

Istanbul Üniversitesi
Mukayeseli Hukuk
Araştırmaları Dergisi, No. 18
İstanbul, 1990

GÜVEN TEORİSİ VE TİCARET HUKUKU VE KAMU HUKUKUNDAKİ İÇTİHATLARDA YENİ GELİŞMELER

Prof. Dr. Robert PATRY, dr. h.c.

Federal Mahkeme Başkan Vekili

(Çeviren : Doç Dr. Halûk BURCUOĞLU

İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk

Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi)

1. Henri Capitant Derneği'nin girişimleri ile yenilerde yayımlanan Hukuk Vokabüleri'nde, Dekan Cornu şu tanımları vermiştir:

"Güven: Başkasının iyiniyetine, dürüstlüğüne, içtenliğine ve sadakatine inanma."

"İnanç (Fides, güven, inanma): Bu sözcük bazı deyimlerde (iyi niyet, kötü niyet) özellikle, bir sözleşenin, sözleşmenin oluşumu ya da ifası sırasındaki psikolojik tavrını (hata, inanma, bilme) veya ahlâki davranışını (dürüstlük, dürüst olmama) ifade eder". (1)

Güven ve iyiniyet çoklukla birbirleriyle özdeş sayılacak kadar sıkı şekilde bağlı olan iki hukuki kavramdır. Ancak, bu kavramlar aslında, görünüş (apparence) denilen olgunun iki unsurunu temsil ederler. Görünüş ise "bir durumun veya bir işlevin (vekil sıfatı, mirasçı sıfatı, malik sıfatı) kendilerini göstermelerini sağlayan, (iyiniyetli) üçüncü kişileri bir şeye inandıran ve onlarda, bu verilerle donatılmış olan kimsenin gerçekten bu durumda veya bu işlevde olduğu inancını uyandıran harici işaretlerin bilinçli ya da bilinçsiz olarak biraraya gelmelerinden çıkartılan sonuç" (2) olarak tanımlanmaktadır. İşte, birazdan saptama olanağı bulacağımız gibi, özel hukukta ve kamu hukukunda, Fransa'da

(1) Gérard Cornu yönetiminde Association Henri Capitant tarafından yayımlanmış Vocabulaire Juridique, Paris 1987, s.178(confiance=güven) ve 358 (foi=inanç)

(2) Vocabulaire Juridique, age, s.55 (apparence=görünüş)

daha çok görünüş teorisi olarak adlandırılan (3), güven (4) veya iyiniyet (5) kuramı her bireyin iç bünyesindeki bir ruh halini ifade eden bu iki psikolojik kavrama dayanmaktadır.

Gérard Lyon Caen'in daha 1946 da belirttiği gibi "psikolojik unsurların araştırılmasının önemi sık sık vurgulanmıştır. Bazılarına göre bu araştırma hukuk ile ahlâk arasındaki uyumun daha tam olmasını sağlar. Bazılarına göre ise, bu araştırma, hukuk kuramının kişisel duruma daha iyi adaptasyonunu sağlayacak şekilde geliştirilmesine yol açar"(6). Gerçekten, güven ya da iyiniyet ilkesinin, özel hukuk alanındaki hukuki işlemlerin oluşumu konusunda uygulanması safhasında, yargıç, örneğin sözleşmenin aktedilmesi çerçevesinde, iradelerin veya beyanların uyuştüğünü saptamak gibi, tamamen objektif olarak, hukuki işlemin kurucu unsurlarının mevcut olup olmadığını belirlemekle yetinemez; yargıç, geçerlilik koşullarından birinin eksik olmasına rağmen, hukuki işlemin geçerli olup olmadığı hususunda, mevcut fiili olgulara ilişkin bir değer yargısında bulunur: yargıç her somut olayda kendini tarafların yerine koyarak, onların iyi ya da kötünüyetli olduklarını, yani, onların işlemin gizli eksiğini farketmediklerini veya bilmek zorunda olduklarını belirleyecektir (7). August Simonius 1949 da şu açıklamayı yapmıştır: "Bu size, güven ilkesinin uygulanmasının niçin kolay bir şey olmadığını kavratacaktır. Bu ilkenin uygulanması, bir sözleşmenin mevcudiyetini saptamak ve içeriğini belirlemek durumunda olan yargıcın, sözleşmenin aktedilmesi anında, kendini, irade açıklamalarının muhataplarının yerine koyma ve içerisinde buldukları bütün koşulları dikkate alarak, onların tavırlarını değerlendirme yeteneğine sahip olmasını gerektirir. Şu halde, fiili olguların derinlemesine incelenmesini ve ustalıkla değer yargılarında bulunmayı gerektiren bu ilke, yargıcın engin bilgi sahibi olmasını, hatta gelişmiş bir sanat sahibi olmasını zorunlu kılar. Bu nedenledir ki, bu ilkenin ilkel bir hukukta uygulanması pek düşünülmez" (8).

Öte yandan, iyiniyet ilkesinin (veya güvenin korunması ilkesinin) kamu hukukunda da benzer bir rol oynadığını, şimdiden vurgulamakta yarar görmekteyim; bu konuda,

(3) Bkz. özellikle François Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris 1928; Jean C. Laurent, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Caen 1931; François Giraut, *L'apparence, source de responsabilité*, Paris 1937; Robert Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Bordeaux 1939.

(4) Bkz. özellikle, Arthur Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss*, Zürich 1948; Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953; August Simonius, *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse*, SJ 1949 s. 505 vd.

