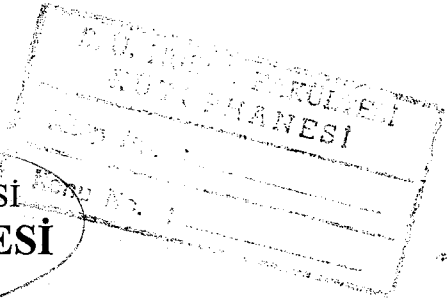


SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ



Cilt: 7

Sayı: 1-2

Yıl: 1999

İÇİNDEKİLER

İDARİ İŞLEMİN YETKİ UNSURU VE YETKİ UNSURUNDAKİ SAKATLIKLAR	
AÇDOYURAN S. Burak	1
İCRA HUKUKUNDA TEMSİL	
AKCAN Recep	21
İCRA İŞLERİNDE TEBLİGAT	
AKCAN Recep	63
ALACAKLININ TEMERRÜDÜ	
AKINCI Şahin	97
BÂD-I HEVÂ VERGİLERİNE BİR ÖRNEK: RESM-İ ÂRUS	
AKYILMAZ Gül	115
OSMANLI DEVLETİNDE EGEMENLİK KAVRAMININ GELİŞİMİ	
AKYILMAZ Gül	129
DANIŞTAY'IN BELEDİYE BAŞKANLIĞINDAN DÜŞÜRME KARARLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	
AKYILMAZ Bahtiyar	161
İŞLETENİN SORUMLULUĞUNDA KUSURUN ROLÜ	
ALTUNKAYA Mehmet	171
DEMOKRASİYE GEÇİŞ SÜRECİNDEKİ ÜLKELERDE ANAYASAL DEĞİŞME (Constitutional Change) ve ANAYASAL DÖNÜŞÜM (Constitutional Transformation)	
ATAR Yavuz	197
KADASTRO MAHKEMESİ	
AYAN Mehmet	221
1982 ANAYASASI'NDA BAKANLAR KURULU	
BİLİR Faruk	243
TÜRKİYE AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ	
DOĞAN Vahit	261
AB'İNİN ARALIK 1999 HELSİNKİ ZİRVESİ KARARLARI VE KIBRIS SORUNU	
MOR Hasan	273

AVRUPA SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE OLUŞAN
“AVRUPA KAMU DÜZENİ” KAVRAMININ KAPSAMI
VE FONKSİYONEL DEĞERİ

SÜNAY Reyhan	309
AZ GELİŞMİŞ EKONOMİLERDE DIŞ BORÇLANMA ve TÜRKİYE AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME	
TAŞAR M. Okan	331
RANT KOLLAMA ve EKONOMİK KALKINMA	
TAŞAR M. Okan	349
HİZMET SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN EKONOMİK SEBEPLERLE FESHİ	
TULUKÇU N. Binnur	379
KARAR İNCELEMESİ	
UŞAN M. Fatih	385
KARAR İNCELEMESİ	
UŞAN M. Fatih	391

İDARİ İŞLEMİN YETKİ UNSURU VE YETKİ UNSURUNDAKİ SAKATLIKLAR*

Arş.Gör. S. Burak AÇDOYURAN**

GİRİŞ

İdari işlemler ancak anayasa ve kanunların yetkili kıldığı bazı idari makamlar ve kamu görevlilerince yapılabilir. İdare adına faaliyet yapmakla görevlendirilen kamu görevlilerinin işgal ettikleri makamlara bağlı olarak kullandıkları güç ve otoriteye yetki denir. İdarenin yetkileri, görevlerinin değişik görünümüdür, çünkü görev olan her yerde mutlaka yetki de vardır. Yetki ile donatılmamış bir görev ifa edilemeyeceği gibi, görevsiz salt bir yetki de bulunamaz. Bu bakımdan görev ve yetki kavramları, çoğu kez aynı anlamda kullanılmaktadır.

İdari işlemin en önemli ve asli unsuru olan yetki unsuru dar ve geniş anlamlarda algılanabilir¹. Dar anlamda yetki, idari makam ya da görevlilerin idari işlem yapabilme kabiliyetini; geniş anlamda yetki ise "idarenin yetkileri" kapsamında ve devletin kamu hizmeti niteliğinde idari işlemler ve eylemler gerçekleştirme gücünü ifade eder. Her iki anlamıyla da yetki, toplumsal hayatı doğrudan etkileyen, bireylerin yaşamları süresince sürekli yüz yüze geldikleri önemli bir olgudur.

İdare hukukunda taraflar arasında sözkonusu olan eşitsizlik, kendini en fazla kamusal yetkilerin kullanımında gösterir. İdarenin çıkarları, bireyin çıkarlarına üstün tutulmuştur. Bunun sonucu olarak da; idare tek yanlı olarak, bireyin hukuki durumunda değişiklik yapma, hukuki ilişkileri etkileme, kararlar alma yetkisi ile donatılmıştır. Yani idare hukuku alanında, idareye, karşı tarafın uyumlu iradesine gerek kalmaksızın, bireyin hukuki durumunda değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, kamu hizmetlerinin daha etkin ve hızlı yürütülebilmesi için idareye tanınan ayrıcalıkların en önemlisidir.

Elinde bu son derece önemli yetkiyi bulunduran idarenin yapacağı işlemlerde uymak zorunda olduğu yetki kurallarının mevzuatta ayrıntılı şekilde düzenlenmesi, konuyla ilgili yargısal içtihadların geliştirilmesi ve ko-

* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalında hazırlanan ve 24.07.1998 tarihinde tez jürisi önünde savunulan aynı adlı yüksek lisans tezinin özetidir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ ÖZAY İl Han, Gün İşığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 386.

nunun doktrinde derinlemesine ele alınması, bireyin, idare karşısında korunmasının etkin araçlarındandır.

I. YETKİ KAVRAMI

İdari işlemin yetki unsurunu ve yetki unsurundaki sakatlıkları inceleyebilmek için, öncelikle "yetki" kavramının ne olduğunu açıklamak gerekir.

A. Yetkinin Tanımı

Yetki kavramı, "görevle verilen, belli şartlarda şu veya bu biçimde davranma, karar verme imkanı sağlayan kanuni hak" olarak tanımlanabilir². İdare hukuku yönünden ise yetki; kişileri, eşitlik kuralını, temel hak ve hürriyetleri, kamusal para ve malları doğrudan ilgilendiren ve önemli bir kamu kudreti aracı olan idari işlemin; idari teşkilat içindeki herkes tarafından değil, yalnızca hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve sınırlanmış makamlar tarafından kullanılabilmesi yeteneğini ifade eder³. Kamu yönetiminde yetki, idari otorite ile birlikte ele alınmalıdır. Laubadere'ye göre idari bir tasarrufun, mevzuatın bu iş için görevlendirdiği makam tarafından yapılabilmesi yetenek ve gücüne "yetki" denilir⁴. Bu güç ve yeteneği düzenleyen kurallar ise yetki kurallarıdır⁵.

Bu tanımlardan ulaşılan ilk sonuç, yetkinin kişiye değil göreve bağlı olduğu, yani kamu hizmetini ifa eden kişiye değil, makama verildiğidir. İkinci sonuç ise; kamu görevlisi için yetkinin bir hak değil, yükümlülük olduğudur.

Ehliyet ve yetki kavramları arasındaki ilişkiden yola çıkan Onar, yetki kavramını; medeni hukukun ehliyet unsurunu idare hukuku bakımından tamamlayan bir kavram olarak kabul etmektedir⁶.

İdare, hukuk denilen ve uygulaması zorunlu olan kurallar içinde yürütülmesi gereken bir faaliyet olduğuna göre, kamu kuruluşlarının belirli

² Meydan Larousse Ansiklopedisi, c.12, İstanbul 1980, s.796; " yetki (selahiyet) ; kanundan veya akitten doğan hukuki bir iktidar olup, bu iktidarı ihraz eden kimsenin başkalarına ait hakları kullanabilmesidir. DİBK.,E.85/4, K.85/5, KT., 2.7.1985, DD., sy. 62-63, s. 117.

³ YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.87; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 401; GÖZÜBÜYÜK Şeref - AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Hukuku, 5. Bası, Ankara 1992, s. 330.

⁴ LAUBADERE Andre de, Traité Élémentaire de Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 4. Baskı, Paris 1963, s. 234. Nakleden GERDANERİ Halis, İl Genel Yönetimi ve İçişleri Bakanlığı Merkez Örgütünde Yetki Devri, T.C. İçişleri Bakanlığı - İç Düzen Yayınları:11, Ankara 1972, s.1.

⁵ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 101.

⁶ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c.1, İstanbul 1966, s. 300.

bazı davranışlarda bulunabilmeleri için kanunla yetkili kılınmış olmaları hukuk devleti anlayışının bir unsuru olan "idarenin kanuniliği ilkesi"nin de bir gereğidir⁷. İşte yetki kavramı, bu yönüyle, idari işlemin asli kurucu unsuru olarak ön plana çıkmaktadır⁸.

