir. Muhtemelen bu biçimde anlaşılan eşit haklara sahip olma ilkesi halen erkeklere yaramaktadır, çünkü onlar geleneksel kadın "ayrıcalıklarına" ve her şeyden önce

¹⁶ Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, 1995, s. 119.

¹⁷ Bkz. Örn. Sachs, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, 1017 (1027).

kadınları destekleme tedbirlerine karşı, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına başvurabileceklerdir¹⁸.

BVerfG (Bundesverfassungsgericht – Federal Anayasa Mahkemesi) uzun süre soyut (dar anlamda) ayrımcılık yasağı anlayışını kabul etmişti. Mahkemeye göre Md. 3 II GG “esas olarak ve kesinlikle cinsiyete dayalı ayrımcılığı” yasaklamaktadır¹⁹. Şüphesiz BVerfG ayrımcılık yasağı anlayışını hiçbir zaman mutlak olarak algılamadı. Mahkeme on yıllarca, cinsiyetler arası objektif biyolojik ve/veya işlevsel farklılıklara dayanan ayrımcılığa izin vermişti. Bu, örneğin şu şekilde dile getirilmekteydi: “Cinsel organların yapısı dahi erkek için ısrarcı ve talep edici, kadın için de daha çok kabul edici ve fedakarlığa hazır bir işlev göstermektedir”²⁰. Ancak BVerfG -literatürdeki bazı yeni görüşlerin aksine -kadın ve erkek arasındaki tabii farklılıkları kabul ettiği dönemde dahi, eşit haklara sahip olma ilkesinin kimin korunması amacıyla anayasaya alındığını gözden uzak tutmamıştı. Mahkeme, yargılamasının tüm 50 yılı boyunca, ilk aşamada kadınların mağduriyetini ortadan kaldırma çabası içinde olmuş ve defalarca ayrımcılık yasağı biçimindeki anlayıştan ayrılmıştı²¹. Şimdi Anayasa, Md. 3 II 2 ile devlete açıkça, kadın ve erkeklerin aynı haklara sahip kılınmasının fiili olarak gerçekleştirilmesini destekleme ve mevcut engellerin ortadan kaldırılmasını sağlama görevini yüklemektedir²².

Ayrımcılık yasağı biçimindeki bir eşit haklara sahip olma ilkesi anlayışı, ayrıca kadın hareketinin büyük bir kısmının direnişiyle de karşılaşmaktaydı. Eşitliğe mi, yoksa kadın ve erkek arasındaki farklılığına mı vurgu yapılmasının doğru yol olup olmadığı, uzun yıllar kadın hareketi içinde tartışılmıştı²³. Herkesin ortak endişesi, toplumsal gerçekler karşısında saf eşitlik taleplerinin yalnızca bir ölçüt olarak kadınların erkeklere benzetilmesine götüreceğiydi. Tüm tekil farklılıklarla

18 Kota konusundaki anayasal tartışmalardaki farklı temel yaklaşımlar için bkz. özellikle: *Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. (1996), s. 405; *Pfarr*, *Quoten und Grundgesetz*, 1988; *Huster*, AöR 118 (1993), 109; *Sachs*, NJW 1989, 553; *Laubinger*, *VerwArch* 1996, 305 (473). Felsefi tartışmalar konusunda: *Rössler*, *Quotierung und Gerechtigkeit*, 1993; ATM bu ana kadar 4 farklı kota düzenlemesine ilişkin karar vermiştir; EuGH, JZ 1996, 196 (*Kalanke*); EuGH, JZ 1998, 139 (*Marschall*); EuGH, JZ 2000, 667 (*Badeck*); EuGH, NJW 2000, 2653 (*Abrahamsson*).

19 BVerfGE 37, 217 (244) = NJW 1974, 1609.

20 BVerfGE 6, 389 (425) = NJW 1957, 865.

21 Detaylı bilgi için bkz. *Sacksofsky* (bkz. Dipnot 18), s. 23.

22 Oluşum tarihçesinin belgelerle gösterildiği çalışma için bkz., *Limbach/Eckerz-Höfer*, *Frauenrechte im geeinten Deutschland*, 1993

23 Bu konuya ilişkin öğretici makale için bkz., *Maihofer*, *Gleichheit und/oder Differenz*, in: *Kreisky/Sauer*, *Geschlechterverhältnisse um Kontext politischer Transformation*, 1997, s. 155.

birlikte belki, -Ute Gerhard'in kitabının başlığını benimsemek gerekirse²⁴ - "Benzetişsiz Eşitlik" kadın hareketi düşüncesine uygun düşmekteydi.

Burada, ayrımcılık yasağı biçimindeki bir eşit haklara sahip kılma yükümlülüğü anlayışı, hiçbir zaman akla gelen tek anlayış olmamıştır. Nitekim feminist hukukçular yeni Md. 3 II GG yorumları geliştirmekteydiler; Vera Slupik'in²⁵ "potansiyel rol değişimi", Amerikan yaklaşımına, özellikle MacKinnon'un²⁶ yazılarına dayalı olarak tarafımdan geliştirilen üstünlük kurma yasağı (Dominierungsverbot)²⁷ ya da aynı şekilde Susanne Baer'in²⁸ MacKinnon'a dayanan hiyerarşileştirme yasağı (Hierarchisierungsverbot) bunlara örnek verilebilir. Tüm bu çabalara ortak olan nokta, bunların cinsiyet niteliğine bağlı bir ayrımcılık yasağına dayanmamalarıdır. Bunlar aynı zamanda, ATM²⁹ tarafından özellikle iş hukuku alanı için geliştirilen hukuksal figürlerin Anayasaya alınmasını daha kolay bir şekilde mümkün kılmaktadırlar: Bunların en önemlisi "Dolaylı mağduriyet" kavramıdır³⁰.

Dolaylı mağduriyet yasağı, cinsiyet-tarafsız olarak formüle edilmiş hukuksal normları, bir önlemin erkeklerden daha fazla kadınların aleyhine işlemesi ve herhangi bir haklı nedene dayanmaması durumunda ancak yasaklayabilmektedir. Ancak haklı bir nedenin ne zaman kabul edilebileceği tüketici yolla sayılmamıştır; bu konuya yönelik araştırma ihtiyacı devam etmektedir. Ancak şu kadarı kesindir: Tipik olarak kadınları mağdur eden ve eşit haklara sahip olma ilkesi karşısında haklı bir nedene dayanmayan normlar anayasaya aykırıdır. Bu normların kaldırılması politik bir sorun değil, bilakis hukuksal bir görev ve hukuksal bir sonuçtur.

Elbette ki anayasal eşit haklara sahip olma ilkesinin ön koşullar içerip içermediğinin, ya da ne oranda içerdiğinin her bir tekil olayda araştırılması gerekmektedir. Ancak şu kadarı açıktır: Feminist hukuk bilimi büyük oranda ve yapısal olarak "tamamen olağan" bir hukuk yorumudur; yalın hukuk politikasına indirgenemez.

IV. Feminist hukuk teorisinin hukuka meydan okuması

Batılı hukuk ve devlet felsefesi kadınların önemli ölçüde düşün dünyasından

²⁴ Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, 1990.

²⁵ Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988.

²⁶ MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1989; aynı yazar, Feminism Unmodified, 1987; aynı yazar, Sexual Harassment of Working Women, 1979; aynı yazar, KritV 1994, 363.

²⁷ Sacksofsky (bkz. Dipnot 18), s. 23.

²⁸ Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995.

²⁹ EuGH, Slg. 1981, 911 (Jenkins) den beri yerleşik içtihat.

³⁰ Bkz. özellikle: Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, 1995.

ve buna bağılı olarak da kamu yaşamından dışlanmasına dayanıyordu³¹. Nitekim örneğin *Kant* kadınlara bir tür anlama yeteneği tanır, ancak bunu kendi anlayışına göre ‘Güzel’ ile ilişkilendirir, buna karşın ‘Üstün’ olanı erkeklere özgüler: “güzel olan anlama yeteneği, ince duygularla yakınlığı olan her şeyi konusu olarak seçer, yararlı, ancak kuru olan soyut düşünceleri ve bilgileri ise yorulmaz, itinalı ve derin anlama yeteneğine bırakır” ve: “Onların (yani kadınların) dünyasal bilgelikleri akıl yürütme değil, bilakis hissetmedir”³². *Hegel*’e göre ise: “Kadınlar okumuş olabilirler, ancak yüksek bilimler, felsefe ve soyutluk isteyen belirli bazı sanatsal ürünler için yaratılmamışlardır. Kadınlar fikir, zevk ve narinliğe sahip olabilirler, ancak ideal olana sahip değildirlere” ve bundan şu sonucu çıkarır: “Hükümetin başında kadınlar varsa, bu devlet için bir tehlikedir, çünkü onlar kamunun/genelin gereklerine uygun olarak değil, aksine tesadüfi eğilimlere ve düşüncelere göre davranırlar”³³. Kadınlar belki insan idiler, ancak tam (değerli) vatandaş değildiler.

Politik felsefede bugün aşıkâr kadın aşığılamalarına pek rastlanmaz. Felsefe –en azından teorik olarak- erkekler gibi kadınları da kapsayan cinsiyet-tarafsız dilde gerçekleşmektedir. Ancak bunun, aydınlanmanın büyük belgesindeki “all men are created equal”in sadece beyaz erkeği değil de gerçekten tüm insanları kastettiği kabul etmek için yeterli olup olmadığı şüphelidir. En önemli feminist eleştirileri noktaları yedi başlık halinde özetlemek gerekir.