(5) Kamu hukukunda öğreti genel olarak güven teorisi yerine, iyiniyet (Treu und Glauben) teorisi deyimini kullanmaktadır. Bkz. özellikle Arthur Haefliger, *Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, in Festgabe Hans Erzer, Olten 1983, s.285 vd.; François Picot, *La bonne foi en droit public* ve Katharina Sameli, *Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, İsviçre Hukukçular Demeği'ne sunulan raporlar, *Revue de droit suisse* 1977 II s.115 vd ve 289 vd. Buna karşılık bkz. Beatrice Weber Dürler, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Habilitationsschrift. Bâle 1983.

(6) Gérard Lyon Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1946, s.75.

(7) Bkz. bu yönde Robert Patry, *age*, s.277.

(8) August Simonius, *agm*, s.507.

İsviçre Hukukçular Derneği'nin 1977 yılında, kamu hukukunda iyiniyet kavramına tahsis edilmiş olan Genel Kurulu'nda açıklanan görüşlerden, iki arkadaşına ait olanlar zikredilebilir.

İlk önce, Fransızca dilinde genel raportörlük yapan François Picot (avukat, eski milletvekili) adalet ve hakkaniyet kavramları arasındaki ilişkiler sorununu irdelerken, Aristo'ya yollamada bulunmuştur: "Bizi müşkil duruma düşüren, hakkaniyete uygun olanın, adil olmakla birlikte, yasa çerçevesinde doğru olmayışıdır; bu, yasaya göre doğru olanın iyileştirilmesi gibidir" (9). İkinci olarak, o zamanlar Federal Adalet Bürosu Direktörü Joseph Voyame, hukukun soyut mahiyetinden söz etmiştir. "Devlet mekanizması karşısında çok sayıda yurttaşın duyduğu rahatsızlığı görmezlikten gelemeyiz. Picot'nun ustaca belirttiği gibi, bu yurttaşlar, teknokrat ve politikacılardan oluşan bu birleşimin her zaman amacına ulaşacağına ve zavallı yurttaşın ne yaparsa yapsın aldatılacağına inanmışlardır... İşte bu durumda, yasaya uygunluk ilkesinin mutlaklığını düzeltici 'fiat justitia, pareat mundus' özdeyişinin zaferini frenleyici bir kural ihtiyacı kendini gösterir. Bu verimli kural, iyiniyet ilkesidir" (10).

2. Şimdi de ikinci bir genel saptama yapılmalıdır. Kabul etmek gerekir ki, İsviçre yasakoyucusu, Medeni Yasa'nın başlangıç hükümlerinden ikisini iyiniyete ayırmışsa, bu bir raslantı değildir: İsviçre yasakoyucusu, bilinçli olarak bu kavrama özel bir önem atfetmiş ve onu genel uygulama alanı olan bir ilke düzeyine çıkartmıştır. 2. maddeye göre, "Herkes, haklarını kullanmada ve borçlarını ifada iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdür". 3. maddeye göre ise "Bir hakkın doğumu veya hükümleri için yasada iyiniyet aranmışsa, iyiniyet var kabul edilir; halin gereğine göre kendisinden beklenen dikkati göstermeyen kimse iyiniyetli olduğunu ileri süremez". İki maddenin Fransızca metninde aynı iyiniyet sözcüğü yer alırken, yasakoyucu Almanca metinlerde, 2. maddede "Treu und Glauben", 3. maddede ise "Gutgläubigkeit" sözcüklerine yer vermiştir.

Şu halde iyiniyetin iki farklı anlamı ile karşı karşıya bulunulduğunun kabulü gerekir: Objektif iyiniyet ve sübjektif iyiniyet vardır. Bu bağlamda, tam 35 yıl önce, Nisan 1955 te, Bern Üniversitesi'ndeki açılış dersimde bu farklılığı vurgulama olnağı buldum (11).

"Bu iki kavramdan, objektif olarak adlandırılan birincisi ahlâk alanına girer ve haklar ve borçlar üzerinde olumsuz bir etki yapar. Bunun aksine sübjektif denilen ikinci kavram, esas olarak psikolojik boyuttadır ve özel hukukta olumlu bir rol oynamaktadır. Gerçekten, herkesin haklarını iyiniyet kurallarına uygun bir şekilde kullanması hükmünü getirirken, Medeni Yasanın 2. maddesi, bireylere ve birazdan göreceğimiz idareye, dürüstlük, sadakat ve doğruluk hakkındaki objektif kurallara, yani, ahlâk kurallarına uyma ödevini yüklemektedir. Öte yandan, haklarını iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanan kimse herhangi bir yeni hak iktisap etmez; buna karşılık, dürüst olmayan bir şekilde ha-

(9) François Picot, Exposé introductif, Revue de droit suisse 1977 II, s. 439 ve 440.

(10) Joseph Voyame, Intervention, Revue de droit suisse 1977 II, s.459.

(11) Robert Patry, La notion de la bonne foi subjective, Revue de la société des juristes bernois 1955, s.409 vd.

reket eden bazı haklarını yitirir. Bir diğer söyleyişle, objektif iyiniyetin hiçbir hukuki rolü olmadığı ifade olunabilir; tersine, objektif kötünüyet tarafların haklarına olumsuz bir etki yapmaktadır" (12). Sübjektif iyiniyete gelince, Robert Vouin şu gözlemi yapmıştır: "sübjektif iyiniyet, esas itibariyle, bireysel olarak ele alınan bir hukuk süjesinin psikolojik durumunda kendini gösterir. Bu durum tamamen zihinsel bir bilmeme veya bir hata durumudur" (13). Öte yandan, sübjektif iyiniyetin rolü daima olumludur: Medeni Yasanın 3. maddesine göre, bazı hakların doğumu ve hükümleri sübjektif iyiniyete bağlıdır. Gerçekten bir kimsenin iyiniyeti, bir işlemin geçerlilik koşullarının yokluğunu giderici rol oynar. Bir diğer söyleyişle, sübjektif iyiniyetin, normal olarak iptal edilmesi gereken bir işlemin muhafaza edilmesi için devreye girdiği savunulabilir.