İdari makamların görevli oldukları alanda, idari tasarrufta bulunabilme yetenek ve güçleri, normlar hiyerarşisi içinde öncelikle anayasada, ardından da diğer normlarda düzenlenmiştir⁹. Bu durumun yanısıra, yetki ile ilgili bazı yargı içtihatları da geliştirilmiştir. Buna en güzel örnek "yetkide paralellik" ilkesidir. Yetkide paralellik ilkesi yargı kararlarında usulde paralellik ilkesi olarak tanımlanmakla birlikte, bu tanım içeriğinde şekil, usul ve yetkide paralellik kavramlarını da barındıracak şekilde kullanılmaktadır¹⁰. Bu ilke ile, idari işlemin oluşmasında uygulanan usul ve esasların, aynı işlemin geri alınmasında ve kaldırılmasında uygulanması gerektiği¹¹, kanunda aksine düzenleme olmadığı sürece idari işlemin ancak onu yapan makam tarafından geri alınabileceği ya da kaldırılabilirliği yargı içtihadı ile kural haline getirilmiştir¹².

Ancak, denilebilir ki, idare hukukunda kural olan; tüm idari işlemlerde, işlemi yapan makamın bir hukuk kuralına dayanıyor olmasıdır. Bu anlamda idarenin işlem yapabilmek için kanuni bir yetkiye ihtiyaç duymasına "kanuni dayanak ilkesi" adı verilmektedir¹³.

Yetkilerin kanunla düzenlenmesini öngören kanuni dayanak ilkesine göre bile, idarenin gereksinim duyduğu yetkinin normda açıkça belirtilmesi şart değildir. Söz konusu yetki, kanunda üstü kapalı olarak da ifade edilmiş

⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Kamu Yönetimi ve Hukuk, Tahsin Bekir Balta Armağanı, Ankara 1974, s.302; DUGUIT Leon, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyb Derbil, Ankara 1954, s. 141.

⁸ ERKUT Celal, İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İHİD, y. 9, sy. 1-3, Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, 1988, s. 74; ÖZAY, s. 386.

⁹ KARATEPE Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1995, s. 44.

¹⁰ "... bir işlemin yapılmasında uyulan usule, aksine bir hüküm bulunmayan hallerde, o işlemin ortadan kaldırılmasında da uyulması gerektiğini belirten idare hukuku ilkesine göre,... bir belediyenin kaldırılması yolundaki işlemin... müşterek kararname çıkarılmaksızın anılan daire kararı üzerine tesis edilmesi nedeniyle iptaline..." DDDK., E. 74/83, K. 74/761, KT.,6. 12. 1974, DDDK kararları birinci kitap (1965-1978), s. 85.

¹¹ D5D., E. 85/21, K. 85/1229, KT., 9.5.1985, DD., sy. 60-61, s. 231; D5D., E. 86/1688, K. 87/547, KT.,6.4.1987, DD., sy. 68-69, s. 387; D4D., E. 70/5419, K.71/7762,KT., 29.11.1971, DD.,sy. 6-7, s.175 177.

¹² D5D., E. 90/62, K. 90/982, KT., 14.5.1990, DD., sy.81, s. 159; D10D., E. 95/1621, K. 96/8107, KT.,10.12.1996, DD., sy. 93, s. 504; D5D., E. 96/795, K. 96/3565, KT., 21.11.1996, DD., sy. 93, s.262; D5D., E. 94/3722, K. 96/3278, KT., 31.10.1996, DD., sy. 93, s. 275.

¹³ ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme, İstanbul 1985, s. 127.

olabilir. Bu durumda yetkinin varlığının tespiti için aranacak şart, yetki kuralını düzenleyen normda, yetkinin yeter derecede belirmiş olmasıdır¹⁴.

B. Yetki Kurallarının Niteliği

Yetki, idari işlemin en önemli ve birinci unsurudur¹⁵. İdari işlemi yapacak olan makam, yetki kurallarına sıkı şekilde uymak zorundadır. Şüphesiz ki, toplumsal hayata idarenin müdahalesinin aracı olan idari işlemlerin, yetki unsuru kamu düzeni ile ilgilidir. Kamu düzeni kavramı güvenliğin ve sağlığın korunmasını, kamu dirliği ve dinginliğinin yani "iyi düzen" in sağlanmasını ve toplum halinde yaşayışa darbe vuran olumsuz etkenlerin, düzen bozukluklarının giderilmesini ifade eder¹⁶.

Yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle, uyumsuzluğun her aşamasında yetkisizlik iddiasında bulunulabilmesi, bu iddia taraflarca ileri sürülme bile, yetkisizlik incelemesinin yargı yerince re'sen yapılabilmesi mümkündür¹⁷.

Danıştay da, kamu hukuku kurallarına göre yetkinin kamu düzeni sorunu olduğunu¹⁸ ve temyiz dilekçesinde ileri sürülmemesi halinde bile, yargı yerince, yargılamanın her aşamasında konunun kendiliğinden dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁹.

Ayrıca, idare hukukunda kamu görevlilerine tanınan yetki, özel hukuktaki gibi mutlak bir hak niteliğinde olmayıp, tamamen objektif niteliklidir. Bu bakımdan devlet yetkisinin hiçbir tür lüsünün aslen kazanılması mümkün değildir²⁰.

¹⁴ BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1968-1970, s. 80.

¹⁵ ERKUT, s. 74; ÖZAY, s. 386.

¹⁶ Bu konuda bkz. KABOĞLU İbrahim, Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s. 134-135; YAYLA, s.55.56.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref - DİNÇER Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1996, s. 56; KARATEPE, s. 44; Mahkemelerin önlerine gelen uyumsuzluklarda sözkonusu edilen idari işlemleri önce şekli, sonra da maddi bakımdan ele alarak inceledikleri ve yetki unsurunun incelenmesinin de şekli inceleme kapsamından olduğu söylenebilirse de, aslında yetki unsurunun, idari işlemin asli - kurucu unsuru olması nedeniyle şekli ya da maddi ayrımı yapılmaksızın ilk incelemesi gereken en önemli unsur olduğu kabul edilmelidir. Bu durum, idare hukukunun bir statüler ve yetkiler hukuku olmasının da sonucudur. Bu konuda bkz. GİRİTLİ İsmet-BİLGİN Pertev, İdari Kaza, İstanbul 1966, s. 91.

¹⁸ "... kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzeni sorunudur..." D6D., E. 76/5366, K. 77/1112, KT., 8.3.1977, DD., sy. 28-29, s. 406.

¹⁹ "... idari yetki kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz dilekçesinde ileri sürülme de yargı yerinde her aşamada kendiliğinden gözönüne alınır..." D5D., E. 85/1985, K. 85/1229, KT., 9.5.1985, DD., sy. 60-61, s. 230.

²⁰ ÖZAY, s. 386; KARATEPE, s. 45.

C. Yetkinin Çeşitli Görünümleri

Bir idari işlemin yapılmasında hangi idari makam ya da organın yetkili olduğu meselesinde, karşımıza kişi, konu, yer ve zaman unsurları yönünden yetki kavramı çıkacaktır.

1. Kişi Yönünden Yetki

Kişi yönünden yetki kavramı; idari faaliyetin yapılabilmesi için hangi idari makam ya da organın irade açıklamaya yetkili olduğunu ifade etmektedir²¹. Devletin fonksiyonları, teşkilat içindeki çeşitli organları arasında taksim edilmiştir. Bu anlamda her idare, ancak bu taksimat sonucu yetkilendirildiği konularda işlem yapabilir²².

İdari işlemde, hukuki sonuca yönelik olarak yapılan açıklamanın, öncelikle medeni hukuktaki anlamıyla ehliyetli bir kişi tarafından beyan edilmiş olması gereklidir²³. Meselenin ikinci ve aslında daha önemli olan kısmı ise idari işlemin, idare adına irade açıklamaya yetkili olan idari makamlarca yapılmış olmasıdır. Devletin fonksiyonları ile ilgisi olmayan bir irade açıklamasından, devlete atfedilecek bir hukuki işlem zaten meydana gelmez. Diğer taraftan, idari teşkilatlanma içinde hangi makamların idare adına irade açıklamasında bulunmaya yetkili olduğu kanunlarda gösterilmiştir. Yetki, amir makamlara, teşkilat ve hizmetteki vazife ve sorumluluklarına göre verilmiştir²⁴.

2. Konu Yönünden Yetki

Kanunlar her idari kuruluşun yetkisi içine giren konuları, başka bir deyişle görevlerini belirlemiştir²⁵. Konu yönünden yetki kavramı, belli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlarca alınacağını ifade eder²⁶. İdareye tanınan yetkilerin kapsamlarının belirlenmesi, hukuk devleti ilkesinin gereğidir²⁷. Kanunda, bir idari makamın yetkisine giren konuların tartışmaya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi, "açık yetki" halidir. Bu sebeple açık yetki halinde, yetkinin konusunun belirlenmesi oldukça basittir.

²¹ GÜNDAY, s. 102.

²² ONAR, s. 301.