1. Düalizmlerin çözülmesi

Feminist eleştirinin bir kısmı, liberalizmi biçimlendiren düalizmleri ayrıştırma uğraşısı içinde olmuşlardır³⁴. Bu tür dikotomiler olarak örneğin şunlar tespit edilmiştir: Kültür-doğa, ruh-beden, aşkın-içkin, akıl-his, kamusal-özel, aktif-pasif, soyut-somut; bu dikotomilerde üstün görülenler eril, az değerli görülenler de dişil olanla ilişkilendirilmekteydi. Bu anlayış, kavram çiftlerinin “eril” yönüyle sıkı bir

³¹ Bkz. örneğin: *Okin*, *Women in Western Political Thought*, 1979; *Jaggar/Young*, *A Companion to Feminist Philosophy*, 2000.

³² *Kant*, *Beobachtung über das Gefühl des Schönen und Erhabenen* (1764), A 52, 53. *Werke in zwölf Bänden*. *Werke II*, 1960, s. 852 vd.

³³ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), § 166. Zusatz.

³⁴ Bkz. örneğin, *Elstain*, *Public Man and Private Women*, 1993; *Jaggar*, *Feminist Politics and Human Nature*, 1983; *Pateman*, *The Disorder of Women*, 1989; *Okin*, *Gender, the Public and the Private*, in: *Philips*, *Feminism & Politics*, 1998, s., 116; *Fraser*, *Justice Interrupts*, 1996; *Gerhard u.a.*, *Differenz und Gleichheit*, 1990; *Maihofer*, *Geschlecht als hegemonialer Diskurs*, in: *Wobbel/Lindemann*, *Denkachsen*, 1994, s. 236; *Rauschenbach*, *Politische Philosophie und Geschlechterordnung*, 1998; *Irigaray*, *Speculum. Spiegel des anderen Geschlechts*, 1980.

biçimde bağlı olan hukuka da eleştiriler yönelmektedir³⁵.

2. Özel ve kamusal alanın ayrılması

Özel ve kamusal alanın ayrılması (Anayasal) hukuk düzeni için merkezi bir öneme sahiptir³⁶. Bireyin, karşısında korunmak zorunda olduğu temel tehlike kaynağı, devletin müdahalesi olarak görülmektedir. Bu hem korunma hakları olarak temel haklar anlayışında, hem de uluslararası düzlemde İnsan Hakları Sözleşmelerinde kendini göstermektedir³⁷. Kadınlar için en önemli tehdit kurumlarından biri ise, tipik olarak farklı niteliktedir. Tam da özel alanda, evlilik ve aile yaşamında kadını arı, yaralamalar, saldırılar ve baskılar tehdit etmektedir³⁸. Bu alan, özel alanın dokunulmazlığına dayanarak devletin müdahalesinden arındırıldığında, kadınlar, kendileri için önemli bir alanda korumasız kalmaktadır. Her ne kadar BVerfG geliştirdiği koruma yükümü dogmatığı ile³⁹, üçüncü kişilerden kaynaklanan tehlikeleri karşılamak için⁴⁰ ilk adımı atmış olmasına rağmen, koruma yükümünde koruma standardı, devlet müdahalesine karşı olandan daha azdır; minimum korumanın altına düşülemeyeceğine ilişkin yasak⁴¹, müdahalede aşırıya kaçma yasağındaki etkinlik düzeyine ulaşmamaktadır.

3. Toplum sözleşmesi

Feminist devlet felsefesinin bir bölümü toplum sözleşmesi figürünü incelemiştir. Örneğin *Carole Pateman*, toplum sözleşmesinin erkekler arasında kardeşlik (Brüderlichkeit) ruhuyla nasıl yapıldığını ve kadının tabi olma durumuna dayanan evlilik sözleşmesine korrelat olarak gereksinim duyduğunu gözler önüne sermektedir⁴².

³⁵ Krşl. *Olsen*, KJ 1990, 303; *Baer*, KritV 1994, 154; *Irigaray*'in hukuk teorik içermeleri için bkz. *Sommer*, Zivile Rechte für Antigone, 1998.

³⁶ Bkz: *Taub/Schneider*, Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law, in: *Kairys*, The Politics of Law, 1982, 117; *Olsen*, 96 Harvard Law Review (1983); 1497: Yeni tartışmalar için bkz., *Boyd*, Challenging, the Public/Private Divide, 1997.

³⁷ Bkz., *Charlesworth/Chinkin/Wright*, Feminist Approaches to International Law, (1991), in: *Olsen*, (bkz Dipnot 1)m Bd. II, s. 247; *Gerhard u.a.*, (bkz. Dipnot 34).

³⁸ Araştırmalar gösteriyor ki, kadınlar, şiddete maruz kaldıklarında, en fazla yakınlarının, akrabalarının ve birlikte yaşadıkları eril zorbalara kurbanı oluyorlar (*Schweikert*, Gewalt ist kein Schicksal, 2000, s. 51).

³⁹ İronik bir şekilde koruma yükümü dogmatığı, tam da kadınlara karşı olan durumlarda, yani her iki kürtaaj kararında geliştirilmişti: BVerfGE, 39, 1 = NJW 1975, 573 ve BVerfGE 88, 203 = NJW1993, 1751.

⁴⁰ Esaslı bir şekilde bkz., *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.

⁴¹ BVerfGE 88, 203 (254) = NJW 1993, 1751.

⁴² *Pateman*, The Sexual Contract, 1988.

4. Adalet teorileri

Susan Moller Okin cinsiyet-tarafsız dilin kadınları kapsamaya yetmediğini bugünkü adalet teorileri açısından ispatlamıştır⁴³. Çünkü cinsiyetler sorunu dikkate alınmış olsaydı, aile içindeki adalet sorununun, siyaset felsefesi için merkezi bir öneme sahip olması gerekirdi. Aile toplumun ve/veya devletin temeli olacaksa, gelecek nesillerin hangi yapı içinde büyüyüp yetiştikleri yaşamsal bir öneme sahip olmalıdır.

5. Süje

Bu durumda özgür, özerk, bağımsız sùjeler için devlet felsefesi yapmanın yeterliliği de tartışmalı hale gelmektedir. İnsanlar – *Hobbes*'in formüle ettiği ve *Benhabib*'in çok güzel bir şekilde eleştirdiği gibi – topraktan biten ve birbirleriyle herhangi bir bağlantı olmaksızın olgunlaşan mantar değildirlir⁴⁴. Böyle bir anlayış ancak yalnızca yetişkin erkek dikkate alındığında söz konusu olabilir⁴⁵. Kadın perspektifinden bakıldığında, bu özgür ve özerk varlığın ancak başka kişilerin, yani kadınların yardım ve bakımları vasıtasıyla gelişebildiği ortadadır. Hiç kimse özgür, özerk ve bağımsız doğmamıştır, bilakis doğumundan sonra uzun yıllar başka insanlara esaslı bir biçimde bağlı kalmaktadır. Hakim temel hak teorisi bunu yansıtmamaktadır. O yalnızca bireylerin özerkliğinin ve özgürlüğünün başkalarının özgürlük kullanımları nedeniyle tehlikeye girmesi olgusunu tanıır; hayati bağılıklar, ilişkiler pek gündeme gelmez.

Liberal devlet teorisinin öngördüğü sùjenin bağımlılıktan yoksun oluşuna yönelik eleştiri, şüphesiz yalnızca feministler tarafından dile getirilmemiştir; buna ilişkin olarak kommunitarizm tartışmasını hatırlamakta yarar var⁴⁶. Ancak kommunitarist alternatif modeller dahi cinsiyet sorununu genellikle dışarıda bırakırlar. Patriarkal olarak biçimlenmiş somut geleneklerin yaşama hizmet ettikleri oranda, özgürleştirici potansiyel kaybolur⁴⁷.

6. Özen-Etik

Özerk ve bağımsız sùje, başka bir perspektiften de eleştiriliyor. Carol Gillian'un kognitif-moral gelişim psikolojisi üzerindeki araştırmalarında dikkatini şu nokta çeker: Kızlar, belirli bazı etik problemlerinde erkeklerden farklı, daha çevreye dönük

⁴³ *Okin*, Justice, Gender and the Family, 1989.

⁴⁴ *Benhabib*, Der verallgemeinerte und der konkrete Andere, in: *List/Studer* (bkz. Dipnot 2), s. 454 (464).

⁴⁵ Bkz. örneğin: *Hled*, Liberty and Equality from a Feminist Perspektive, in: *MacCormick/Bankowsky*, Enlightenment, Rights and Revolution, 1989, s. 214.

⁴⁶ Tartısmaya ilişkin bilgi için bkz: *Honneth*, Kommunitarismus, 3. Aufl. (1995).

⁴⁷ *Okin*, (bkz. Dipnot 43), s. 41; *Frazer/Lacey*, The politics of community, 1993, s. 130.

ve daha fazla ilişkilere dönük gerekçeler dile getirmekteydiler. Bu nedenle Gillian, erkeklerin savunduğu gibi bir adalet ve hukuk etiğiyle, kızların yanıtlarından ortaya çıkan bir özen ve sorumluluk etiğini karşılaştırır⁴⁸. Onun “Die andere Stimme” adlı kitabı, kadınların ve erkeklerin gerçekte farklı etik anlayışlarına sahip olup olmadıklarına ilişkin geniş kapsamlı bir tartışma yaratır⁴⁹. Yine de hukukun yapısının, geleneksel hukuksal ilişkiler anlayışının kapsamadığı bu tür ilişkilere ve özendüşüncesine açık olup olmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır⁵⁰.