Bu durumda güven ilkesinin, sübjektif veya objektif olan bu iki iyiniyet kavramından hangisi üzerinde kurulduğu sorusu gündeme gelir. Öğretide, en azından özel hukukta, durum tartışmalıdır. tartışmanın yapıldığı alanlardan biri de hukuki işlemlerin oluşumu alanıdır: örneğin, Profesör Arthur Meier-Hayoz'a göre (14), güven teorisi Medeni Yasanın 2. maddesinde öngörülen ilkeye, yani objektif iyiniyete dayanır; halbuki ben, hep aksi görüşü savundum (15). Soru yalnızca teorik değildir, önemli pratik sonuçları vardır. Gerçekten, bu soruya verilen yanıtta göre, ya güven ilkesinin uygulanmasında hata veya (hukuki işlemdeki bir eksikliği) bilmeme gibi, sübjektif iyiniyet kavramının kurucu psikolojik elemanlarının, ya da objektif iyiniyetin temelinde bulunan davranış kurallarının değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekte yarar görmekteyim. Tabii bana ayrılan sınırlı, sürede, bu soruyu derinlemesine tartışmak mümkün değildir; ben, burada, yalnızca, düşüncelerimin ve deneyimimin beni yanıttımda biraz değişiklik yapmaya zorladığını söyleyeceğim.

Aslında, güven ilkesinin uygulanmasında, psikolojik unsurların belirleyici rol oynadığı şeklindeki düşüncemi sürdürüyorum: Medeni Yasanın 3. maddesi anlamında sübjektif iyiniyetten, yalnızca, işlemin görünüşteki geçerliliğine dayanan kimsenin gerçekten hataya düşmüş olması, yani gizli eksikliği bilmiyor olması halinde söz edilebilir; bu doğrultuda, örneğin, çalınmış bir arabanın satın alınmasında, Federal Mahkeme iktisap edeni korumayı reddetmiştir, çünkü "iktisap eden hırsızlığı bildiğinden, iyiniyetli sayılamaz" (16). Fakat, bu psikolojik unsurlar, iyiniyetin güven ilkesi uyarınca korunmasına yetmemektedir; ayrıca, bu hata haklı, yani olayı çevreleyen olguların gerektirdiği dikkatle bağdaşmaz olmamalıdır. Bu anlamda, yine kullanılmış bir arabanın satın alınmasında, Federal Mahkeme şu hususu vurgulamıştır: "davalının iyiniyeti, yalnızca, satıcı Martinelli'nin otomobil üzerinde tasarruf yetkisi olmadığını gerçekten bildiği durumda değil, aynı zamanda, olayı çevreleyen olguların gerekli kıldığı dikkat ile bağdaşmadığı, yani Martinelli'nin arabayı satma yetkisi olduğunu kabul etmemesi gerektiği (Medeni Yasa,

(12) Revue de la société des juristes bernois 1955, s.410,411 ve 412.

(13) Robert Vouin, age, s.41.

(14) Arthur Meier-Hayoz, age, s.120.

(15) Robert Patry, Le principe de la confiance..., age,s.277; La notion de la bonne foi subjective, agm,s.414 ve 415

(16) Bkz. Federal Mahkeme'nin 6.10.1977 t.li kararı için ATF 103 II 186, JdT 1978 I 608 vd. özellikle 610, 2b.

md.3/II) halde de reddolunmalıdır... İktisap edenden beklenen dikkatin boyutları, esas itibariyle, objektif bir kıstasa göre belirlenmelidir. Bir mesleği yapmak isteyen bu mesleği tanınması, bilmesi gerektiği gibi, olayda da, bu boyutlar yüksekçe bir düzeyde saptanmalıdır. Kullanılmış araba satan bir kimse, özel bir özen göstererek, otomobil çalma ya da kaçırmaya olaylarının ne denli sık olduğunu da dikkate almalıdır" (17). Öte yandan, aynı durum, sözleşmelerin oluşumu ve özellikle irade açıklamalarının yorumunda da söz konusudur: belirleyici olan ne beyanda bulunanın beyanına verdiği anlam, ne muhatabın bu beyana verdiği anlam (bu tamamen sübjektif bir değerlendirmedir), ne de kullanılan sözcüklere makul ve mantıklı bir kimsenin vereceği bütünüyle objektif anlamdır. İrade açıklamasının içeriği -İsviçre hukukunda da, alman hukukunda da- muhatabın iyiniyetle bu açıklamaya verebilecek olduğu ve vermesi gerektiği anlama göre belirlenir (18).

Sonuç olarak, güven teorisinin uygulanması, aslında, yalnız psikolojik olguların değil, kişinin davranışının da dikkate alınmasını gerektirir. Zaten, sübjektif iyiniyeti tanımlarken, Medeni Yasanın 3. maddesi de, somut olayın olgularının objektif ve sübjektif ölçütlerle göre değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

3. Özel hukukta güven teorisi hakkında, üçüncü ve son bir saptama daha yapmam gerekiyor.

Federal Mahkeme'ye göre, "yasa, bir hakkın hükümlerini iyiniyete bağlı kıldığında, Medeni Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, karine olarak iyiniyetin varlığı kabul edilir. Fakat, daha bu maddenin metninden anlaşılacağı üzere, hükümler ancak yasa bunu özel olarak öngördüğünde kendilerini gösterirler. Medeni Yasanın 3. maddesi, sizi hukuki mahiyette bir zarar karşısında her zaman ve her yerde himaye eden bir genel ilke getirmemektedir. Yasa, iyiniyeti, yalnızca bazı olgular için bu himayeyi öngören ve onun kapsamını belirleyen özel hükümler nedeniyle korumaktadır (Jäggi, Art. 3, N. 11, 12,63 ve 69)" (19).