²³ ZEVKLİLER Aydın, Medeni Hukuk, Ankara 1989, s. 219; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 184.

²⁴ EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1985, s. 70.

²⁵ TANDOĞAN Sabri, Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 67.

²⁶ GÜNDAY, s. 103.

²⁷ de SIMITH - WOLF - JOWELL, Judicial Review of Administrative Action, London 1995, s. 250.

Üstü kapalı yetki²⁸, "mündemiç yetki"²⁹ kavramları ile de ifade olunan, ancak günümüzde "saklı yetki"³⁰ olarak kullanılan kavram, yetkilerin hangi konularda kullanılacağına açıkça belirtilmediği, yetki kuralının yorumlanmasının gerekli olduğu durumları ifade eder³¹. Gerçekten de idari işlemi yapan idarenin o konuda yetkili olup olmadığına ortaya konması, her zaman açık yetki halinde olduğu kadar kolay olmayabilir³². Bu durumda yetki kavramının yorumlanmasına, açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç vardır

Saklı yetki kavramının, kamu hizmetlerinin iyi işlemesine yönelik bir kavram olduğu söylenebilir. Çünkü, idarenin yapacağı faaliyetlerin içeriğine ilişkin ayrıntıların hepsinin kanunlarda düzenlenmesi imkansızdır ve mevcut genel düzenlemelerde yer alan açık yetkilerle işlem yapılması, kamu hizmetlerini sekteye uğratacaktır.

3. Yer Yönünden Yetki

Yer yönünden yetki deyimi ile, idari makamların konu itibarıyla sahip oldukları yetkileri kullanabilecekleri coğrafi alan anlatılır³³. Bazı kamu makamlarının idari karar alabilme yetkileri ülke çapında geçerlidir. Öte yandan, bazı idari makamların yetkileri ise belli bir coğrafi alanı kapsar³⁴. Örneğin merkezi idarenin başkent teşkilatını oluşturan idari makamların yetkileri ülke çapındadır. Buna karşılık bir valinin yetki alanı, valisi bulunduğu ilin coğrafi sınırları ile sınırlıdır. Her makam veya görevlinin, haklarında yetkisini kullanabileceği kişi, olay, durum ve eşyanın bulunduğu veya geçtiği yer, yöre ve bölge gibi bir "çevre"si vardır. İşte bu çevre, yetkinin yer itibarıyla sınırlarını teşkil eder³⁵. Yetki kavramının yer itibarıyla dağılımı, önceden belirlenmiş olan sınırlar gibi, fiziksel öğelere dayandığından; bu konuda hukuka aykırılık olması zordur. Başka bir ifade ile bu konuda hukuka aykırılığın saptanması ve çözümü oldukça basittir.

4. Zaman Yönünden Yetki

Zaman yönünden yetki kavramı, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süreyi ifade eder³⁶. Bir idari makamı

²⁸ BALTA, s. 80.

²⁹ GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 140.

³⁰ AKILLIOĞLU Tekin, Saklı Yetki Kavramı, AİD., c. 11, sy. 3, Eylül 1978, s. 73.

³¹ AKILLIOĞLU, s. 73.

³² YAYLA, s. 90.

³³ GÜNDAY, s. 104.

³⁴ YAYLA, s. 88.

³⁵ DURAN, s. 405.

³⁶ GÜNDAY, s. 104.

işgal eden kişinin, idare adına işlem yapma yetkisi, kişinin görevli olduğu süre için geçerlidir. Bundan anlaşılması gereken, kişilerin idari makama gelmeden önce ya da o makamdan ayrıldıktan sonra, o makama ait yetkileri kullanmalarının mümkün olmadığıdır³⁷. Ancak, bu kuralın çok sıkı bir şekilde uygulanması, idari faaliyetin aksamasına ve idareye karşı güvenin sarsılmasına yol açabilir. Örneğin, henüz yerine başkası atanmayan kamu görevlisinin, yeni görevli atanıncaya değin işini yürütmesi, idari faaliyetin aksamaması için son derece önemlidir. Devlet Memurları Kanununun 94'üncü maddesi de istifa eden memurun, yerine atanan kimsenin gelmesine kadar, görevine devam etmesini öngörmektedir. Burada idare adına irade kullanma imkanı, sözkonusu kişilere zorunluluk gereği ve istisnai olarak tanınmıştır. Bu nedenle, bu durumdaki kamu görevlisinin sadece idarenin devamlılığı gereği gündelik işlerle ilgili olarak karar alması, uzun vadeli işlemlerden kaçınması yerinde olur³⁸.

II. YETKİ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIK

Her idari işlem; ister hak ya da imkan yaratsın, ister yasak, sınırlama veya düzenleme getirsin, mutlaka kişileri, nesnelere, kamusal para ve malları, eşitlik ilkesi gibi bazı ilkeleri ya da temel hak ve hürriyetleri doğrudan ilgilendirir. İşte son derece önemli olan bu kamu gücünün herkes tarafından değil de sadece hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve sınırlanmış makamlar tarafından kullanılabilmesi yeteneğine "yetki" denir³⁹. Yetki bir idari işlemin en önemli unsuru kabul edildiğinden bu unsur kamu düzeni ile doğrudan ilişkili kabul edilmekte, yargı yerleri önünde görülmekte olan bir uyuşmazlığın her aşamasında tarafların talebi üzerine ya da re'sen araştırma ilkesine göre doğrudan doğruya yargı yeri tarafından ele alınabilmekte ve yetki yönünden hukuka aykırılığın saptanması halinde durum sonradan düzeltilebilir nitelikte görülmeyerek iptal ve hatta bazen de yokluk yaptırımı ile karşılaşmaktadır⁴⁰.

A. Yok Hükmünde Olanlar

1. Genel Olarak Yokluk Yaptırımı

Yokluk kavramı ilk olarak medeni hukuk sahasında, ilk kez evlenme akdi dolayısıyla ileri sürülerek mutlak ve nisbi butlanın yanında ve onlardan

³⁷ KARATEPE, s. 251.

³⁸ YAYLA, s. 65; DURAN, s. 405; GÖZÜBÜYÜK - DİNÇER, s. 59.

³⁹ YAYLA, s. 87.

⁴⁰ OSTEN Necmi, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1968, s. 43; ÖZAY, s. 387.

daha ağır bir yaptırım olarak ortaya çıkmıştır⁴¹. İdare hukukunda ise çok önemli hukuki sakatlıkların, işlemin sadece geçerliliğini değil, bizatihi işlemin kendisini tümüyle ortadan kaldıracak nitelikte olduğu fikrinden hareketle ve medeni hukuktan etkilenecek kullanılmaya başlanmıştır⁴². Ancak idare hukuku ve özel hukuk alanındaki yokluk halleri, birbiriyle eşanlı sayılamaz. Aralarında yapısal bir farklılık mevcuttur. Yokluk teorisi, özel hukukta, "sözleşmenin oluşumu aşamasında", idare hukukunda ise "işlemin hukuka uygunluğu dolayısıyla" ele alınmaktadır⁴³. Öte yandan yokluk haliyle, idare hukukunda çok daha fazla karşılaşılmaktadır. Yokluk halinin tesbiti durumunda ise bu halin idare hukukundaki hüküm ve sonuçları, medeni hukuktakilere nazaran daha önemlidir. Medeni hukukta, tasarruf yok olunca hukuk aleminde bir etkisi görülmez. Oysa, idarenin üçüncü kişilere karşı yaptığı bir tasarruf, idare hukuku bakımından yok olsa dahi fiili bir takım sonuçlar ortaya çıkarmış olabilir. Yok hükmünde olan bu tasarruftan kaynaklanan bu fiili durum, ayrıca incelenmesi gereken bir mesele teşkil eder. Böyle bir tasarruf, idareye mal edilecek hiçbir hukuki veya fiili durum yaratmaz. İdari yargı mercii, sadece durumu tesbit ile yetinir. Bununla birlikte, böyle yok hükmündeki bir tasarruf sonucunda tasarrufu yapanların şahsına maledilebilecek ve medeni hukuk hükümlerine göre haksız fiil teşkil edebilecek durumlar adli yargı mercilerinin görev alanına girmektedir⁴⁴.

İdari işlemlerdeki sakatlıklar, idarenin hukuka uygun hareket etmemesinden ya da o işlemi yaparken iradesinde meydana gelen bozukluklardan kaynaklanabilir. Ancak her türlü bozukluk, idari işlemi aynı derecede etkilemez. Zira bu sakatlıkların bir kısmı idari işlemin geçerliliğini etkilemezken, diğer bir kısmı, işlemin iptalini gerektirebilir. Bunlar, iptal edilinceye kadar geçerli işlemlerdir⁴⁵. Buna karşın, idari işlemin kurucu unsurlarındaki ağır ve bariz sakatlıklar, işlemin iptal edilinceye kadar yürürlüğünü sürdürmesi sakıncası karşısında iptali değil, hukuki sonuçları daha ağır olan yokluk yaptırımını gerektirirler⁴⁶.