7. Soyut kimlik

Ve son olarak: *Kohlberg/Gillian*-Tartışması transandantal Ben’e ilişkin başka bir tartışmaya da olanak tanır. *Benhabib*, *Rawls*’in bilmezlik örtüsünün ardında saklanan figürün eleştirisinde⁵¹, bireysel insanı oluşturan her şeyin – beden, hafıza, kendi hayatı ve diğerleriyle olan ilişkisinin – somutlaştırılmasında geriye yalnızca boş bir maskenin kaldığını göstermektedir⁵². Bu nedenle *Rawls*’in ilkel durumunda perspektifler çokluğu değil, bilakis yalnızca tanımsal kimlik söz konusudur. Bu nedenle *Benhabib* haklı olarak, genelleştirilmiş olanı değil, somut olan ‘Diğer’i göz önünde bulundurmak gerektiğini ifade etmektedir. *Benhabib*’in genelleştirilebilirlik/evrenselleştirilebilirlik işlemine yönelik eleştirisi, aynı zamanda hukukta daha güçlü çevresel bağlılığın kabul edilmesine yönelik talep olarak kabul edilebilir. Bu durumda yasanın genelliği, hukukun tarafsızlığı ve objektivitesi de etkilenmektedir.

Demek ki *Hegel* haklıydı: Kadınlar soyuta ve genele yatkın değildirler. Somut Diğer’e, çevresel ilişkiye yönelik talep, zorunlu olarak genelliğe dayanan hukukun yapısıyla çelişmez mi? Bu, adaletin sembolünü, kişinin dış görünüşü bakımından kör olan *Justitia*’yı yaralamaz mı? Elbette ki bu bir yanlışlık olur. Hukuk zorunlu olarak genelleştirmelere ve soyutlamalara dayanır; genel normlar, kurallar ve ilkelermaksızın yargılama, keyfilikten başka bir şey değildir. Hukukun yalnız çevre ilişkisine indirgenmesi bir kazanç değildir. O halde sorun, bir zirve gezintisi yapmak, tüm insanların yaşam dünyasını ve tecrübelerini içeren bir genellik bulmaktır⁵³.

48 Gillian, In a Different Voice, 1982; dt.: Die andere Stimme, 1988.

49 Tartışmaya ilişkin geniş bilgi için bkz.: *Nunner-Winkler*, Weibliche Moral, 1991; *Nagl-Docekal/Pauer-Studer*, Jenseits der Geschlechtermoral, 1993.

50 Krşl. *West*, Jurisprudence and Gender, in: *Weisberg* (bkz. Dipnot 1), s. 75.

51 *Rawls*, A Theory of Justice, 1971, s. 136

52 *Benhabib*, (bkz. Dipnot 44), s. 471.

53 Bunun bir sonucu yine demokrasi teorisinin feminist araştırmasıdır. Bkz. örneğin: *Phillips*, Geschlecht und Demokratie, 1995; *Holland-Cunz*, Feministische Demokratietheorie, 1998.

V. Feminist hukuk biliminde feminist olan nedir?

Feminist girişimleri hukuk bilimine katma denemesi, sıkça, kadın bakış açısının kabul edilmesi ya da bunda ısrar edilmesinin, kadın erkek arasındaki cinsiyet ayrımına hizmet ettiği ve bu şekilde kadınları yine ev ve ocak rolleriyle sınırlamak isteyenlerin ekmeğine yağ sürdüğü suçlamasıyla karşılaşmaktadır. Öncelikle buna verilecek basit bir yanıt vardır: Görmezden gelmek bir şeyi değiştirmez. Cinsiyet ayrımı toplumumuzun yapısını biçimlendirmektedir. Biçimsel eşit muamelenin (görünürdeki) cinsiyet-tarafsız mantığını kabul etmek, esasen mevcut ilişkilerin görülmesini engellemektedir⁵⁴. Buna rağmen bir kadın bakış açısının olup olmadığı sorusuna yanıt vermek, ilk bakışta görüldüğünden daha zordur.

1. Bir kadın bakış açısı var mıdır?

a) *Koruma yasalarının karşıt değerliliği*. Bu karşıt değerlilik kadınlar için geçerli koruma yasalarında özellikle belirgindir. Kadınlar silah altına alınmadan muaf tutulduğundan dolayı askere alınmıyorlarsa, bu bir yandan bir avantajdır, ancak diğer taraftan da bununla kadınların tam değerli vatandaşlar olmadıkları görüntüsünü daha da pekiştirilmiş olur⁵⁵. Çünkü geleneksel anlayışa göre, vatandaşın devleti için gerekirse canını vermek zorunda olması, vatandaşlık için yaşam-saldır⁵⁶. Kota düzenlemelerini de bu bakımdan bütünüyle karşıt değerli olarak görmek gerekir. Kota düzenlemeleri bir taraftan kadınların yararındadır –ki burada kadınların gerçekten başka türlü ulaşamayacakları pozisyonlara gelmesini ne oranda sağladığı tartışmalıdır–; diğer taraftan kadınların desteğe – eski dilde özel korumaya – muhtaç oldukları imgesini pekiştirmektedir; ve sonuçta kadınların yeterliliği tartışmalı hale gelmektedir.

b) *“Cinsiyet” Kategorisi sorunsalı*. Yine koruma yasalarının da ötesinde, bir kadın bakış açısı konusundaki ısrarın, kadınlar ve erkekler arasındaki farklara ilişkin eski ön yargıları pekiştirip pekiştirmediği sorusu akla gelmektedir. Bu, yakın zamana kadar kadınların ve erkeklerin özelliklerine ilişkin bazı farklılıkların “tabii” olarak görünmesinden dolayı oldukça günceldir. Kadın hareketi buna, ilk önce biyolojik cinsiyet (sex) ile toplumsal cinsiyet (gender) arasında ayrım yaparak karşı çıkmıştır⁵⁷. Yeni feminist araştırmalar bunun da ötesinde biyolojik ge-

54 Eğitici –ve aynı zamanda eğlendirici- biçimde, mevcut ilişkilere karşı “cinsiyet tarafsız” bir eğitim denemesi için bkz: *Grabrucker*, “Typisch Mädchen...”, 1985.

55 Feminist perspektife göre vatandaşlığa ilişkin yeni tartışmalar için bkz: *Lister*, *Citizenship*, 1997; *Applet*, *Geschlecht, Staatsbürgerschaft, Nation*, 1999.

56 Bkz: *Böckenförde*, *Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit*, in: *FG Carl Schmitt*, 1968, s. 423; eleştirisi için bkz: *Sacksosky*, in: *Festschrift für Böckenförde*, 1995, s. 317; yine: *Baer*, *Geschlecht und Nation*, in: *Die Philosophin* 1997, 75.

57 Bkz: *Simone de Beauvoir*, *Das andere Geschlecht*, (1949), 1992.

rekçelerin sağlamlığının da kırılgan olduğunu göstermektedir⁵⁸; Judith Butler'in çalışmaları buna örnek olarak verilebilir⁵⁹. Sonra- biyolojik olan - cinsel beden, toplumsal olarak üretilmektedir; bu beden bu haliyle toplumsal cinsiyetin bir parçası olmakta, toplum tarafından biçimlenmektedir. Cinsiyetler ilişkisinin zannedilen açıklığı bu şekilde daha da tartışmalı hale gelmektedir - gender trouble⁶⁰

c) *Dişil yaşam ilişkilerinin farklılığı*. Tek bir kadın bakış açısının olup olmadığı da başka nedenlerden dolayı tartışmalıdır. Önce siyah kadınlar, Amerikan kadın hareketinin anlayışının, beyaz burjuva kadınların yaşam dünyaları tarafından nasıl biçimlenmiş olduğunu gösterdiler: Siyah kadınların tecrübeleri, yalnızca cinsiyete dayalı ayrımcılık (beyaz kadında olduğu gibi) ve ırk temelli ayrımcılığa göre tanımlanamazdı⁶¹. Buna ek olarak ardından sınıf yapılarının cinsiyetler ilişkisinde hangi rolü oynadığına yönelik soru ortaya atıldı: Bu soru sosyalist kadın hareketinde temel ve yan çelişki konusundaki tartışmalar yoluyla sonuca bağlandı.

Bu arada kadın hareketi içindeki bu farklılaşma geniş çapta kabul görmektedir⁶². Ayrımcılık, her kadının kendi yaşam koşullarına göre farklı olarak kendini göstermekte, etnik köken, sosyal pozisyon, cinsel tercihler ve diğer başka nedenlere göre farklı olarak yaşanmaktadır. Bu nedenle feminist çalışma, yalnızca cinsiyetler arası değil, bilakis aynı zamanda kadınlar arasındaki farklılığı idrak etmek ve kabul etmek anlamına gelir. Bu, her bir öznel yaşam koşullarına göre biçimlenmiş farklı perspektiflerin hukuksal söylemlerde yer edinebilmeleri gerektiği sonucuna götürür. *Martha Minou*⁶³ ve *Iris Young*⁶⁴ bu konuda örnek nitelikli ön çalışma yapmışlardır. Bugün artık hiç kimse otoritatif ve otantik bir biçimde tüm kadınlar adına konuşma iddiasıyla ortaya çıkamaz. Bu nedenle feminist çalışma için belirleyici olan yalnızca, başat eril perspektife karşı, kadınların tecrübelerini ve "yaşam tarzlarını"⁶⁵ ortak ve dahil eden başka perspektiflerin çıkarılmasıdır.

58 Almanca tartışmalara ilişkin olarak bkz: *Maihofer*, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995.

59 *Butler*, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991; aynı yazar, *Körper von Gewicht*, 1995 (Original: *Bodies that Matter*, 1993).