Ayrıca, yasakoyucunun sübjektif iyiniyet (veya güven) ilkesini devreye soktuğu hallerin seçiminde keyfi hareket etmediğini gözlemek önem taşımaktadır: daha, Bern Üniversitesi'ndeki açılış dersimde (20), bu durumlarda iki zıt menfaat ile karşı karşıya bulunulduğunu, bu menfaatlerin, bir tarafın güven duyduğu işlemin, bu işlem sakat olsa bile, ayakta tutulmasındaki menfaati ve bu esaslı sakatlığı ileri sürerek işlemi iptal ettirmek isteyen diğer tarafın menfaati olduğunu belirtmişim. O zaman, hakların güvenliğine (statik güvenlik) karşıt olarak işlemlerin güvenliğinden (dinamik güvenlik) söz edildi. İşte, sübjektif iyiniyet ilkesinin temin ettiği de bu işlemlerde güvenliktir, çünkü, bu ilke sayesinde, normal olarak iptal edilmesi gereken bir işlem ayakta kalacaktır. Bu konuda René Demogue şunu söylemiştir: "İşte modern yasama faaliyetinin getirdiği birçok çözümlerin çok belirgin esprisi buradadır. Bu hükümlerin amacı özdeştir. Bunlarla işlemler kolaylaştırılmak istenmektedir. Bir hak kazanmak için hukuki işlem yapan kimse, bazı

(17) Federal Mahkeme'nin 17.3.1953 t.li kararı için ATF 79 II 59, JdT 1954 I 45 vd. özellikle 47,2 ve 49,3.

(18) bkz. Robert Patry, *Le principe de la confiance...*, age, s.198.

(19) Federal Mahkeme'nin 23.4.1970 t.li kararı için bkz. ATF 96 II 161, JdT 1971 II 75 vd., özellikle 83,4c.

(20) Bkz. Robert Patry, *La notion de la bonne foi subjective*, agm, s.418 vd.

görünümlerinin varlığı halinde kendisi için herşeyin bu görünümlerinin gerçeğe uygun olduklarındaki gibi, yürüyeceğini bildiğinde, hukuki işlem yapmaya teşvik edilmiş olacaktır. Eğer, bana yöneltmiş belli irade açıklamasının, haklarımın temeli olarak kabul edileceğini bilirsem, çok daha rahat hareket ederim, çünkü, beyanda bulunanın gerçek niyetini araştırmak zorunda olmayacağım" (21). Almanya'da Viktor Ehrenberg şunu söylüyordu: "bu karşıtlık şimdi tanımlanabilir: hukuk güvenliği bir kimsenin hukuki durumunda kendi iradesi olmaksızın bir kötüleşme olmasını istemekte ve işlemlerin güvenliği, bir kimsenin hukuki durumunda gerçekleşen olumlu bir değişimin, kendisince bilinmeyen olgular nedeniyle ortadan kalkmasını engellemek istemektedir" (22).

Böylece, Victor Ehrenberg, benim için önemli olan, bir durumu ön plana çıkarılmaktadır: özetle, hak sahipleri ile hakları iktisap edenleri karşı karşıya getiren bu ebedi ihtilâfta, yasakoyucu sistematik olarak, soyut bir şekilde, bir grubu diğeri aleyhine imtiyazlı kılamaz. Somut olaydaki menfaatlerin adil şekilde tartılması zorunlu gözükmektedir: Şayet iktisap edenin iyiniyetinin bir başına esaslı sakatlığı olan işlemi sağ tutmaya yeterli olduğu kabul edilseydi, adil olmayan bir şekilde hakkı elinden alınan gerçek hak sahibinin menfaatleri zedelenmiş olurdu. Mantıken gizli sakatlığın gerçekten bilinmemesi, bir geçerlilik görünüşünün varlığı ile doğrulansa bile, yeterli olmaz: ayrıca hak görünüşünün, menfaatleri zedelenen kişinin tavır ve hareketlerinden doğmuş olması gerekir. Bu durum, Medeni Yasanın tasarruf yetkisi olmayan şahsın bir taşınırı devretmesine ilişkin 933 ve 934. maddelerinden açıkça türetilir: iyiniyetle iktisap eden, gerçek malik şeyi devredene emanet etmiş ise himaye görür, yani iktisabında haklı addedilir (md. 933), fakat, gerçek malik malın zilyedliğini rızası hilâfına yitirmişse himaye yoktur (çalışmış ya da kaybedilmiş şey, md. 934). Pratikte, bu, görünen duruma güvenin haklı olduğunda, yani, bir yandan iktisap edenin iyiniyeti ile, öte yandan da diğer tarafın davranış veya hareketleriyle ya da bir resmi sicile tescil ile doğrulandığında korunacağını ifade eder.

4. İsviçre özel hukukunda güven teorisinin uygulandığı haller oldukça fazladır. Medeni hukukta da, borçlar hukukunda da, gerek öğretilde, gerekse mahkeme içtihatlarında (23) yeterince beliren ve genel kabul görmektedir. Bunu yeniden ortaya koymaya çılamak bana gereksiz geliyor: bununla birlikte, kamu (idare ve anayasa) hukukunda bu konuyu ele almadan önce, size, Ankara konferansında da üzerinde durduğum, şirketler hukukuna ilişkin yeni bir örnek vereceğim.

(21) René Demoge, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911, s.71.