⁴¹ SARICA, İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, Ebul'üla Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s. 1191.

⁴² SAN Coşkun, İdari Tasarruflarda Yokluk ve Butlan, TİD., y. 38, sy. 308, Eylül - Ekim 1967, s. 29.

⁴³ ERKUT, s. 70.

⁴⁴ ONAR, s. 329.

⁴⁵ ÖZGEN Eralp, İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar, AÜHFĐ., c.17, sy. 1-4, 1960, s.271. Bu durum kanunilik karinesinin de doğal bir sonucudur. Bu konuda bkz. ÖZAY, s. 308.

⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, 10. Bası, Ankara 1996, s. 132.

2. Yokluk Yaptırımını Gerektiren Yetki Sakatlıkları

a. Kişi Yönünden Yetkisizlik-Yetki Gasbı

İdari işlemdeki yetkisizlik hallerinden biri kişi yönünden yetkisizlik ya da doktrindeki diğer adıyla yetki gasbıdır.

Yetki konusunda, yetkiyi kullanan kişi ya da makamın kim olduğu, idarenin görev alanı içine giren bir konuda hangi kamu görevlisi ya da idari makamın irade açıklamaya ve dolayısıyla işlem tesis etmeye yetkili olduğunun saptanması meselesinde önem arz etmektedir⁴⁷. Zira idare adına irade açıklamasında bulunma, idare adına karar alma yetkisi olmayan bir görevlinin işlemleri, kişi yönünden yetkisizlik durumunu başka bir deyişle "yetki gasbı"nı oluşturur⁴⁸.

Kişi yönünden yetkisizlikte, öncelikle deyinilmesi gereken husus, idari işlemi yapan kamu görevlisinin medeni hukuk bakımından ehliyetli bir kimse olup olmadığıdır. Gerçekten de idare namına irade açıklamasında bulunan kişi, işlemi yaptığı sırada herhangi bir ehliyetsizlik nedeniyle, medeni hukuktaki anlamıyla ehliyetinden yoksunsa, ortada bir irade ve dolayısıyla idari karar yoktur⁴⁹.

Meselenin daha önemli kısmı ise, idare adına irade açıklamasına ve karar vermeye yetkili olmayan bir kimsenin yaptığı tasarrufların, idareye izafe edilecek hukuki bir durum meydana getirmemesidir.

Danıştay bir özel hukuk tüzel kişinin yönetim kurulunun, özel kişilere ait taşınmaz üzerinde yaptığı kamulaştırma işlemini kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırı bulmuş ve bu durumun bir yetki gasbı olduğunu ifade etmiştir⁵⁰. Bu karardan da anlaşılacağı gibi, yetki gasbı halinde, yönetim adına irade açıklamasında bulunan kişi ya da makamın idari teşkilat içinde yer alması şart değildir. İdarenin tamamen dışında olan bir kişinin, idare adına karar alması hali de yetki gasbına neden olur.

Asıl mesele, idare adına irade açıklayan kişi ya da makamın yine idari teşkilat içinde olmakla beraber, irade açıklamaya yetkili olmaması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda karar, idari rejimin gereği olarak yürütülmesi zorunlu ve bireyin durumunu etkileyici bir hal aldığı için, huku-

⁴⁷ GÜNDAY, s. 102.

⁴⁸ CRAIG PP., Administrative Law, London 1994, s. 656.

⁴⁹ ONAR, s. 301.

⁵⁰ D6D., E. 66/2621, K. 68/524, KT., 21.2.1968, Danıştay Altıncı Daire Kararları 1. Kitap, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1979, s. 222; bu konuda bkz. D8D., E. 66/131, K. 67/589, KT., 18.2.1967, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Ankara 1974, s. 49.

ki durumu etkilenen kişinin mutlaka yargı yerine müracaatı gerekir. İdari yargı yerleri önüne yetki gasbıyla ilgili olarak gelen davaların çoğu bu gibi durumlarla ilgilidir. Seçim kurullarının görevi içine giren bir konuda başka bir idare tarafından karar verilmesi⁵¹ ya da bir memurun görevden uzaklaştırma yetkisi bulunmayan soruşturma ve denetim elemanlarınca görevden uzaklaştırılması⁵², yukarıda bahsini ettiğimiz kişi yönünden yetkisizlik hali olarak Danıştay kararlarında yerini almıştır.

Kısacası idari işlemi yapan kişi, idari teşkilat içinden biri olmalıdır. Buradan çıkacak sonuç, idareye yabancı olan bir kişinin yaptığı işlemin ya da idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan bir şahsın aldığı kararın, bir idari işlem niteliği taşımayacağıdır. Bu durumda, bu türlü bir yetkisizliğin sözkonusu olduğu idari işlemler yoklukla malul sayılır⁵³.

Danıştay da yukarıda söz ettiğimiz kararında, "...bir hükmi şahıs olan davacı şirketin idare meclisinin özel kişilere ait taşınmaz malın kamulaştırılmasına karar veremeyeceği, idareye ait yetki gasp edilerek verilen bu kararın yok hükmünde olduğu...gerekçesiyle (davanın) reddine ..."54 karar vererek, kişi yönünden yetkisizlik anlamına gelen yetki gasbı halinin yoklukla malul olduğunu belirtmiş ve yok hükmündeki işlem aleyhine açılan davayı reddetmiştir. Bu konuda yargı merciileriyle doktrin arasında fikir birliği vardır.

b. Fonksiyon (Görev) Gasbı

Devletin üç ana fonksiyonunu ifa ile ayrı ayrı görevlendirilmiş bulunan organ ya da makamların, birbirlerinin fonksiyonlarına müdahale etmeleri halinde fonksiyon gasbından bahsedilir⁵⁵. Bir kısım yazarlarca⁵⁶ "fonksiyon gasbı" olarak nitelendirilen bu kavramla ilgili olarak bir kısım yazarlar⁵⁷ ise "görev gasbı" terimini kullanmayı tercih etmektedirler.

Yukarıda genel olarak tanımladığımız fonksiyon gasbının çalışmamızı ilgilendiren tarafı; idarenin genel olarak görevli olmadığı, bir başka devlet organının görev alanı içine giren konularda, işlem tesis etmesi nedeniyle

⁵¹ D8D., E. 85/157, K. 85/575, KT., 6.6.1985, DD., sy. 60-61, s. 365.

⁵² D5D., E. 94/286, K. 97/966, KT., 5.5.1997, DD., sy. 94, s. 339.

⁵³ TANDOĞAN, s. 65.

⁵⁴ D6D., E. 66/2621, K. 68/524, KT., 21.2.1968, Danıştay Altıncı Daire Kararları, I. Kitap, s. 222.

⁵⁵ SARICA, Yokluk ve Bultan, s.1228.

⁵⁶ TANDOĞAN, s. 71; SARICA, Yokluk ve Bultan, s. 1228; ONAR, s. 301; ÖZGEN, s. 106.

⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 64; Günday iki terimi bir arada kullanmaktadır. bkz. GÜNDAY, s. 106.

oluşan yetki sakatlıklarıdır⁵⁸. Bu hallerde, idare tarafından alınan karar, idare fonksiyonunun tamamen dışında kalmaktadır. Açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, fonksiyon gasbı, idarenin yargı yerlerinin ya da yasama organının yetki alanına giren bir konuda işlem yapması halinde gündeme gelecektir. İdare tarafından alınan bu gibi kararları yok saymak gereklidir⁵⁹.

Danıştay'a göre ruhsatsız işletilen kum ocağına İl Daimi Encümeni'nce verilen para cezasını, adli yargı mercileri vermesi gerekirken idare vermiş olduğu için fonksiyon gasbı vardır. Burada idarenin yargı organının görev alanına giren konuda işlem yapması nedeniyle oluşan fonksiyon gasbı sebebiyle, işlem yok hükmündedir⁶⁰.

Kanun konusu olan bir alanın yönetmelikle düzenlenmesinde idarenin yasama organının görev alanına giren bir konuda işlem yapması anlamına gelmektedir. Konuyla ilgili bir kararında Danıştay, "...kamu çalışanlarının sendikal haklarının belirlenmesi yetkisinin idareye bırakılması düşünülemez. açıklanan nedenlerle, davalı idarenin memurların sendika kurmaları ve sendikal faaliyette bulunmalarının mümkün olmadığı yolundaki dava konusu genelgesinin yetki yönünden..."⁶¹ hukuka aykırılığına karar vermiştir.

c. Ağır ve Bariz Yetki Tecavüzü

Ağır ve bariz yetki tecavüzü halinde idari bir makam ya da organ tarafından yapılan işlem, idarenin kendi fonksiyonu, kendi yetkisi içinde bulunmakla beraber idari teşkilatlanma içinde yürürlükte olan işbölümü esaslarına tamamen aykırı bir şekilde yapılmıştır. Konuyu daha açacak olursak; ağır ve bariz yetki tecavüzünde, kimin yetki alanına girdiği herkesçe bilinen ya da bilindiği kabul edilen bir yetkinin, kendisi de bu konuyu bilmekle yükümlü olan bir başka idare tarafından kullanılması durumudur⁶².