60 Nitekim bu *Butler*'in kitabının orijinal başlığıdır. *Butler* 1991 (bkz. Dipnot 59), 1990.

61 Feminizm ve Postmodernizm tartışmalarına ilişkin öğretici bilgi için bkz: *Benhabib/Butler/Cornell/Fraser*, *Der Streit um Differenz*, 1993; Fen Bilimlerine ilişkin krşl.: *Keller*, *Liebe, Macht, Erkenntnis*, 1986.

62 Yüksek nitelikli mesleklerde kadınların marjinalitesi için bkz.: *Wetterer*, *Profession und Geschlecht*, 1992.

63 *Schiller* tüm eserleri 12 Cilt halinde, (1789), Bd. 10, s. 199 vd.

64 *Young*, *Justice and the Politics of Difference*, 1990.

65 Kavramsal nitelendirme için bkz.: *Maihofer* (bkz. Dipnot 58).

2. Sonuçlar

Bu durumda geriye son bir soru kalmaktadır. Anlamı açık ve bütünsel bir “Kadın” kategorisi yok ise, bu durumda feminist hukuk biliminden söz etmenin anlamı var mıdır? Bu çalışma, ne kadar çok alanda ve ne çok düzlemde hukuksal feminist çalışmaların yapıldığını göstermiştir. Hukuk tarihinde, kadınların hukuktaki kayıp tarihleri gün yüzüne çıkarılmakta⁶⁶; hukuk felsefesinde, birey temaları, insanlarla, toplum, devlet ve hukuk arasındaki ilişkiler yeniden irdelenmekte ve tüm dogmatik hukuk dallarında kadın sorunu ortaya atılmaktadır. Konu, hepsine özel bir boyutta, ortakır: Kadınların dışlandığı alanların ortaya çıkarılması ve nerde cinsiyetin hukukta bir rol oynadığı, nerde hukuksal ilişkiyi belirlediği ya da cinsiyet ilişkilerinin hukuku biçimlendiğinin araştırılması. Feministler için aynı zamanda, kadınların toplumsal mağduriyetlerinin giderilmesiyle yetinme isteği de ortak bir yaklaşımdır. Cinsiyetlerin eşit haklara sahip olduğu bir toplumun sergileyeceği ideal görüntü konusunda, kadın hareketi içinde bile bir birlik yoktur. Feminist hukuk bilimi – bazı önyargılara karşın – politik bir program ya da bir ideoloji değil, bilakis yaşayan, çok yönlü, farklı tartışmalar tarafından biçimlenen tartışmalar bağıdır. Bu metot için de geçerlidir. –Bugüne kadar söylendiğinin aksine – bütünsel bir feminist hukuk metodu yoktur⁶⁷. Kendini feminist olarak kabul eden araştırmacı, kendi bilimsel çıkış noktası ve alt disiplini tarafından öngörüldüğü biçimde kendi metotlarına göre çalışır. Bir feminist bilim adamı, belirli geleneksel zemin üzerinde durduklarını bilirler ve kendi alanlarının geleneksel içeriklerinin ve metotlarının yapıcı irdelemesinde eski sorulara daha iyi yanıtlar ve ya yeni sorulara memnuniyet verici çözümler geliştirme çabası içindedirler. Diğer bir anlatımla: Feminist bilim adamları (bu bakımdan) diğer bilim adamları gibi davranırlar.

Belki, feminist hukukçuların her durumda gözlemlerinde gerçek yaşam ilişkilerini değerlendirmeleri ve bunu tam olarak tespit etmeye çalışmaları, tipik feminist yöntem olarak görülebilir. Bu nedenle güçlü bir interdisipliner yapılandırmayı takip etmek, feminist bilim için tamamen tipiktir. Buna, sosyoloji, pedagoji, Amerikanistik, dilbilim, sinema bilimleri ve yenilerde hukuk biliminden bilim adamlarının katıldığı Frankfurt Üniversitesinde Cornelia Goethe Kadın Araştırmaları ve Cinsiyet İlişkileri Araştırma Merkezi’ni örnek olarak vermek mümkündür.

⁶⁶ Bkz.: *Gerhard*, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997.

⁶⁷ Feminizm ve Postmodernizm tartışmalarına ilişkin öğretici bilgi için bkz: *Benhabib/Butler/Cornell/Fraser*, *Der Streit um Differenz*, 1993; Fen Bilimlerine ilişkin krşl.: *Keller*, *Liebe, Macht, Erkenntnis*, 1986.

VI. Feminist hukuk bilimi geçiş fenomeni midir?

Bu soruyu yanıtlamak için bu alanda kişisel çalışmalarımın başlangıcına dönmek istiyorum. Seksenli yılların başında –ki bizim öğrenim alanımızda hiçbir şekilde gündeme gelmeyen – kadın konularıyla ilgilenen bir kadın hukukçular grubu oluşturmuştuk. Bizim ilk projemiz, o zaman kullanılan ders kitaplarını örnekler bazında araştırmaktı: (Erkek) Avukat A, (erkek) Profesör P, (erkek) öğrenci Ö, (erkek) esnaf E – sayısız erkek ders kitaplarını işgal etmekteydi. Kadınlar aile hukuku dışında pek söz konusu olmamaktaydı. Nispeten seçkince ceza hukukunda temsil edilmekteydiler – mağdure, zehirleme yoluyla öldüren ya da azmettiren olarak. En onurlu sosyal statüleri ise mirasçı ya da ev sahibeliği idi.

Eğer bu değişirse⁶⁸, Anaokulu (erkek) Öğretmenleri ve (bayan) Başbakanlar, (erkek) Hastabakıcılar ve (bayan) Doktorlar, (bayan) Tesisatçı ve (bayan) Profesörler – gerçek yaşamda ve ders kitaplarında – normal hale gelirse, işte o zaman feminist hukuk bilimi muhtemelen gereksiz hale gelmiş olacaktır.

Bu durumda hukuk bilimi de değişmiş olacaktır, feminist hukuk biliminin yönelttiği eleştiriler, gerçek anlamda hümanist ve evrensel bir hukuk biliminde konuşulmuş olacaktır. Bana şimdiki unvanımı sağlayan göreve başlama dersi*, “Evrensel tarih nedir, hangi sonuca varmak için bunun eğitimi alınır?” başlığını taşımaktaydı. Ve nihayet Schiller’in sözleriyle yazıyı bağlamak istiyorum: “Majesteleri, himayenizde, düşünen gözlemcisine ders konusu, gayretli devlet adamına örnek alınacak harika örnekler, filozofuna çok önemli bilgiler ve herkese ayırım gözetmek sizin asil zevklerin zengin kaynaklarını açan bir dünyayı keşfetme görevi benim için memnuniyet verici ve şerefli dir”⁶⁹. Bu “asil zevklerin kaynağı” bugün artık erkeklerin evrensel tarihinde bulunmamaktadır. Bunun feminist hukuk biliminde aranmasında –hem erkekler hem de kadınlar için– yarar vardır.

⁶⁸ Yüksek nitelikli mesleklerde kadınların marjinalitesi için bkz.: *Wetterer, Profession und Geschlecht*, 1992.

* Öğretim üyeliği sınavının son aşamasında Profesörlere sunulması gereken ve başarılı bulunması halinde ancak profesörlük unvanı kazandıran ders.

⁶⁹ *Schillers sämtliche Werke in zwölf Bänden*, (1789), Bd. 10, s. 199 vd.

ROMA VASİYET HUKUKUNDA FALSA DEMONSTRATIO*

Hans Josef WIELING

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY***

“Falsa demonstratio non nocet¹” kuralı bugünkü hukuka göre, hatanın irade beyanının geçerliliğini etkilememesi anlamına gelmektedir. Böyle durumlarda, beyan değil, gerçek irade geçerlidir. Örneğin, yöneltilmesi gerekmeyen irade beyanlarında bir beyan hatası yada bir saik hatası, eğer beyan sahibinin gerçek iradesi tespit edilebiliyorsa, önemli değildir. Yöneltilmesi gereken beyanlarda ise kabul eden kimsenin bildiği bir hata ya da kabul eden kimsenin beyan hatası da önemli değildir². Bütün bu durumlarda gerçek irade geçerlidir.

J. 2, 20, 31’de “legato falsa causa non nocet” şeklinde ifade edilen bu kural, Roma hukukunda, esaslı olarak sınırlandırılmış başka bir anlama gelmektedir. Bir defa bu kural, sadece vasiyetname ile ilgili tasarruflarla ilgilidir. Sonra, “demonstratio” kelimesi bu anlamda, önceden vasiyetnamede yeteri kadar belirlenmiş olan kişi ya da konunun üzerinde, daha sonra lüzumsuz işaretlerle yanlış olunduğu anlamına gelmektedir³. Eğer bu ek işaretler yanlış ise, vasiyetnamedeki bu kural hiç bir zarar doğurmamaktadır.

* Bu çeviri, Hans Josef Wieling’in Zeitschrift der Savigny Stiftung 87, (1970)’de yayımlanan “Falsa demonstratio, condicio pro non script, condicio pro impleta im römischen Testament” isimli makalesinin birinci bölümünü içermektedir.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 “Yanlış göstermek zarar vermez”.