(22) Viktor Ehrenberg, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jahrbüchen 1904, s. 282.

(23) Sözleşmelerin aktedilmesi alanında, güven teorisi lehinde yerleşik bir içtihat vardır. Örnek olarak 23 Ocak 1979 t.li karar zikredilebilir: "Borçlar Yasasının 1. maddesine göre, tarafların uyuşan irade açıklamalarıyla sözleşmenin kurulduğu doğrudur ve bu durum tarafların gerçek iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir; yine, irade açıklamalarının bu konuda belirleyici olan iyiniyet kurallarına göre, muhatapın verebileceği ve vermesi gerektiği anlamda yorumlanması gerektiği, güven ilkesi uyarınca doğrudur (ATF 101 II 331 JdT 1977 I 100, 2; Schöenberger/Jäggi, N.188 ve 195 art.1). Eğer muhatap, beyanda bulunanın beyana verdiği anlam ve kapsamı anlayabilecek durumda ise, irade açıklamasının yeterince aydınlık olmayışı veya hatalı hususları da içermesi önem taşımaz (von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich 1979, s.288".

Gereksiz ayrıntıya girmeden, son savaşın bitmesinden sonra, çok sayıda yabancı serbestçe, özellikle turistik bölgelerde, spekülatif amaçla ya da, ikinci derecede ikametgâh olarak kullanmak üzere, taşınmaz iktisap etmişti. Überfremdung (aşırı yabancılaşma) denilen bu olay İsviçre halkında o denli tepkiler yarattı ki, federal makamlar, İsviçre arazisinin büyük bir kısmının yabancıların eline geçmesini önlemek üzere devreye girmek zorunda kaldılar: Meclis 23 Mart 1961'de, yabancı ülkedeki kimselerin taşınmaz iktisabını izne bağlı hale getiren Yabancı Ülkedeki Kimselerin Taşınmaz İktisabı Hakkında (olağanüstü hal) Kararname'yi kabul etti; 21 Mart 1973 te, Meclis bu federal kararnamenin metnini, iznin verilmesini daha ağır koşullara tabi kılarak değiştirdi ve nihayet Aralık 1983 te, Meclis, benim uzmanlar komisyonu başkanı olarak hazırladığım bir tasarını temel alarak, Yabancı Ülkedeki Kişilerin Taşınmaz İktisabı Hakkında Yasa'yı çıkardı. Baştan beri, yabancı ülkedeki kimselerin egemenliğindeki şirketlerin iktisapları izne tabi kılınmıştı. Zaten, bir kaç yıl önce, yasanın da kabul edilmesinden evvel, 1985 ten beri başkanı olduğum 2. Kamu Hukuku Dairesi, yabancıların merkezi İsviçre'de bulunan ve ticaret siciline tescil edilmiş olan anonim şirketler aracılığı ile, İsviçre'de taşınmaz iktisap etmeyi başardıklarını saptamıştı; demek ki, bu şirketler federal kararnamenin koruyucu hükümlerini ihâl etmek üzere kurulmuşlardı; bu nedenle biz, yabancı ülkede ikamet eden kişilerin egemenliğinde olan şirketlerin izin almaksızın gerçekleştirdikleri taşınmaz iktisabının mutlak surette batıl olduğunu tesbit etmek durumundaydık. O zaman, şu sorun ile karşılaştık, yalnızca hukuka aykırı iktisapların butlanını tesbit etmekle yetinmeli miydik, yoksa kanuna karşı hile oluşturan bu halleri cezalandırmak için başka önlenler de almalı mıydık?

Medeni Yasanın 52. maddesinin 3. fıkrasına göre, hukuka veya ahlâka aykırı amacı olan cemiyet ve kuruluşlar tüzel kişilik kazanamazlar; yabancı ülkede ikamet eden kimselerin egemen olduğu bu şirketler, yabancı ülkedeki kimselerin taşınmaz iktisabı hakkındaki mevzuatı dolanmak amacıyla kurulduklarından, normal olarak, onların hukuken kurulmamış olduklarını tesbit etmek ve tasfiyelerine karar vermek durumundaydık. Fakat, aynı zamanda, iyileşme teorisi olarak adlandırılan teorinin güven ilkesinin uygulanması yoluyla, bu yüzyılın başından beri Federal Mahkeme'ce benimsenmiş ve 1936 dan beri de Borçlar Yasasının 643. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olduğunu da dikkate almalıydık. Bu hükme göre, "Kişilik, koşulları gerçekleşmemiş olsa bile, tescil ile kazanılır". Böylece, biri kamu yararı, diğeri görünüş veya güven ilkesine dayanan iki yasal hükmün çatışması ile karşı karşıya kalmıştık.

Birçok kararda şu görüşü ortaya koyduk : " Hukuka veya ahlâka aykırı amacı olan anonim şirket, Medeni Yasanın 52. maddesinin 3. fıkrası metnine rağmen, ticaret siciline tescili ile iyileşme teorisi uyarınca tüzel kişiliği kazanmaktadır. Bununla birlikte, bu tavrımız, bu tür bir anonim şirkete (ve bu şirketin ekonomik sahiplerine) karşı hiçbir yaptırım uygulanamayacağı anlamında değildi. Federal Mahkeme'nin iki kez karar verdiği gibi, Medeni Yasanın 52. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen ilkedden, Borçlar Yasasının 643. maddesinin 2. fıkrası ile bağlantılı olarak, hukuka aykırı bir amacı olan şirketlerin feshedilmesi ve tasfiyesi sonucunda elde edilenin bir kamu kuruluşuna verilmesi gerektiği sonucu çıkartılmalıdır. Bu sonuca Medeni Yasanın bir zora-