Ağır ve bariz yetki tecavüzünü, yetki tecavüzü ile de karıştırmamak gerekir. Ağır ve bariz yetki tecavüzünde hiyerarşik işbölümü kurallarına vurulan ağır bir darbe söz konusudur. Oysa yetki tecavüzü kavramı, yetki gasbı, fonksiyon gasbı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü halleri dışında, idari işlemde yetki yönünden gündeme gelebilecek her türlü bozukluk, sakatlık ve noksanlık için kullanılmaktadır. Bu konudaki en güzel örneğe bir bakanlı-

⁵⁸ GÜNDAY, s. 106.

⁵⁹ TANDOĞAN, s. 72.

⁶⁰ D8D., E. 61/3749, K. 65/2265, KT., 2.6.1965, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, s. 447.

Bu konuda bkz.D6D., E. 90/666, K. 91/2552, KT., 20.11.1991, DD., sy. 84-85, s. 400;

D8D., E. 66/229, K. 66/2421, KT., 13.9.1966, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, s. 84.

⁶¹ D10D., E. 91/1262, K. 92/391, KT., 10.11.1992, DD., sy. 87, s. 528.

⁶² SARICA Ragıp, İdari Kaza, c.1, İstanbul 1949, s. 59.

ğın, başka bir bakanlığın yetki alanına giren konulara ilişkin işlem yapmasıdır. Danıştay bu durumu ağır ve bariz yetki tecavüzü olarak değerlendirmektedir⁶³.

Aslında, yargı içtihatlarına baktığımızda Danıştay'ın ağır ve bariz yetki tecavüzü hallerinin tespitinde zorlandığı görülecektir. Danıştay özellikle bir bakanlığın diğer bir bakanlığın yetki alanına giren konularda yaptığı işlemleri, yok hükmünde kabul edip, bu işlemler aleyhine açılan davaları ortada idareye izafe edilebilecek bir işlem olmadığı gerekçesiyle sözkonusu davayı reddetmeyi tercih etmiştir. Sözkonusu kararlarda saptanan sakatlık halinin nitelendirilmesinde Danıştay, "ağır ve bariz yetki tecavüzü" kavramını kullanmaktan kaçınmıştır⁶⁴.

B. İptale Tabi Olanlar

1. İptal - Butlan

Butlan, hem özel hukukta hem de kamu hukukunda "koruyucu" rol oynayan bir yaptırımdır. Ancak idari yargıda koruyuculuk niteliği, kişiler için olmaktan çok, hukuk düzeni içindir⁶⁵. Bir idari işlemin butlanla malul bulunduğu hallerde işlem hukuken doğmuş, dünyaya gelmiş, hayata geçmiştir. Ortada idareye izafe edilen ve idare ile ilgili bir işlem mevcuttur. Ancak işlem unsurlarından herhangi birindeki sakatlık nedeniyle hukuka aykırıdır⁶⁶. İdare hukukunda "butlan", "iptal davası" manasına gelmektedir. Butlan, idari bir tasarruftan; meşru, kişisel ve aktüel bir menfaati zarar gören ilgiliye bu idari tasarrufu yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden mevzuata aykırılığı nedeniyle, idari mahkemede iptal ettirme hakkı veren bir sakatlıktır⁶⁷.

Butlan halinin tespiti durumunda, verilen iptal kararı idari işlemin yapıldığı ilk tarihe kadar geriye yürür. Yani işlemdeki sakatlığın saptanmasının yaptırımı olan iptal kararı ile işlem, sakatlığın ortaya çıktığı andan itibaren ortadan kalkmış olur⁶⁸. İptal edilen işlemin genel nitelikte bir işlem olması halinde, iptal kararı davada taraf olmayan ama işlemle ilgisi bulunan üçüncü kişileri de etkiler⁶⁹. Bu ilke, Danıştayca düzenli olarak uygulanmaktadır⁷⁰.

⁶³ SARICA, s. 60; ARTUKMAÇ, Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, s. 378.

⁶⁴ DID., E. 38/214, K. 38/244, KT., 16.1.1938, DKD., sy. 8, s. 70; D6D., E.46/665, K. 47/329, KT., 13.2.1967, DKD., sy. 35, s. 142.

⁶⁵ ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.2.

⁶⁶ EROĞLU, s. 80.

⁶⁷ SAN, s. 42; İdari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarındaki sakatlıklar nedeniyle iptale tabi olabilecekleri İYUK'un 2. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁸ ULER, s. 16.

⁶⁹ ULER, s. 44; D6D., E. 76/2451, K. 77/5879, KT., 10.11.1977, DD., sy. 30-31, s.241.

2. Yetki Tecavüzü

Kişi yönünden yetkisizlik yani yetki gasbı, fonksiyon gasbı, ağır ve bariz yetki tecavüzü hallerinin dışında kalan ve yetki unsurundaki sakatlıklara ilişkin hususlar "yetki tecavüzü" veya "yetkisizlik" halini oluştururlar⁷¹.

Yetki tecavüzü (yetkisizlik) nedeni ile hukuka aykırı olan bir işlem, yok hükmünde sayılmaz. Böyle bir işlem hukuk aleminde doğmuştur ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Böyle bir işlemin, hukuka aykırılığı nedeniyle ancak iptali istenebilir⁷². İdari bir işlemin, yetki tecavüzü nedeniyle hukuka aykırı olması demek, esas itibarıyla idare adına irade açıklama ve icrai işlem yapma yetkisine sahip olan idari bir makamın başka bir idari makamın yetkisine giren alanda bir işlem yapması, bir karar alması demektir⁷³.

Yetki yönünden hukuka aykırılık hali geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu kavram içinde "yer yönünden yetkisizlik", "zaman yönünden yetkisizlik" ve "konu yönünden yetkisizlik" halleri girer.

a. Yer Yönünden Yetkisizlik

İdare makamları ve görevlilerinin karar almaya yetkili olduğu konular gibi; bu makam ve görevlilerin yetkilerini kullanacakları coğrafi alan da mevzuatla belirli ve sınırlıdır⁷⁴. Yani yer yönünden yetki, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri coğrafi alanı ifade eder⁷⁵. Yetkinin idarenin kendisine tanınmış olan coğrafya alanı dışında kullanılması ise, yer yönünden yetkisizlik durumunu doğurur⁷⁶.

Yer yönünden yetkisizlikle ilgili olarak idari yargı yerleri önüne gelen dava sayısı oldukça azdır. Bu konudaki yetkisizlik hallerine daha çok kamulaştırmayla ilgili davalarda rastlanılmaktadır⁷⁷.

??

⁷⁰ "Danıştayca verilen iptal kararlarının makale şamil olarak işlemin tesis edildiği tarihten geçerli(olarak) hüküm ifade edeceği idarece iptal kararına uygun işlem tesis edilmesi zorunluluğu idare hukukunun ilkelerindedir." D5D., E. 73/12819, K. 76/1014, KT., 8.3.1976, AİD., c. 9, sy. 3, s. 118.

⁷¹ ARTUKMAÇ, s. 378.

⁷² GÜNDAY, s. 107.

⁷³ SARICA, Yokluk ve Butlan, s. 1273.

⁷⁴ DURAN, s. 404.

⁷⁵ GÜNDAY, s. 104.

⁷⁶ YAYLA Yıldızhan, Yer İtibarıyla Yetki ve Yokluk, Karar İncelemesi, Hukuk Araştırmaları, M.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, c. 1, sy. 2, Mayıs-Ağustos 1986, s. 55.

⁷⁷ Danıştay belediye sınırları dışında bulunan bir taşınmaz malın belediyece kamulaştırılması işlemini yetki yönünden iptal etmiştir. D6D., E. 47/2324, K. 48/1395, KT., 8.6.1948,

Danıştay bir kararında Bursa Eczacılar Odasına bağlı bulunan Kütahya İlinin Tavşanlı İlçesindeki eczanenin sahibi hakkında İstanbul Eczacılar Odası Haysiyet Divanınca soruşturma yapıp, karar verilmesini hukuka aykırı bulmuş ve sözkonusu işlemi iptal etmiştir⁷⁸. Bir başka kararında da; "bu durumda Ordu ili emniyet müdürlüğü kadrosunda görevli olan polis memuru hakkında... disiplin cezası vermeye yetkili disiplin kurulu Ordu İl Polis Disiplin Kurulu olmakta, Adana İl Polis Disiplin Kurulunca... verilen disiplin cezası yetki yönünden hukuka aykırı bulunmaktadır"diyerek disiplin kurulu kararının iptaline karar vermiştir⁷⁹.

b. Zaman Yönünden Yetkisizlik

İdari makamların yetkileri, zaman bakımından sınırlamaya konu olmaktadır. Zaman bakımından yetkisizlik, hizmeti ve faaliyeti yerine getiren makamın ya da kamu görevlisinin, yetkiyi kazanmadan önce ve kaybetmiş olması halinde ileri sürülebilir. Belediye başkanı seçilen kişinin, seçim kurulundan seçildiğine dair belgeyi almadan işlem yapmasında ya da belediye başkanlığını kaybeden kişinin bundan sonra belediye adına işlemde bulunmasında durum böyledir⁸⁰.

aa. Yetkinin Kazanılması ve Kaybedilmesi

Burada dikkate alınması gereken husus, kamu görevlisinin göreve başlaması ve her ne şekilde olursa olsun görevden ayrılması ile ilgilidir. Kamu görevlisinin idari kararlar alabilmesi için gerekli koşullar, atama işleminin tamamlanmış olması ve göreve başlanmış olmasıdır. Bu iki şartın birlikte gerçekleşmediği hallerde, kamu görevlisi tarafından yapılan işlem "zaman yönünden yetkisizlik" nedeniyle hukuka aykırı olur⁸¹. Bu gibi durumlarda yetkililerin göreve tayin veya seçim işlemlerinin usulüne uygun şekilde tamamlanmış olması yeterlidir, ayrıca tebliğ ya da yayını şartı aranmaz⁸².