2 Bkz. Eneccerus-Nipperdey, BGB Allgemeiner Teil, 1959, § 166, IV.

3 Bkz. Donatuti, falsa demonstratio non nocet, Studi Perozzi (1925), p.314; Grosso, Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni d’ultima volonta, Studi Bonfante II (1930), p. 187; Kaser, Römisches Privatrecht I, (1955), S. 210. Donatuti, p. 320 ve devamında, Iustinianus hukukunda da bu durumların *falsa demonstratio* olarak sayıldığını, bu durumda yanlış işaret edilen nesnenin değil, başka bir taraftan belirlenen nesnenin vasiyetnameye dahil olduğunu ileri sürmektedir. İleri sürülen deliller her zaman ikna edici olmayabilir. Karşı görüşte Grosso p. 210 N.60.

Gaius. D. 35, 1, 17 pr.:

“Demonstratio falsa est, veluti si ita scriptum sit: ‘servum Stichum’ quem de Titio emi ‘fundus Tusculanum’ qui mihi a Seio donatus est. nam si constat, de quo homine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertinet, si is quem emisse significativ, donatus esset, autquem donatum sibi esse significaverat, emerit⁴.

§ 1. Igitur et si ita servus legatus sit: ‘Stichum cocum ‘ ‘Stichum sutorem Titio lego’ licet neque cocus neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat: nam et si en persona legatarii designanda aliquid erratum fuerit, constat autem, cui legare voluerit, perinde valet legatum ac si nullus error intervenieret⁵.

Mirasçı Tusculanum’un arazisini ya da köle Stichus’u vasiyet etmektedir. Böylece vasiyet edilen şey yeteri derecede belirlenmiştir. Ancak mirasçı buna ek olarak, “fundum Tusculanum, qui mihi a Seio donatus est, Stichum cocum” cümlesini eklemiştir. Bu sonraki tanımlama yanlış olmasına rağmen vasiyetname geçerlidir.

Gaius’un kendi kuralı yardımıyla verdiği hüküm olağanüstü bir şey ortaya koymuyor. Bu hukuki durum, kararda herhangi bir şüpheyeye yer bırakmayacak derecede açıktır. Edimin muhtevası tabi ki murisin iradesinin belirlediği vasiyet edilen şey olmalıdır. Zaten gereğinden fazla “demonstratio” önemsizdir.

Buna karşılık, Romalı hukukçuların klâsik sonrası dönemde de etraflı olarak *falsa demonstratio* ile meşgul oldukları göze çarpmaktadır (Ulþ. 24, 19; J. 2, 20, 30 sq). Burada Romalıların, Gaius’un ortaya koymadığı bir problemi ele almaları beklenebilirdi. Eğer araştırılırsa, klâsik hukukçuların iradeye göre hüküm vermedikleri, aksine vasiyetnamenin kelimelerine dayandıkları görülür⁶. Öyle ise hukuki durum kesinlikle şüpheli görünecektir. Güvenilirliği temin etmek için bazı tahminlerde bulunulması doğru değildir. Buna ilâveten O’nun zamanındaki hükümleri araştırmak suretiyle *falsa demonstratio* problemini inceleyen bir araştırma şansıdır. Şans ise, bu problemin O’nun yazdıklarında gözlemlenebilmesidir.

İlk örnekler, Cumhuriyet devrinin sonu ve İlk İmparatorluğun başlangıcında ortaya çıkmaktadır.

⁴ Donatuti (N3), p.323 “nam si - emerit” cümlesinin interpolatio yoluyla değiştirildiğini sanmaktadır. Bununla beraber bu ispat edilemez. Karşı görüşte Grosso (N.3), p. 215 N. 60.

⁵ Donatuti, (N.3), p. 323’de “si de eo - intervenieret” cümlesinin gerçek olmadığını düşünmektedir. Karşı görüşte Grosso (N.3), p. 215 N 60.

⁶ Bunu Grosso ileri sürmektedir. (N.3), p. 200.

Iavolenus. D. 35, 1, 40, 4:

“Qui datolem fundum nullum habebat, ita legaverat: ‘fundum Cornelianum’ quem illa mihi doti dedit, ei heres dato. Labeo Ofilius Trebatius responderunt fundum nihilo minus legatum esse, quia, cum fundus Cornelianus in rerum natura sit, demonstratio falsa legatum non peremit”

Bir *pater familias* bir araziyi yanlış olarak *fundus dotalis* olarak tarif etmekte ve onu bu *falsa demonstratio* ile karısına miras bırakmak istemektedir. Ancak bu arazi *fundus Cornelianus* olarak yeterince ferdileştirilerek belirlenmiştir. Murisin mirasçıları (tahminen onun çocukları), karı için bu araziyi tartışmalı hale getirmişlerdir.

Bu durumda da esasında Gaius’un örneğinde olduğu gibi bir hukuki tartışma malzemesi bulunduğu görülür. Murisin yanılıp yanılmadığını ya da onun yanlış işareti bilerek yapıp yapmadığını tespit hususunda bu örnek önemsiz değildir. Ancak somut olayda ne birincisi ne de öteki ıspatlanabilmektedir. Fakat murisin malı nasıl kazandığını ve karısının *dos*⁷ olarak ne getirdiğini bilmesi muhtemeldir. Bir çiftlik değerli bir varlıktır ve onun kökeni hakkında mutlaka bir Roma toprak ağası bilgi verebilirdi. Trimalchio’nun köle karşılığında arazi satımlarının, kendisine altı ay içinde bildirilmesi gerektiğine dair⁸ emrnamesi büyük bir belgedir ve saygın bir *pater familias*’ın ekonomik faaliyetlerine uymamaktadır.

Murisin *falsa demonstratio*’yu hataen ya da bilerek yaptığı hususundaki ayrılma önemlidir. Çünkü, konunun tam olarak belirlenmesi asla söz konusu değildir, ancak miras bırakmanın varlığı mevcuttur. *Demonstratio*, murisin karısına miras bırakmasının saikini vermektedir. Roma’da kadına getirdiği *dos*’u miras bırakmak gelenek idi⁹. Eğer muris yalnızca hataen, araziyi *dos*’un bir parçası olarak kabul etmişse, buna göre kadının vasiyet edilen şeyi talep edebilmesi gerekmez mi? Romalı hukukçuların böyle karar vermiş olmaları muhtemel değildir.

Eğer haklı olarak murisin *falsa demonstratio*’yu bilinçli olarak yaptığı göz önüne alınırsa, o zaman hukuki durum açık değildir. Gerçi murisin iradesine göre arazi kadına geçmektedir. Fakat onun tutumu mirasçılarının bilmesini istemediği bir şeyleri gizlediğini gösteriyor. Bu durumda hukukçuların,

⁷ Dos, kadının ya da onun yerine başka birisinin evlenme dolayısıyla kocasının mülkiyetine getirdiği malların bütününe verilen isimdir. (Çevirenin notu)

⁸ Petronius, Satyricon 53.

⁹ Bkz. Woess, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter (1911), S. 63. Mirasçılar zaten *dos*’u kadına geri vermekle yükümlüydüler ki, bu miras hakkı kadın için daha uygundur. Bkz. I. 2, 20, 15.

mirasçıları koruduğu ve kadına bırakılan mirasın geçersiz olduğuna karar verdikleri de düşünülebilir.

Roma miras hukuku kadınlara uygun değildi. Kadınlar, *uxores in manu* olmadığına göre - İmparatorluğun başlangıcına kadar olağanüstü bir durum - kocaya karşı hiç bir miras hakları yoktu. Bundan başka, *lex Voconia*, kadınların vasiyetnamede mirasçısı olarak atanmalarını da yasaklamıştı. Buna karşılık Roma örf ve adetleri kadınlara karşı tamamiyle saygılı idi¹⁰. Karı kocanın çevrelerini karşılıklı olarak düşünmeleri, özellikle kocanın kadının geleceğini sağlaması gelenek idi. Bu sosyal eğilimle murisin ailesinin menfaatleri yarışyordu ki, sık sık kadına yapılan bağışlarla aile malvarlığının büyük bir kısmı yabancı bir aileye geçiriliyordu. Kendi ailesini susturmak ve ayıplamadan kurtulmak için, Romalılar kadınlara yapılan bağışları örtme yoluna başvuruyorlardı. Malvarlığından kadına bir şey verildiğinde, durum bu şekilde ortaya konuluyordu. Muris de yukarıdaki örnekte olduğu gibi tedbir alıyordu¹¹.

Hukukçular bu tutumları biliyorlardı. Eğer böyle bir gizleme manevrası açıkça yapılmış ise, hukukçular nasıl karar vermeliydiler? Onlar, bağışlamanın kadının yararına olduğu yönündeki toplumun genel tutumu ile bağlıydılar. Onlar vasiyetnamenin yorumlanmasında “kadınların menfaati” prensibini, tam olarak *ius uxorium*'u geliştirdiler (Labeo D.32, 29 pr.). Böylece Roma hukukunda yorum kuralı olarak “*favor uxoris*” (*kadınların menfaati*)’den söz edilmeye başlanmıştır. Murisin muhtemel iradesi dikkate alındığında, eğer kadına yapılan gizli bağışlama ortaya çıkarsa, bu geçerlidir ve kasıtlı eklenen *falsa demonstratio* geçersizdir. Böyle durumların çözümü bir deyimle özetlenmektedir: “*falsa demonstratio legatum non peremit*”¹². Özetle bu kural, vasiyetnamede eğer vasiyetname kadının menfaatine ise, vasiyetnameye kasıtlı olarak konulan yanlış işaretler zarar vermemektedir.

Aşağıdaki örnekler de benzer bir durumu içermektedir:

Labeo. D.33, 4, 6, pr.:

“Cum scriptum est: ‘quae pecunia propter uxorem meam ad me venit quinquaginta’ tantundem pro ea dote heres meus dato’, quamvis quadraginta dotis fuissent, tamen quinquaginta debere Alfenus Varus Servium respondisse scribit, quia probosita summa quinquaginta adiecta sit.