lım etkisi içeren 57. maddesinin 3. fıkrasının buyurucu hükmü aracılığıyla ulaşılır"(24). Bu şirketin ekonomik sahipleri açısından çok katı olan bu içtihat öğretide ağır şekilde eleştirildi (25), fakat, bu şirketler, gerçekten, (Medeni Yasanın 57. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen zorulım etkisi ile) feshedildiler. Bu içtihat yasakoyucu tarafından 16 Aralık 1983 tarihli yasa çerçevesinde açıkça benimsendi. Böylece ilk planda, üçüncü kişilerin menfaatleri doğrultusunda, iyileşme teorisine riayet ederek, sonuçta, yabancı ülkedeki kimselerin gerçekleştirdikleri taşınmaz iktisaplarını ağır yaptırımlara tabi tutmayı öngördük. İşte bu, özel hukuk ile kamu hukuku arasında, sınırda kalan, kamu yararının açıkça daha ağır bastığı kabul edildiğinden, görünüş teorisinin, butlan teorisi karşısında yenik düştüğü bir örnek oluşturur.

5. Kamu hukukundaki butlan teorisi hakkında, Dekan Boulois, butlanın, işlemleri sakatlayabilecek iki eksiklik türünün yaptırımı olarak görüldüğü gözlemine yapmıştı: butlan, ya esaslı unsurlardan biri veya birçoğunun yokluğunun, değişime uğramasının yaptırımıdır; ya da şu veya bu işlemin belli bir hukuk düzenine entegrasyonunun olanaksız olmasının karşılığıdır. Soruna bu iki açıdan yaklaşılsa, medeni hukukun ve idare hukukunun mutlaka özdeş bir tavrı benimsemeleri gerektiği söylenemez. Bu hukuk dallarından herbiri, kavramlardan birinin ya da ötekinin, inhisari olmasa da, önemli ölçüde çekiciliği altındadır. Özel hukuk açısından, belli düzen içerisinde yer alma önemli değildir. Buna karşı, idare hukukunda işlemlerin belli bir hukuk düzenine dahil edilmesi ilk plâna geçer. Butlan, esaslı unsurlardaki şu ya da bu eksikliğin yaptırımı olmaktan çok, kapsamı devamlı olarak genişleyen yasaya uygunluk ilkesinin gerektirdiği bir yaptırımdır (26). Ve kamu hukukunda iyiniyet hakkındaki raporunda, dostum François Picot şunları belirtmektedir: "Kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki farkların şematize edilmemesinin ne denli zorunlu olduğu ortaya kondu. Ancak, her türlü ihtirazi kaydın ve her türlü nüansın yapılması kaydı ile, bizi meşgul eden konuya ilişkin olarak dikkatlerin üç temel noktaya çekilmesi gerekli gözükmektedir. İlk olarak, kamu hukuku eşit olmayan taraflar arasındaki bir ilişkidir. Devlet kamu gücünün sağladığı bütün yetkilerle birlikte devreye girmektedir. İkinci olarak, Devlet kamu gücü olarak devreye girdiğinde, bir yetkiye ve yasal buyruğa uymalıdır, yani yasaya uygunluk ilkesi ile sınırlıdır. Üçüncü olarak, ister soyut normlar getirmek, ister bu normlara dayanarak somut kararlar almak sırasında olsun, Devlet her zaman, eşit düzeyde muamele görmesi gereken geniş birey kitlelerini dikkate alarak faaliyetini gösterir" (27).

İsviçre Kamu hukukunda, hukuk devleti idealine sıkı şekilde bağlı olan öğreti (28) ve içtihatlar, Medeni Yasanın 2. maddesindeki objektif kavrama dayanan iyiniyet

(24) Bkz. 14.10.1981 t.li karar için ATF 107 Ib 186 vd, özellikle 189, 6c. Ayrıca bkz. 2. Hukuk Dairesi'nin, ATF 112 II 1 vd., JdT 1986 I s.633 vd.nda yayımlanan ve 13.10.1989 t.li ve Société anonyme suisse 1990, s.59 vd.nda yayımlanmış iki kararı.

(25) Bkz. özellikle Alain Hirsch, L'article 57 alinéa 3 CCS est-il vraiment une mesure de confiscation? La société anonyme suisse 1986, s.181. Jean Nicolas Druey, Bemerkungen, La société anonyme suisse 1986, s.182 ve 1990, s.65.

(26) Bkz. Jean Boulois, L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, s. 772 et 773.

(27) Bkz. François Picot, agm, s.176.

(28) Bkz.özellikle François Picot, agm, s.115 vd.; Katharina Sameli, agm, s.287 vd.; Arthur Haefliger, agm,

teorisni benimsemişlerdir: aslında konuyu incelemiş olan bütün İsviçre kamu hukukçuları, güvenin korunmasından değil, objektif iyiniyetten söz etmektedirler ve burada, Federal Mahkeme'nin, Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen yurttaşların yasalar önünde eşitliğine dair anayasal ilkeye yollamada bulunarak "iyiniyet ilkesi idare ile yönetilenler arasındaki ilişkilerde de uygulanır (ATF 91 I 136 ve burada zikrolunan kararlar) ve bu ilkeye idare de yönetilenler de uymak zorundadırlar" görüşünü belirtmişlerdir (29).