??

DKD., sy. 40, s. 190; D6D., E. 67/1608, K. 70/1092 ; D6D., E.76/1272, K. 78/1047, DBM.

⁷⁸ D8D., E. 64/5791, K. 65/2174, KT., 24.5.1965, Danıştay Sekizinci Kararları, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1974, . 209.

⁷⁹ D10D., E. 85/50. K. 85/526, KT., 13.3.1985, DD., sy. 60-61, s. 447; bu yöndeki benzer kararlar için bkz. D12D., E. 66/1536, K. 67/124, KT., 31.1.1967, DKD., sy. 111-114, s. 443; D8D., E. 64/5791, K. 65/2174, KT., 24.5.1965, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, s. 209.

⁸⁰ EROĞLU, s. 70; TANDOĞAN, s. 67.

⁸¹ GÜNDAY, s. 104.

⁸² DURAN, s. 405.

Göreve başlama gibi, görev süresinin bitmesi, makamdan düşürülme, istifa, emeklilik, başka memuriyete nakil gibi görevlilik sıfatının sona ermesi hallerinde, kamu görevlileri ya da idari makamlar artık sözkonusu yetkilerini kullanamazlar. Ancak, kamu faaliyeti ve hizmetlerinin sürekliliği ve idareye güven ilkeleri gereği, bu yasak kesin ve mutlak değildir⁸³. O halde, idare adına işlem yapma yetkisi, görevli olunan süre içinde söz konusudur. Kamu görevlisi, işgal ettiği makama gelmeden ya da bu makamdan ayrıldıktan sonra, o makamın yetkisine giren bir işlemi yapamaz. Bu kuralın, tek istisnası; kamu görevlisinin, yerine henüz başkası atanmadığında eski görevini bir süre daha ve sadece gündelik işlerle ilgili olarak yürütmesi halidir. Bu istisna, yönetimde devamlılık ve güven ilkelerinin bir gereğidir⁸⁴.

bb. Yetkinin Belli Süre İçinde Kullanılması

Kanunlarda, yetkili makam tarafından kullanılacak yetkinin belli bir süre içinde kullanılması öngörülmüş olabilir. Bu tür süreler bazen güvence niteliğinde bazen de idari kararların hızlı alınabilmesi amacıyla yöneliktirler⁸⁵. Sözkonusu süreler güvence niteliğindeki süreler ise, bu sürelerin dolmasından sonra idari karar alma yetkisi sona erer. Örneğin idari vesayet yetkisinin kullanılması için vesayet makamına verilen süre dolduğu takdirde, vesayete konu olan işlem yürürlüğe girmiş sayılır ve artık bu işleme ilişkin karar alınamaz⁸⁶.

Öte yandan, idari kararların gereğinden ve zamanından çok önce alınması da, zaman yönünden yetkisizliğe neden olabilir. Bir yıl sonra hizmet süresi dolacak memurun, şimdiden emekliliğine karar verilmesi halinde durum böyledir⁸⁷.

c. Konu Yönünden Yetkisizlik

Konu yönünden yetki kavramı, belli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlarca alınabileceğini ifade eder⁸⁸. İdare adına işlem yapma yetkisi, önceden belli işbölümü kurallarına göre kullanılır. Her yetkili, her işi

⁸³ DURAN, s. 405.

⁸⁴ YAYLA, s. 89; "idarede devamlılık esas olduğundan, yönetimin aksamaması için yeni müdür üye seçilmesine kadar 2 yıllık görev süresi dolan müdür üyenin göreve devam ettirilmesinde usul ve mevzuata aykırılık yoktur." D12D., E. 73/120, K. 74/205, KT., 29.1.1974, AİD., c. 8, sy.1, s.235.

⁸⁵ GÜNDAY, s.105.

⁸⁶ DURAN, s. 406; ÖZAY, s. 164. Ancak Danıştay farklı görüştedir. Bu konuda bkz. D12D., E. 76/1542, K. 77/213, KT., 25.1.1977, AİD., c. 10, sy. 1, s. 177.

⁸⁷ DURAN, s. 406-407.

⁸⁸ GÜNDAY, s. 103.

yapamaz⁸⁹. Bu işbölümü kurallarının dışına çıkılması, konu yönünden yetkisizlik durumunu oluşturur.

Danıştay kararlarına konu edilen ve iptal sebebi olan konu yönünden yetkisizlik halleri aşağıdaki gibi tasnif edilebilir.

aa. Astın Üst Yerine Karar Alması

Alt kademedeki bir idari makamın daha üst düzeydeki bir idari makamın görevine giren bir konuda karar alması halinde konu yönünden yetkisizlik hali sözkonusu olur⁹⁰.

Danıştay bir kararında⁹¹, bakanlık ve genel müdürlük müfettişlerinin astı olan soruşturma ve denetim elemanlarının görevden uzaklaştırma yetkisine sahip olmadıklarını ve ancak bu konuda görevden uzaklaştırmaya yetkili üstlerine teklifte bulunabileceklerini ifade etmiştir. Bu nedenle de, sözkonusu personelin yaptığı görevden uzaklaştırma işlemini konu yönünden hukuka aykırı bulmuştur.

bb. Üstün Ast Yerine Karar Alması

İdari hiyerarşi gücü çerçevesinde, üst astın yapacağı işler ve alacağı kararlar üzerinde yönlendirme, asta emir verme, astın işlemlerini denetleme ve astın memuriyet durumuna ilişkin işlemler yapma yetkilerine sahiptir⁹².

Ancak sözünü ettiğimiz hiyerarşik yetkiler, hiçbir zaman üstün, astın yetkisi içine giren konularda işlem yapması sonucunu doğurmaz. Açık kanuni bir yetkiye dayanmaksızın, üstün ast yerine geçerek karar alması konu yönünden yetkisizlik haline vücut verir. Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetindeki gayrimenkullerin satışına ilişkin ihale işlemlerinde Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü yetkili olmasına rağmen bu Genel Müdürlüğün bağlı bulunduğu Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca sözü edilen konuda işlem yapılması, üstün ast yerine geçerek işlem yapması halinin tipik bir örneğidir. Sözkonusu işlem, bir Danıştay kararına⁹³ konu olmuş ve konu yönünden yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur.

⁸⁹ YAYLA, s. 90.

⁹⁰ GÜNDAY, s. 103.

⁹¹ D5D., E. 94/286, K. 97/966, KT., 5.5.1997, DD., sy. 94, s. 339.

⁹² AĞAR Can Şefik, İdari Hiyerarşi Kuvveti, İstanbul 1970, s. 158-159.

⁹³ D10D., E. 92/1166, K. 93/1305, KT., 5.4.1993, DD., sy. 88, s. 494.

cc. Başka Kuruluş Adına Karar Alma

Aralarında hiyerarşik anlamda hiçbir ilişki bulunmayan iki kuruluşun birinin, diğerinin görev alanına giren bir konuda işlem yapması konu yönünden yetkisizlik teşkil eder⁹⁴.

Danıştay'ın karayolları üzerinde üst geçit yaptırma yetkisi Karayolları Genel Müdürlüğü'ne ait olduğu halde Yükseköğretim Kurulu'nun bu konuya ilişkin işlem yapması üzerine sözkonusu işlemi yetki yönünden hukuka aykırı bulmasında durum böyledir⁹⁵.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bir kuruluşun, bir diğer kuruluşun görevine giren konuda işlem yapması nedeniyle ortaya çıkan yetkisizlik hali, uygulamada daha çok kamulaştırmayla ilgili işlemlerde karşımıza çıkmaktadır⁹⁶.

dd. Aynı Kuruluşun Çeşitli Organları Arasında Yetki Sorunu

Aynı kuruluşun organlarından birinin, diğerinin görev alanına giren konuya ilişkin olarak yaptığı işlem konu yönünden yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır.

Büyükşehir belediyesinde zabıta memuru olarak çalışan kişinin re'sen emekliye sevk edilmesinde belediye encümeninin yetkisi olduğu halde, sözkonusu idari kararın belediye başkanınca alınmasında durum böyledir⁹⁷. Bu işlem konu yönünden yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır.