§ 1. Item ei, quae dotem nullam habebat, vir sic legaverat: ‘quanta pecunia

¹⁰ Bkz. Woess (N.). S. 45 vd. Garrido, *Ius uxorium*, (1958), p. 106 s., 160 s.

¹¹ Diğer durumlar için bkz. Woess (N.8), S. 60 vd.

¹² Aynı zamanda Ulp. D 30, 75, 1; Pomp. D 34, 2, 10; 12, 20, 30.

dotis nomine' et reliqua, 'pro ea quinquaginta heres doto'. deberi ei legatum Ofilius Cascellius, item et Servii auditores rettulerunt: perinde habendum esse ac si servus alicui mortuus aut pro eo centum legata essent. quod verum est, quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur."

Birinci örnekte muris, 50000 Sesters'i *dos* olarak aldığı gerekçesi ile birlikte karısına vasiyet etmiştir. Muris yalnızca 40000 Sesters aldığı halde bu *demonstratio* yanlışdı. Servius, belirli bir miktar vasiyet edildiği için, vasiyetnamenin geçerli olduğuna hükmetmiştir. Vasiyetnamenin en yüksek miktarı belirlendiği için, geriye kalan *falsa demonstratio*'dur ve vasiyetnamenin geçerliliğine zarar vermemektedir.

İkinci durumda muris asla *dos* almamış olduğu halde, vasiyetname geçerlidir.

Bu metinlerde *falsa demonstratio*'nun zarar vermediği görüşünün geliştirilmesi amaçlanmıştır ki, bu kural söz konusu anlamı içermektedir: Bir vasiyetnamede kadının menfaatine zarar veriyorsa, kasıtlı olarak yapılan yanlış belirlenmeler hükümsüzdür. Ancak bu kural diğer durumlarda nereye kadar kullanılacaktır, bu durum aşağıda araştırılmalıdır. Gaius'un "yanlış ilâve tanımlama" olarak ifade ettiği ve "yanlış kurma" olarak bahsettiği bu kuralın, problemlere hemen uyması mümkün değildir. Romalı hukukçuların bir kuralın geçerliliğini başka problemlerde de farkettileri zaman, kuralın geçerliliğini sorgulamadan, örnek olarak başka durumlara da kullandıkları düşüncesini kabul etmek tamamiyle imkânsız ve gereksizdir. Hem de Gaius, *falsa demonstratio*'nun, "yanlış ilâve tanımlama" anlamına geldiği hiç bir örnek vermemektedir.

Falsa demonstratio doktrininin *ius uxorum*'a (mirasçılık hakkına) sıkıca bağlı olması gibi, aşağıdaki durumun da, Labeo ve Javolen tarafından şimdiye kadar tartışıldığı anlamına bağlı olarak ele alındığı görülmektedir.

Javolenus. D. 35, 1, 40, 3:

"Dominus servo aureos quinque legaverat: 'heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato', nihil servo legatum esse Namusa Servium Respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur".

Muris, vasiyetnamesinde köle Stichus'u özgür bırakmakta ve ona 5 altın vasiyet bırakmaktadır. Bununla vasiyetnamenin içeriği belirlenmiştir. Yalnız muris daha sonra vasiyetnamesine, bu parayı kendisinin kitap tüccarı Stichus'a borçlu olduğunu ekliyor. Muris Stichus'a bir ticari işletmeyi açıkça *peculium* olarak vermiştir ve Stichus da efendisi ile sözleşme yapmıştır. Burada efendi için bir borç doğmuştur ve efendi borçlu kalmak istememektedir. Tabi ki

burada hukuki anlamda bir (tam) borç doğmamaktadır, aksine tabii borç doğmaktadır.

Bu problemlerin çözümünde, hukukçular “*quos debeo*” nun tabii borç anlamına geldiğini düşünebilirlerdi ve bu murisin iradesine de uygundu. Bu durumda mesele hiç bir zorluk arz etmemektedir.

Ya da hukukçular, “*quos debeto*” nun tam bir borç anlamına geldiği hususunda sakıncalı yorumlara başvurabilirlerdi. Çünkü ekte yanlış bir tarif mevcuttur. Vasiyetnameye konulan yanlış tarifi zarar vermeyeceği, genel kural olarak kabul edilirse, bu yoruma göre de vasiyetname geçerli olmalıdır.

Servius -Labeo da bu görüşe katılmaktadır- yanlış bir tanımlama bulunduğuna karar veriyor: “*quia dominus servo nihil debere potuisset*”. Ancak O, D. 33, 4, 6, pr. 1’de “*falsa demonstratio non peremit legatum*” kuralına karar verdiği halde, burada vasiyetnamenin geçersizliğinden bahsetmektedir. Buna göre, burada *falsa demonstratio* vasiyetnameye zarar vermektedir¹³.

Bu durum “*falsa demonstratio non peremit legatum*” genel kuralının oluşmadığını göstermektedir. Bu kuralın genel olarak kaleme alınmasına aldanmamak gerekir. Hiç bir surette bütün yanlış tanımlamalar zararsız görülmemelidir. Bu kural kadının yararına kullandığı halde hiç bir surette özgür bırakılan bir kölenin yararına kullanılmamıştır. Bu kural, *ius uxorium*’un bir parçası idi.

Bu durum, hukukçuların vasiyetnamelerin yorumunda kullandıkları çok ilginç bir metottur. İzah edildiği gibi, Servius, murisin iradesine göre değil, aksine karar vermiştir. O, bu kuralı genelleştirmek sureti ile ondan yararlanmamıştır, aksine diğerini tercih etmiştir. O, “*quos debeo*” kelimelerini, tam bir borçla ilişkilendirmek sureti ile, özgür bırakılan kölelerden, özgür bırakılma tasarrufunu geri almaya bir vesile olarak kabul ediyor. Burada, murisin önemsiz olmayan kelimelerle açıkladığı iradesinin, kötüniyetli olarak yanlış anlaşıldığı kesindir. Bunun arkasında, insanların - kölelerde olduğu gibi - aşağı bir sosyal sınıfa itilmeleri için, bunun bir sebep olmadığı yönündeki genel görüş gizlenmektedir¹⁴. Aile malvarlığını elde etme hususunda mirasçılarının endişeleri en aza indirilmeye çalışılmıştır. Örneğin, Proc. D 31, 47; Pomp. D 30, 26, 2. Böyle bir imkânın, hukukçuların mirasçılarının endişelerini azalttıklarını göstermektedir. *Favor uxoris*’de görüldüğü gibi, arka

¹³ Grosso

¹⁴ Bkz. Watson, Moralitiy, slavery and the jurist in the later roman republic, Tulane Law Review, Vol. 42, p. 295, 302; Hofmann, Kritische Studien im römischen Recht (1885), S. 161.

plâna itilen bir takım menfaatler bu kurala ters düşebilir. Vasiyetnamenin mirasçılarının yararına olarak hükümsüz sayılabilmesi için, yanlış tanımlamada dayanak noktası bulunmasına rağmen, kadının yardımına koşma eğilimi, *favor heredis*'i (mirasçılarının menfaatlerini) geri plâna itmektedir. Vasiyetnamede özgür bırakılan kimselerin menfaatleri, hukukçuları mirasçılarının menfaatlerini geri plâna itmelerine sevketmiyor. Burada vasiyetnamenin geçersiz olduğu benimsenmektedir. İlk olarak Javolen murisin iradesini kesin bir yorum kriteri olarak göstermek sureti ile bu kararı düzeltmektedir: "*quos debeo*" ile *naturale debitum* kastedilmek istenmiştir.

"*Falsa demonstratio non peremit legatum*" kuralı ilk olarak, gerçi bilinçli olarak yanlış yapılan göstermelerde, yalnızca kadının yararına kullanılmıştır. Gaius'un D 35, 1, 17 pr. 1'de ifade ettiği basit durumlarda kullanılmamıştır.

Sonraki zamanlarda bu kuralın esas kullanım alanını, kadınlara yapılan gizli bağışlama durumları oluşturmaktadır: C. 6, 44, 3 pr.1 (Aleander) ve Celsus D 31, 21'de hiç verilmemiş olmasına ya da daha önceden geri verilmiş olmasına rağmen, *dos*'un geri (kadına) vasiyet edilmesinden bahsedilmektedir. *Dos*'a ait olan *Titianus*'un arazisinin vasiyet edilmesi Ulp. D 33, 4, 1, 8'de söz konusudur. Pomponius'un örneğinde (D 34, 2, 10) muris kadına, kadının daha önceden kendisine doğum gününde kullanması için verdiği söylediği bir elbiseyi vasiyet etmektedir. Julianus Ulp. D 30, 75, 1'de kadının, söz konusu borcun ödenmesi için vasiyet edilen bedelin ödenmesini talep edebileceğine karar vermiştir. Antonius Pius, Paulus D 34, 3, 25'de aynı şekilde karar vermiştir. Scaevola D 34, 2, 18'de muris, daha önceden karısına ait olan eşyaların ona iadesini emretmektedir. Modestinus D 31, 34, 3'de muris, karısının kendisinden mülkiyet olarak bir şey almamış olmasının gerçeğe aykırı olduğunu bildiği halde, mirasçılarının bu hususta karısını rahatsız etmemelerini emretmektedir. Bütün bu durumlarda vasiyetnamenin kadının yararına olarak geçerli olduğu belirtilmiş ve murisin iradesi, vasiyetnameye kasıtlı olarak yanlış tanımlama koymasına rağmen yerine getirilmiştir.