Bununla birlikte, birçok yıldır, Federal Mahkeme, pek net şekilde olmasa da iyiniyet ilkesinin bu genel uygulamasının bir yandan Medeni yasanın 2. maddesine, öte yandan, yurttaş ile idare arasındaki ilişkilerin üzerine oturtulduğu karşılıklı güven (sübjektif) kavramına dayanarak doğrulandığını belirtmektedir: "Vergi yasasının 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu yasanın hükümleri iyiniyet ilkesine uygun olarak uygulanmalı ve bu şekilde kabul görmelidir. Burada, medeni hukukta, Medeni Yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ve içtihatların ve öğretinin açık hüküm olmaksızın da, hukukun başka dallarında da uygulanacağını kabul ettiği bir genel ilke söz konusudur... İlke idare hukukunda da uygulanır; bu ilkeye göre yurttaş ile idare arasındaki hukuki ilişkiler karşılıklı güvene dayanır ve bu güven haklı olduğu takdirde himaye edilir. Öğreti bu ilkeyi, yetkili makamlar için bir davranış kuralı oluşturduğu ölçüde, Anayasa'nın 4. maddesine dayandırmaktadır" (30). Bu içtihat, bana göre, tehlikeli sayılabilecek kadar belirsizdir. Gerçekten, idare ile yurttaş arasındaki ilişkilerin temeli olması gereken bu karşılıklı güvende objektif bir davranış kuralı görüldüğü ve yurttaşın ya da idarenin davranışının tamamen objektif olan dürüstlük kıstasına göre değerlendirildiği ölçüde, burada, objektif iyiniyet (veya hakkın kötüye kullanılması) teorisinin bir uygulama halinin söz konusu olduğu söylenebilir. Fakat, yönetilenin idareye duyduğu güveni korumak için, güven (ya da Medeni Yasanın 3. maddesindeki sübjektif iyiniyet) ilkesinin (31) genel uygulamasını kabul etmek de mümkün olabilir.

Aslında, idare hukukunda, biz, güven ilkesinin genel bir şekilde uygulamasını kabul etmiyoruz; bunu, yalnızca, aşağıda, sonuç kısmından önce kısaca anımsatacağım iki özel durumda kabul ediyoruz.

6. Birinci hal, idarenin belli fiili durumlarda, yurttaşlara vermesi gereken güvenceler, taahhütler veya garantiler ile ilgilidir. Belli bir işlemi yapmadan önce, bu işlemin aleyhe yaratabileceği sonuçları önlemek amacıyla, yönetilen çoklukla idareye başvurur: örneğin, vergi hukukunda bir tacir, şahsi işletmesini bir anonim şirkete dönüştürmek istediğinde, önce vergi idaresi nezdinde, bu dönüştürmenin, rezervlerin vergilendirilmesi sonucunu doğurmayacağından emin olmaya çalışacaktır. Böyle hallerde, idarenin, yasa-

s.285 vd.; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 3. Baskı, Bâle 1988, s. 92 vd.; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel, s. 388 vd.; Max Imboden / René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bâle 1976, s.454 vd.; Urs Gueng, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte, Zentalblatt, 71, 1970, s.449 vd.

(29) Bkz. örnek olarak, 15.9.1965, ATF 91 I 316, JdT 1966 I 202 vd., özellikle s.204, 7a.

(30) bkz. özellikle 18.12.1968 t.li karar için ATF 94 I 513, JdT 1969 I 603 vd., özellikle 2. 66, 4a.

(31) Bazı yazarlar açıkça iyiniyetin himayesi hakkı'ndan söz etmektedirler. Bkz. Özellikle André Grisel, age, s.388 vd.; Beatrice Weber-Dürler, age.

nın sıkı bir şekilde uygulanmasına mı, yoksa, bir yasa hükmüne aykırı olarak bulunduğu taahhüdüne mi bağlı kalması gerektiği veya, daha basit olarak ifade edildiğinde, vermiş olduğu yanlış bilgilerle mi kendini bağlı addetmesi gerektiği sorusu ele alınmalıdır. Konu hakkında Federal Mahkeme şu görüşü açıklamıştır: "Yerleşik bir içtihadı göre, bazı hallerde, yetkili makamın, verdiği yanlış bilgi veya güvenceye bağlı kalması gerekir. Bunun için, bilgiyi veren bölümün bilgiyi verme konusunda yetkili olması, yurttaşın ilk başta verilen bilginin yanlış olduğunu anlayamayacak olması ve bu bilgiye inanarak, düzeltilmesi mümkün olmayan tasarruflarda bulunmuş olması aranır" (32).

Sık rastlanan böyle durumlarda, genel olarak güvenin korunması veya daha basit bir şekilde güven ilkesinden söz edilir. Fakat, biz, yasaya uygunluk ilkesi ile çatışan bu ilkenin her zaman uygulanamayacağını tesbit ettik: buna göre, olaydaki menfaatleri tartmamız gerekir: yasaya uymadaki kamu çıkarı ve yönetilenin iyiniyetinin korunmasındaki özel çıkar. Bu yüzden, epeydir, iyiniyetin korunmasına dair hakkın kapsamının, yasaya uygunluk ilkesinin daha ağır bastığı iki alanda daraltılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu alanlar vergi hukuku ve iş hukukudur (33). Böylece, vergi hukukunda, şimdilerde, iyiniyet ilkesinin uygulanmasının, yalnızca, idarenin formel ve yazılı güvenceler verdiği hallere hasredilmesini düşünüyoruz.

Usul hukuku alanında da Federal Mahkeme, uzun zamandır, yönetilenin, yetkili makamın verdiği yanlış bilgi nedeniyle, bir karara karşı itiraz yoluna ilişkin olarak mağdur duruma düşmemesi gerektiği içtihadını benimsemektedir: "Sade yurttaşın güvendiği makamın verdiği bilgideki bir hatanın sonuçlarını yüklemek -idarenin de uyması gereken- iyi niyet kullarına aykırı olacaktır. İtirazda bulunana karşı kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermediği iddiasında bulunulmaz" (34). Oysa, çok yakın zaman önce, başkanı olduğum dairenin yargıçlarının, yurttaşın (veya avukatından) beklenebilir dikkatin boyutlarına ilişkin farklı görüşlerini açıklaması için iki fırsat elde ettik.