Yetkiye ilişkin ihtilaf, aynı kuruluş içindeki iki kurul arasında da gündeme gelebilir. Nitekim Danıştay bir kararında baro genel kurulunun yetkili olduğu bir konuda, baroya bağlı sandık genel kurulunun aldığı kararı yetki yönünden hukuka aykırı bulmuştur⁹⁸.

⁹⁴ SARICA, İdari Kaza, s. 59.

⁹⁵ D6D., E. 84/195, K. 84/3035, KT., 13.11.1984, DD., sy. 58-59, s. 201; bu konuda bkz. D6D., E.86/381, K. 86/813, KT., 9.10.1986, DD., sy. 66-67, s.277; D11D., E. 75/4625, K. 77/1075, KT., 21.3.1977, DD., sy. 28-29, s.590; D8D., E. 70/1221, K. 71/429, KT. 22.2.1971, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, s. 403; D9D., E. 84/2370, K. 85/795, KT., 15.5.1985, DD., sy. 60-61, s. 415; D6D., E. 70/962, K. 72/652, KT., 22.2.1972, DD., sy. 8, s. 179; D5D., E. 94/286, K. 97/966, KT., 5.5.1997, DD., sy. 94, s. 33.

⁹⁶ D6D., E. 90/871, K. 91/166, KT., 13.2.1991, DBM; bu konuda bkz. D6D., E.86/1101, K. 86/1059, KT., 9.12.1986, DD., sy. 66-67, s. 278.

⁹⁷ D10D., E. 95/1621, K. 96/8107, KT., 10.12.1996, DD., sy. 93, s. 504. Bu konuda bkz.

D5D., E.90/62, K. 90/982, KT., 14.5.1990, DD., sy. 81, s. 159.

⁹⁸ D8D., E. 69/1430, K. 70/408, KT., 21.3.1970, Danıştay sekizinci daire kararları, s.33-34. bu konuda bkz. D5D., E.74/3888, K. 77/4161, KT., 27.9.1977, DD., sy. 28-29, s. 348.

ee. Birden Çok Kuruluşun ya da Organın Birlikte Yetkili Olması Halinde Yetki Sorunu

İşlem yapma yetkisi, farklı kuruluşlara ya da aynı kuruluşun farklı organlarına aynı anda verilmiş olabilir. Yani bu kuruluş ve organlar, bir idari işlemi gerçekleştirebilmek için birlikte hareket etmek zorunda olabilir, işlemin konusu birden fazla kuruluş ya da organın yetki alanına girebilir. İşte böyle durumlarda, söz konusu yetki kurallarına uyulmaması, işlemin hukuka aykırılığı sonucunu doğurur⁹⁹.

Birinci duruma örnek olarak İmar Kanunumuzun 45. madde hükmünü verebiliriz. Bu maddeye göre, bir köyün bir belediyenin mücavir alanı içine alınabilmesi için belediye meclisi ve İl İdare Kurulunun kararı ve Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın onayına gerek vardır. Bu yetki kurallarına uyulmaması durumunda örneğin köyün re'sen İmar ve İskan Bakanlığı'nca mücavir alan içine alınması halinde¹⁰⁰, işlem yetki yönünden sakattır.

İkinci duruma örnek olarak da, 1580 sayılı belediye kanununu 96. maddesinin b bendinin 2. fıkrasını verebiliriz. Bu maddeye göre, belediye memurlarının atanmaları işlemi belediye meclisinin onayıyla belediye başkanı tarafından gerçekleştirilir. Bu kurala uyulmaması halinde, örneğin belediye başkanınca yapılan atama işleminin belediye meclisine sunulmaması ve meclisçe onaylanmaması halinde¹⁰¹, işlem yine yetki yönünden sakat olur. bu durumda birden fazla organın birlikte yetkili olduğu duruma örnektir.

SONUÇ

Hukuk devleti; ferdi keyfiliğe karşı koruyarak temel hak ve hürriyetleri teminat altına alan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı organlarınca denetlenen, koyduğu hukuk kurallarına kendisi de riayet eden devlettir.

Hukuk, idari davranışlarda objektiflik, güven, istikrar ve adalet sağlamaya hizmet eder. Bu nedendir ki; idarenin hukuka bağlılığı, hukuk devleti anlayışının başlıca gereklerinden biridir. Bu nedenle, idarenin davranışlarına kanunun ve ona denk hukuk normlarının, bu arada genel hukuk ilkelerinin egemen olması gerekmektedir. Bu ilke, kısaca "kanuni idare ilkesi" olarak da tanımlanabilir¹⁰². Kanuni idare ilkesi, çalışmamızın konusu olan idari işlemin yetki unsurunu yakından ilgilendirmektedir. Anayasamızın, "egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kimseye, zümreye veya

⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 63.

¹⁰⁰ D6D., E. 70/962, K. 72/652, KT., 22.21972, DD., sy. 8, s. 179.

¹⁰¹ D5D., E. 90/62, K. 90/982, KT., 14.5.1990, DD., sy. 81, s. 159.

¹⁰² BALTA, s. 79.

sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesini taşıyan 6'ncı madde hükmü, kanuni idare ilkesinin bu yönünü gündeme getirmektedir. Kanuni yetki ilkesi şeklinde de tanımlanabilecek olan bu ilke gereği idari makamların belli konularda davranışta bulunabilmeleri için mutlaka kanuni bir yetkiye ihtiyaçları vardır.

Bu durum yetkinin, idari işlemin unsurları arasındaki önemini daha da arttırmaktadır. Bu bağlamda, idare hukukunda yetki; idari işlemin teşkilat içindeki herkes tarafından değil, yalnızca hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve sınırlanmış makamlar tarafından yapılabilmesi yeteneğini ifade eder¹⁰³. Anayasamızın bu hükmü gereğince; yetki unsuru kamu düzeni ile doğrudan ilişkili kabul edilmekte, yargı yerleri önünde bulunan bir uyuşmazlığın her safhasında doğrudan doğruya yargı yeri tarafından, taraflardan birinin talebi olmasa dahi, re'sen dikkate alınmaktadır. Yetki bakımından bir sakatlığın sözkonusu olması durumunda ise bu durum, sonradan düzeltilebilir nitelikte görülmeyle, mutlaka yokluk ya da iptal edilebilirlik yaptırımıyla karşılaşmaktadır. Gerçekten de idare, idari fonksiyonunu yerine getirirken, mevzuatta öngörülen her türlü yetki kuralına sıkı şekilde uymak zorundadır. Bu durum, yetkilerin devrinde de aynen geçerlidir. Kanunların izin vermediği bir yetki devri, hukuk hayatında sonuç meydana getiremez. Kanunların izin vermediği bir biçimde yetkilerin kullanılması ya da devredilmesi, yapılan idari işlemin, yetkisizliğin görünümleri olan yer, zaman, kişi ve konu yönlerinden yetkisizlik nedeniyle sakatlanması sonucunu doğurur.

Yetki unsurundaki sakatlıklar sonradan verilecek onay ya da icazetle giderilemez ve herhalde sakatlığın ağırlık derecesine göre, işlemin yokluk ya da iptal yaptırımıyla karşılaşması sonucunu doğurur. Bu idare hukukunun bir yetkiler ve statüler hukuku olmasının sonucudur.

¹⁰³ YAYLA, s. 87; DURAN, s. 401.

İCRA HUKUKUNDA TEMSİL

Yrd. Doç.Dr. Recep AKCAN*

A. GİRİŞ

İcra (iflas) takibinin tarafları, alacaklı ve borçludur. Yani, alacaklı olduğunu bildiren icra takibi yapan kişi ile onun takip talebinde borçlu olarak belirttiği kişidir. Hukuk davalarında olduğu gibi, icra takiplerinde de daima iki taraf bulunmaktadır. Bu kişilerin gerçekten alacaklı veya borçlu olup olmadıkları ise, icra takibinin sonunda belirlenecektir. Takip ehliyetine sahip olan kişi, kendisi icra takibi yapabileceği gibi, kendisine karşı yapılan icra takibinde haklarını bizzat kendisi savunabilir (örneğin ödeme emrine itiraz edebilir). Alacaklı veya borçlu, takip talebinde bulunabilmek için, gerçek veya tüzel kişi olmalıdır. Kural olarak, her gerçek kişi borçlu ve alacaklı icra takibinin tüm aşamalarını bizzat kendisi yürütebilir. İcra takibinin tarafları, isterse takibi bir vekil aracılığıyla da yapabilir. Bazı hallerde, takibin kanuni temsilciler tarafından sürdürülmesi gerekir. Örneğin, borçlu, takip ehliyetine sahip değilse, takibin kanuni temsilciye karşı yapılması gerekir. Yani, temsil kanundan veya sözleşmeden doğar. Bu temsilciler avukat gibi bir iradi temsilci veya vasi gibi kanuni temsilcidir. Avukatın temsil yetkisinin kaynağı sözleşmedir. Kanuni temsilcinin kaynağı ise, ilgili kanunlardır. Her iki halde de, temsil, yetkili bir kimsenin kendi iradesiyle doğrudan doğruya diğer biri namına hak ve borç ihdas edebilmesi gücüdür. Bu temsilciler icra takip işlemlerini yürütür. Tebligatlar bunlara yapılır. İcra ve İflas Kanununda da temsilden bahseden hükümler mevcuttur (1). İncelememizde, yalnızca icra hukukunda temsil hususunu ele aldığımız için, iflas hukukundaki temsil konusuna değinmedik (2). İcra hukukunda, işini bizzat takip edemeyen veya etmek istemeyen taraf adına kimlerin iş

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bkz. İİK. m.24, 26, 53, 54, 54a, 55, 57, 58, 61, 67, 68, 89, 101, 103, 138, 260, 272, 278, 280, 282, 355; İİK Yön.m.2,3,8,3,34,38,67,75,79.