Bunun yanında klâsik sonrası dönemde hiç bir örnek, Gaius'un ifade ettiği gibi, *falsa demonstratio* kuralı ile bağlantılı olarak ortaya konmamıştır. Klâsik sonrası dönemde "*demonstratio*", ek bir niteleme anlamına gelmiyordu. Ek olarak yapılan yanlış niteleme durumları, bu kural anılmaksızın, hem de -mantıklı olarak- aynı anlamda karara bağlanmıştır. J. D 34, 5, 28'de örneğin köleler meslekleri yanlış gösterilmek sureti ile vasiyet edilmiştir. Burada murisin vasiyet etmek istediği köle borçlanılmıştır. Scaevola D 32, 35, 1.2'de belirli gayrimenkuller, konumları yanlış gösterilmek sureti ile çiftlik olarak vasiyet edilmiştir. Scaevola D 32, 102, 1'de muris karıştırdığı iki tabağı hatalı olarak işaretlemiştir.

Böylece, ilk olarak Gaius'un -klâsik sonrası dönemde ise yalnızca bir yerde- yanlış niteleme olarak kullandığı *falsa demonstratio* kuralını benimseyebiliriz. Bu kural, tabii ki böyle yanlış niteleme durumlarına uymaktadır. Gaius da şüphesiz *demonstratio*'nun asıl olarak bir tanımlamayı kastettiğini kavramamıştı. Bu durumlarda O, bu kuralı *falsa causa* olarak ifade etmişti:

Gaius D. 35, 1, 17, 2:

“Quod autem iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita ‘Titio fundum do, quia negotia mea curavit’ item ‘fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit’: licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est.

§ 3. At si condicionaliter concepta sit causa, veluti hoc modo: ‘Titio, si negotia mea curavit, fundum do’: ‘Titius filius meus, si frater eius centum ex arca sumpsit, fundum praecipito’, ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit et huius frater centum ex arca sumpsit”.

Falsa demonstratio gibi, *falsa causa* da zarar vermemektedir¹⁵. Vasiyetnamelerde kadınların yararına geliştirilmiş, *falsa demonstratio*'dan daha eski kurallar söz konusu olduğu için Gaius bu şekilde karar vermek zorundaydı. Gaius'un verdiği örneğe dikkat edilirse, *falsa causa*'nın zarar vermeyeceği yönündeki kararı çok şüphelidir. Eğer bağışlanan kimse, murisin ticari işlerini yürütmediği halde bu, yalnızca ticari işletmenin yürütülmesinden dolayı bir ödül olarak düşünülmüşse, vasiyetnamenin geçerli olması gerekmez mi? Buna karşılık, hukukçuların genellikle murisin iradesine aykırı olan vasiyetnameleri geçersiz saymaları söz konusudur¹⁶. Böylece örneğin, muris hataen, vasiyet edilen şeyin kendisine ait olduğuna inanmışsa, böyle bir bağışlamanın geçersizliği kabul edilebilir. Çünkü bu, murisin, temin edilmesi gereken bir şeyi vasiyet ederek mirasçılarını üzmemek istemeyeceği zannından kaynaklanmaktadır. Bkz. Scaevola D. 33, 2, 36, 1: “*videri Stichum...*

¹⁵ Bkz. Ulp. 24, 19; I 2, 20, 30.

¹⁶ Buna karşılık “*falsa causa non nocet*” kuralının geçerliliği dolayısıyla Roma hukukunda genel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bkz. Grosso (N. 3), p. 191, 211; Schulz, Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung, Gedachtnisschrift Seckel (1927). S. 106, 128'de Klâsik hukukçuların esas olarak saik hatasını dikkate almadıklarını ileri sürmektedir. O bunu “*falsa causa non nocet*” kuralının genel olarak geçerli olmasına bağlamaktadır. Bütün araştırma bu kuralın birer istisna listesini oluşturmaktadır. Schulz, “istisnaları” bir araya getirmiş ve gruplandırmıştır. Schulz'un kendi görüşüne kaynaklardan bir delil gösterememesi göze çarpmaktadır. Eğer olsaydı o bunu bulurdu. (Ulp. D 37, 10, 1, 8,'i S. 102'de göstermektedir ki bunun ispat gücü şüphelidir). Romalıların saik hatasını dikkate almadıkları iddiası yerine, bunun karşısındaki kural ileri sürülebilirdi. Daha doğrusu, Romalıların ne birinci kuralı ne de diğerini tespit etmemeleri de mümkündür.

potius quod habere se credet quam quod onerare heredes vellet, legasse". Bu hüküm murisin somut iradesine bağımlı olmalıdır. Aynı şekilde Pomp. D. 32, 85.

Şimdiye kadar bu kuralın yalnızca bir bağışlamanın bilerek yanlış tanımlanması durumunda kadının yararına kullanıldığı ve başka sınırlamaların kabul edilmediği düşünülürse, bu durumdan, Gaius'un bu kuralı bilmeden genel kural olarak kabul ettiği sonucu çıkmaktadır.

Tasarrufun bir şartı olarak eklenen *falsa causa* Gaius'un görüşüne göre zarar vermektedir § 3¹⁷. Bu kendiliğinden anlaşılabilir. Gaius'un burada iddia ettiği gibi, gerçekten, bağışlamanın geçerliliği onun förmüle edilmiş biçimine bağlı olması gerekmez mi? Şart olarak ifade edilmemiş olan saikin, muris için *condicio sine qua non* ifade etmesi de mümkündür. Akli başında bir değerlendirmede § 2 ve § 3'deki örnekler aynı şekilde karara bağlanır. Doğru düşünce § 3'de bulunmaktadır ki, muris için saik olan bir durumun, tasarrufun bir şartı olması mümkündür. Bu düşünce burada yetersiz bir şekilde ifade edilmiştir.

Africanus D. 28, 2, 14, 2:

"Si quis ita scripserit: 'ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto', hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adiecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationes errare"¹⁸.

Muris meczup kişinin kendi oğlu olmadığına inanmaktadır ve onu bu sebeple mirastan iskat etmiştir. Ancak bu yanlıştır ve bir *falsa causa* bulunmaktadır. Julianus, bu tasarrufun hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Çocuğun en azından kanuni mirasçı olması için, vasiyetname geçersizdir. Iulianus, asla Gaius tarafından ileri sürülen, her *falsa causa*'nın önemsiz olduğu kuralına riayet etmiyor. Benzer şekilde ortaya koyulan bir problemi Ulpianus D. 28, 5, 49, 3'de aynı şekilde karara bağlamıştır.

Klâsik sonrası zamanda ise, "*demonstratio*" kelimesinin kullanımı, Gaius'un yaptığı gibi, ek olarak yapılan tanımlamayı belirtmektedir. Eğer isim

¹⁷ Aynı şekilde I 2, 20, 31.

¹⁸ Beseler, Beitrage, 3, S. 50, Aynı şekilde Lenel, Africans Quaestiones, SZ 51, 12 ve Schulz (N. 17), S. 107 "*cum elogium-errare*"yi gerçek dışı kabul etmektedirler. Gerçi bu ispat edilemez. Schulz, mirastan iskatın yanlış saikten dolayı hükümsüz olmadığını, çünkü mirastan iskatla "*filius*" kelimesinin bulunmadığını düşünmektedir. O, bu sonucu içermeyen metinleri, özellikle Ulp. D. 28, 2, 3 pr. göstermekte ve onların interpolatio'ya uğradığını açıklamaktadır. Bu inandırıcı değildir.

olanak belirtilen bir kimseye yanlış baba ya da yanlış bir baba memleketi yazılırsa bu zarar vermemektedir, Marcian D. 28, 5, 49, 3¹⁹. Eğer bir vasiyet borcu yenileme sureti ile değiştirilmiş ise, ancak hâlâ vasiyet borcu olarak belirtiliyor, bu geçerli bir vasiyettir, Pap. D. 31, 76, 3²⁰. Aşağıdaki metinler bu kuralın, Gaius'un verdiği örneklerde de tahmin edilebileceği gibi, yalnızca vasiyetname ile ilişkili olmadığını göstermektedir: Marcian, D. 35, 1, 33 pr.'da *falsa demonstratio*'nun ne kendisine mal bağışlanan üçüncü kişiye, ne kendisine muayyen bir mal vasiyet edilen kimseye ne de kanuni mirasçılara zarar vermediğini vurguluyor²¹. Marcian D. 28, 5, 49, 3; Paulus D 28, 5, 59, 1 ve Gordian C 6, 23, 5 mirasçılarla ilgilidir.

Falsa causa'nın sözümlerine ona zarar vermediği, başka hukuk kitaplarında da ileri sürülmektedir: Ulp. 24, 19 ve J 2, 20, 31. Bunun yanında Papinianus'un metni enteresandır.

Papinianus D 35, 1, 72, 6:

“Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse”

Papinianus, bu kuralın sınırlandırıldığını belirtmektedir: Eğer muris yanlışlıkla başka bir şeyi emretmişse, *falsa causa* zarar verir. Bu şu anlama gelmektedir: Eğer tasarrufun sebebine ilişkin değilse *falsa causa* zarar vermez. Ancak kural olarak *falsa causa* tasarrufun sebebini oluşturmaktadır -aksi takdirde muris, sebebi açıkça metne dahil etmezdi- ve bu cümle ile kural tersine dönmektedir: Normalde tasarrufun sebebinin yanlış gösterilmesi zarar verir. Tabi ki yazarlar, genel geçerliliği kabul edilen “*falsa causa non nocet*” kuralının son cümlesinin interpolatio değişikliğine uğradığını açıklamak zorundadırlar²². Ancak böyle bir ön yargı inandırıcı olamaz.