7. Güven ilkesinin uygulama hallerinin ikinci grubu yalnızca idari sözleşmeleri değil, imtiyaz verilmesi ve kamu görevi gibi, yurttaşın (imtiyaz sahibinin, memurun) ve Devlet'in, sözleşmelerde olduğu gibi, nisbi bir eşitlik içerisinde oldukları diğer kurumları da kapsar.

Yerleşik bir içtihadı göre, "kamu hukuku sözleşmeleri, kural olarak, özel hukuk sözleşmeleri gibi iyiniyet kurallarına (güven ilkesine) göre yorumlanır. Bu, bir irade açıklamasına muhatabın iyiniyetle, açıklamanın kendisine ulaştığı anda, bildiği veya bilmesi gerektiği olgulara dayanarak verebileceği anlamın verilmesi zorunluluğunu ifade eder. Kamu hukuku sözleşmelerinin yorumu için, idarenin bu tür sözleşmeleri aktederken kamu yararını dikkate alması gereği özellikle gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre, tereddüt duyulan hallerde, koruma yükümü altında olduğu ve diğer tarafında bilincinde

(32) Özellikle bkz. 29.6.1977 t.li karar için ATF 103 Ia 107, JdT 1979 I 45 vd., özellikle, s.51, 3c (ve burada yapılan atıflar). Ayrıca bkz. 16.12.1970 t.li karar için ATF 96 I 617 JdT 1971 564 vd., özellikle s.568 ve 569, 2c.

(33) Bkz. André Grisel, age, s.395 ve 396.

(34) Bkz. örnek olarak, 15.11.1950 t.li karar için ATF 76 I 187, JdT 1951 I 194 vd., özellikle s.197.

olduğu, kamu yararına aykırı bir sözleşmeyi idarenin akdetmek istemeyeceği karine olarak kabul olunmalıdır. Bununla birlikte, bütün hallerde, kamu yararına daha uygun olan yorumun tercih edilmesi hatalı olacaktır. Kamu yararının korunması sınırlarını özellikle güven ilkesinde bulur, yani bu himaye, sözleşmenin yorumu yoluyla, idare ile sözleşmeyi akteden tarafa, sözleşmenin kurulması sırasında, makul olarak öngöremeyeceği yükümlerin empoze edilmesi sonucunu doğurmalıdır" (35). Çok yakın bir zaman önce, bir petrol şirketinin Cenevre Devleti'ne karşı, petrol borularının bir otoyol ile kesişmesinin doğurduğu tüm masrafları üstlendiği bir anlaşmanın yorumu konusunda, bu yargısal ilkelere uygulama ve petrol şirketini, Konfederasyon'un sübvansiyonu ile karşılanan bölümü de indirmeden, Cenevre Devleti'nin bütün masraflarını ödemeye mahkûm etme olanağını bulduk.

Kamu görevi alanında da aynı durum geçerlidir, fakat, burada, güven kavramının özel bir rol oynadığını belirtmem gerekir. Gerçekten, bir işten çıkarmanın dayanağı hakkında tavır almamız gerektiğinde, pratikte, Devlet'in memuruna artık güven duymasının mümkün olup olmadığını araştırmak zorundayız. Burada söz konusu olan, artık, sübjektif iyiniyetin korunması değil, fakat, memurun davranışının objektif iyiniyet kuralları ışığında değerlendirilmesidir.

Nihayet Federal Mahkeme'nin güven ilkesinden, kamu hukukunda, müktesep haklar teorisi denilen teoriyi türettiğini belirteyim. "Kamusal veya özel sübjektif haklar geçerli olarak kurulduklarında, kendileriyle bağdaşmayan bir yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile eo ipso (kendiliklerinden) kadük hale gelmezler. Zamanında geçerli olarak tesis edilmiş bir vergi muafiyeti söz konusu olduğunda dahi, bu muafiyet müktesep haklara tanınana himayeden yararlanır" (36). Bu müktesep haklar teorisi (37), yalnızca vergi muafiyeti anlaşmalarında değil, kamu görevi alanında da özellikle memurların maaşlarının endeksasyonu kaydının yürürlükte tutulacağına dair Devlet tarafından verilen garantiye ilişkin olarak da geliştirilmiştir (38).

8. Şimdi sonuca geliyoruz.

Özel hukukta da, kamu hukukunda da güven ilkesi ihmal edilemeyecek kadar önemli bir rol oynamaktadır: Bu ilke, görünüşe güvenen kimseyi himaye eder ve iyiniyeti karine düzeyine çıkartır. Bu konuda bir Fransız yazar, hukuk, adalet ve irade hakkındaki bir tezde şunları vurgulamıştır:

"Güvenmemek için özel bir neden olmadıkça, her iddiaya inanılır, işte insan böyledir. Karine içtenlik lehinedir. Bu, insanın benzerlerinin iddiasına inanması hakkındaki içgüdüsel eğilimidir. Bu tepeden tırnağa, güven kuralıdır" (39).

(35) Bkz. 12.10.1977 t.li karar için ATF 103 Ia 505, JdT 1979 I 354 vd., özellikle s.359, 2b.

(36) Bkz. özellikle 22.2.1980 t.li karar için ATF 106 Ia 166 vd, la.

(37) Bkz. özellikle André Grisel, age, s.589 vd.

(38) Bkz. özellikle ATF 106 Ia 166 vd, l.

(39) Bkz. Georges Renard, Le Droit, la Justice et la Volonté, Paris 1924, s.297 ve 298.