Ulpianus D. 30, 75, 2'de uygulamadaki durumu daha açık ifade etmektedir: *Inter falsam demonstrationem et falsam condicionem sive causam nullum interest*. Bu, *falsa causa* vasiyetnameyi hükümsüz yapar demektir²³.

¹⁹ Gordian C 6, 23, 4 ve C 6, 24, 5, bu kurala dayanmadan benzer bir durum içermektedir.

²⁰ Aynı şekilde Diocletianus ve Maximianus C 4, 2, 6 pr.

²¹ Bu bağlamda *falsa demonstratio* daha çok muayyen mal vasiyetlerinde kullanılmaktadır ki, muayyen mal vasiyetinde lehtar ve vasiyet edilen şey yanlış tanımlanmaktadır. Mirasçı nasbında ise, *falsa demonstratio* yalnızca mirasçının şahsında olabilir. Grosso, (N. 3), p. 201 N. 40.

²² Grosso (N. 3), p 212 N. 57; Schulz (N. 17), S. 111; Aksi görüşte, Beseler SZ. 47, 274.

²³ Burada § 1 ve 2'de araştırılan örnekleri mukayese ediniz: 1. Muris ‘*decem, quae Titio debeo*’ şeklinde vasiyette bulunmuştur. Ek cümle akıcıdır ve bir *falsa demonstratio*

Son olarak Roma uygulamasından *falsa causa*'ya dair bir örnek daha ortaya konulmuştur:

Modestinus D. 31, 34 pr.:

“... ‘a te autem, Maevia filia carrisima, peto, ut Stichum servum tuum manumittas, cum in ministerio tuo tot capita servorum tibi his codicillis ligavero’ nec legavit. ...Modestinus respondit ex verbis consultationi insertis Maeviam neque legati fideicommissi petitionem habere neque libertatem servo suo dare compelli...”

Mirasçı Maevia'ya köle Stichus'un özgür bırakılması borcunu yükleyen vasiyetnamenin sebepleri gerçeğe aykırıdır. Muris (kadın), öngördüğü gibi, mirasçısına köleleri vasiyet etmeyi unutmamıştır. Murisin mirasçısı Maevia'yı köleleri özgür bırakmaya mecbur bırakmak istemesi kabul edilemez. Eğer o yerine koymaya başka köleleri yoksa, Modestinus, özgür bırakırma vasiyetinin geçersiz olduğunu söylemektedir²⁴. Bu *falsa causa* zarar vermektedir.

Paulus D. 28, 5, 93;

“Pactumeius Androstenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno acciso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione ‘quia heredes’ quos volui habere, mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto’. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni continetur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atqui si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta”

Pactumeius Magnus Commodus'un çocuklarına bir miktar teberruda bulunmuştur. P Androstenes'in Novius Rufus'u mirasçı nasbetmiş olması

bulunmaktadır. Eğer muris Titius'a borçlu değilse, bu muayyen mal vasiyetine zarar vermez. Bkz. Paulus D 34, 3, 25 ve Ulp. 30, 75, 1. 2. Muris ‘*decem quae mihi Titius debet*’ şeklinde vasiyet ediyor. Burada vasiyet, eğer borç mevcut değilse geçersizdir. Çünkü Ulpianus'a göre, muris, yalnızca borçlu olduğu miktarda vasiyette bulunmak isterdi. Eğer borç mevcut değilse, Ulpianus'a göre, bir *falsa causa* vardır ve bu muayyen mal vasiyetini geçersiz yapmaktadır. Şüphe halinde murisin yalnızca mal varlığında bulunan şeylerle ilgili tasarrufla bulunacağı fikri de ortaya konulabilir. Grosso (N. 3), p. 206 N. 47' bu çetni, ‘*falsa causa non nocet*’ kuralına aykırı olmasından dolayı, gerçek dışı olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde, Schulz (N. 17), S. 111, N.1.

²⁴ Benzer bir durum, Scaevola D 32, 39, 2'de bulunmaktadır. Burada vasiyetnamenin sebebi hiç açıklanmamıştır. Scaevola vasiyetnamenin geçersizliğine karar vermiştir.

yanlıştır. Severus ve Caracalla, mirasın nasbedilen mirasçının hissesine değil, Pactumeia Magna'ya düştüğüne hükmetmişlerdir. Burada da *falsa causa* zarar vermektedir.

Bir kimse kendi sözde oğlunu böyle bir mirasa dahil eder ve ancak onun oğlunun yerine geçer biri olduğu ortaya çıkarsa, bu murisçi nasbı geçersizdir. Muris bu gerçeği bilseydi, adı geçen kimseyi mirasçı olarak atamayazdı.

Hermogenianus D. 49, 14, 46 pr.:

“Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est²⁵”.

Severus, Caracalla ve Gordian C 6, 24, 4 ve Valerian ve Gallienus C 6, 23, 5'de aynı şekilde karar vermişlerdir.

Diocletianus C. 6, 24, 7:

“Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditas, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praeses provinciae curae habebit”.

Bu kararın örnek olarak önceki örneklerle benzediği görülmektedir. Çünkü muris atadığı mirasçısına, hukuken kendi kardeşi olsun ya da olmasın, her halükârda mirasın bir kısmını bağışlamak istiyor. Çünkü muris ile nasbedilen mirasçı arasında *fraterna caritas* vardır. Burada yanlış tanımlama zarar veremez.. Paul D 28, 5, 59, 1; Marcian 35, 1, 33 pr.

Kararda murisin iradesinin yanlış değerlendirildiğini söylemek doğru olmaz. “*Frater*” tanımlamasının bahane olarak kullanılmasına Kaiser'in bilinçli olarak önem vermemesi daha muhtemeldir. Burada tahminen aile mirasçılarını, özellikle erkek çocukları, yabancı mirasçılara karşı mümkün olduğu kadar koruma tarihi düşüncesi galip gelmiştir²⁶. Scaevola D 28, 2, 19'daki, erkek çocuğun kız çocuğunun yararına olarak mirastan ıskat edildiği bir meselede “*Exheredationes non essent adiuvandae*” kararını vermiştir. Bu kural büyük ölçüde yabancılara karşı geçerlidir. Ve bu kuralın kullanılması ile bu karar izah edilmektedir.

Sonuç olarak şu tespit yapılabilir: “*falsa demonstratio*” kural olarak yanlış sebep anlamına gelmektedir. İlk olarak bu kural, 'ek yanlış tanımlama anlamını kazanmıştır. Bu anlam klâsik sonrası dönemde genelleştirilmiştir ve yanlış sebep *falsa causa* olarak tanımlanmıştır.

²⁵ Miras hazineye kalmış, beklendiği gibi, kanuni mirasçıya ulaşmamıştır.

²⁶ Bkz. Woess (N. 8), S. 172 vd.; C. 6 24, 7 ve Volterra BIDR 41, 289.

“*Falsa demonstratio non nocet*” kuralı vasiyetnamelerde kadının yararına olarak geliştirilmiştir. Bu kural şu anlamda idi: Bir vasiyetnamede kadının yararına, bilinçli olarak gösterilen yanlış sebep zarar vermez. Gaius bu kuralı, kuralın kelimelerinden anlaşılmayan söz konusu sınırlamalar olmaksızın, genel kural olarak kabul etmiştir. Bu genelleme Roma hukukçularının uygulamalarına uymamaktadır, aksine kuralın gerçek anlamını tanımayan Gaius’un bir hatasına dayanmaktadır. Gaius’un açıklamalarından, Romalı hukukçuların saik hatasını genel olarak önemsiz kabul ettikleri sonucu çıkarılamaz²⁷. Romalı hukukçuların vasiyetname hukukunda saik hatasını dikkate almadıklarını gösteren hiç bir metin yoktur²⁸. “*Falsa causa* (eski anlamda : *demonstratio*) *non nocet*” kuralı bütün Roma hukukunda sadece, vasiyetnameye kadının yararına olarak **bilinçli** olarak sokulan yanlış sebep gösterme durumlarında kullanılmıştır. Gaius D 35, 1, 17, 2; Ulp 24, 19 ve J 2, 20, 31’deki örnekler bir yana bırakıldığında, hiç bir hataen yanlış sebep göstermede uygulanmamıştır. *Falsa causa*’ya ilişkin olarak, hata ve bilinçli olarak yanlış sebep gösterme²⁹ arasında fark bulunmadığı görüşü, kuralın anlamını yanlış olarak değerlendirmektedir.

“*Falsa causa non nocet*” kuralı, bir saik hatasının önemsiz olduğunu ifade etmemektedir. Bilinçli olarak yanlış gösterilen sebebin zarar vermeyeceği kuralı, genelleştirilemez. Roma hukuku üzerine bina edilen bütün hukuk sistemleri, eğer *falsa causa* hataya dayanıyorsa, bunun vasiyetnameye zarar verdiğini kabul edebilirler³⁰. Bütün Glassotarlar, *falsa causa non nocet* kuralını reddetmektedirler. Çünkü uygulamanın gerekleri ve hakkaniyet açıkça başka bir çözümü gerektirmektedir. Bunu yalnızca Romalılar mı yanlış değerlendirmişlerdir?

27 Örneğin, Schulz (N. 17), S. 110 vd.

28 Bkz. o. N.17

29 Schulz (N. 17), S. 110.

30 Schulz (N. 17), S. 130 vd.

Baskı: Sözkeseu Matbaacılık Tic. Ltd. Őti. – ANKARA

Tel: (312) 395 21 10 – 395 59 07

Fax: (312) 395 61 07