2 Bkz. iflas hukukundaki temsil konusunda: Yılmaz E., İflas İdaresi, Ankara 1976, s. 30, 110 vd; Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü C.1, İstanbul 1990, s.672, 703, 753-754, 792, 846-847, 870 (Kuru-Usul C.1); Yılmaz E., İflas İdaresinin Hukuki Niteliği ve Durumu (Kanun ve Uygulama Açısından İflasta Tasfiye Sempozyumu, Ankara 1985 s.65-149 (s.77 vd); Yılmaz E./Çağlar T., Tebligat Hukuku, Ankara 1991 s. 155-156; Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1993 C.3 s. 2612-2619, 2721 vd; 2686 vd, 2694 (Kuru-İcra C.3); Ulukapı Ö., Konkordatonun Feshi, Konya 1998 s.216; Tanrıver S., Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 30 vd; 12.HD 13.2.1985, 14166/1215 (YKD 1985/6 s.845-847); Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1997 s.3153, 3159, 3171 vd, 3528, 3590 vd (Kuru-İcra C.4); İİK m.179, 345a.

görebileceği hususu çözümlenmesi gereken bir konudur. Temsil iradi ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılır. Temsil yetkisi, ya temsil edilenin iradesine veya kanuna dayanır.

B. GERÇEK KİŞİLERDE TEMSİL

Gerçek kişiler ve tüzel kişiler, icra takibinde taraf olabilirler. Kanuna ve tüzüklerine göre gerekli organlara sahip olmaları ile, tüzel kişiler tam takip ehliyetine sahip olur (MK m.57). Tüzel kişilerin yetkili temsilcileri ile takip yapmaları gerekir. Ancak, tüzel kişiler, kanuni temsilcileri yerine, bir vekil aracılığıyla da icra takibini yürütebilirler (3).

Mümeyyiz, reşit ve kısıtlı olmayan her gerçek kişi tam takip ehliyetine sahiptir (MK m.9 vd) (4). Bu kişiler, kendilerini borç altına koyacak veya hak sahibi yapacak, her türlü işlemi bizzat kendileri yapabildiklerinden ve verdikleri zararlardan sorumlu olduklarından, takip ve dava ehliyetine sahiptirler. İcra takiplerini, kendileri yapabilirler. Hukukumuzda vekil (avukat) tutma zorunluluğu bulunmadığından (5), takip ehliyetine sahip bulunan kişi, lehine veya aleyhine olan icra takiplerini bizzat yürütebilir. Takip ehliyeti, bir takibi alacaklı veya borçlu olarak devam ettirebilmedir. Yani, takip ehliyeti, bir kimsenin bizzat kendisinin veya iradesi ile atadığı bir temsilci (avukat) aracılığıyla, alacaklı olarak icra takibi ve bunun için gerekli işlemleri yapabilmesi veya icra takibinin borçlusu olarak haklarını koruyacak işlemlerde bulunabilmesi ehliyetidir (6). Takip ehliyetine sahip olan borçlu, bizzat kendisi ödeme emrine itiraz edebileceği gibi, bir vekil (avukat) aracılığıyla da itiraz edebilir (7). Borçlunun takip ehliyeti yok ise, ödeme emrine itiraz etme yetkisi kanuni temsilciye aittir (8). Takip

3 Bkz. C-1 ve 2.

4 Hak ehliyetine sahip yabancı gerçek kişilerde, Türkiye'de yapacakları (veya kendilerine karşı yapılacak olan) takiplerde taraf ehliyetlerine sahiptir. Fakat, yabancı alacaklı, icra takibinde bulunurken, döviz olarak teminat göstermekle yükümlüdür (Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, C.1, İstanbul 1988, C.1 s.160 (Kuru-İcra C.1).

5 Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998, s. 92; Üstündağ S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s.73; Kuru-İcra C.1 s.164; karşı. HUMK m.70, m.71.

6 Üstündağ s.80; Kuru-İcra C.1, s.161, 164. Takip ehliyeti, icra takibinin esaslı unsurudur. Ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılan icra işlemleri, kendiliğinden veya istek üzerine her zaman şikayet yolu ile iptal edilmesi gerekir (Üstündağ s.80).

7 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 127; Kuru B., Vekilin Ödeme Emrine İtiraz Etmesi (Trabzon BD 1986/3 s.6). Ödeme emrine itiraz dilekçesinde borçlunun (veya vekilinin) imzası bulunmalıdır. Borçlunun imzası eksik ise, imza eksikliği borçluya tamamlatılır (Kuru/Arslan/Yılmaz s. 129 dn.13).

8 Bkz.II, 1-2-3.

ehliyetine sahip olan bir kişi, isterse kendisini bir iradi temsilci (vekil, avukat) ile temsil ettirebilir. Borçlunun kendisinin veya atayacağı vekilin (avukatın) takip ehliyetine sahip bulunması gerekir ⁽⁹⁾.

I. İRADİ TEMSİL

İcra hukukunda, icra işlerinin iradi temsil yoluyla takibi mümkündür (İİK m.58/I; m.60). Takip ehliyetine sahip olan kişi, isterse kendisini bir temsilci (vekil) ile temsil ettirebilir. İradi temsil, gerçek kişilerin yanında, tüzel kişiler için de geçerlidir ⁽¹⁰⁾. İradi temsilciler ise, avukatlar, dava vekilleri ve dava takipçileridir.

1. Avukatlar

Alacaklı veya borçlu (veya üçüncü kişiler), icra dairelerinde ve icra tetkik mercilerinde kendilerini bir vekil ile temsil ettirmeyi istemeleri halinde, avukata vekalet verebilirler. Kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, dava ve adli işlemleri takip etmek, baroda yazılı avukatlara ve bazı hallerde dava vekilleri ile, dava takipçilerine aittir ⁽¹¹⁾.

a. İcra Takibi İçin Avukatın Bir Vekaletnameye Sahip Olması Gerekir

Bir avukat, vekaletnamesi olmadan, bir kimseyi icrada temsil edebilir. Fakat, bu halde, icra memuru, her zaman vekaletnamenin verilmesini isteyebilir. Vekil, vekaletnamesi olmadan icra takibi yapamaz. Müvekkil tarafından, vekile bir vekaletname verilmelidir. Ödeme emrine yedi gün içinde, vekaletname vermeden borçlunun vekili (avukatı) sıfatıyla itiraz eden avukatın, itiraz tarihinden sonraki tarihli bir vekaletname vermesi halinde, yaptığı itiraz süresinde ve geçerli olarak yapılmış kabul edilir ⁽¹²⁾.

Müvekkilin, vekiline verdiği temsil yetkisine ilişkin vekaletnamenin yazılı olması ve müvekkilin imzasının (kural olarak) noterden onaylı olması gerekir ⁽¹³⁾. Vekil tarafından yapılan takiplerde, takip talebine vekaletnamenin aslının veya vekil avukat tarafından onanmış bir örneğinin eklenmesi gerekir ⁽¹⁴⁾. İlamlı takiplerde, taraflardan birinin vekili ⁽¹⁵⁾

⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz s.127; Kuru-İcra C.1, s.250.

¹⁰ Bkz. C, 1-2.

¹¹ Yılmaz/Çağlar s.141.

¹² Kuru-İcra C.1, s.250 dn.45'de belirtilen kararlar.

¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 92; Kuru-İcra C.1 s.164.

¹⁴ Kuru-İcra C. 1 s. 210 dn.9; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 111 dn. 2.

olduğu ilamda yazılı olan avukattan, ayrıca vekaletname istenmesine gerek yoktur (16). İlamın, mutlaka vekil aracılığıyla icraya konulması gerekmez. Müvekkil kendisi veya yetkili kılacağı yeni bir vekil aracılığıyla da ilamı icraya başvurabilir (17).

Avukat olmayan kişilerin vekil olarak atanması mümkün değildir (Avukatlık K. m.35). Ödeme emrine itiraz eden kişinin baroda yazılı avukat olması gerekir. Avukat olmayan kişinin, borçlu adına yaptığı itiraz geçerli değildir (18). İcra dairesi ve icra tetkik merci, avukat olmayan bir kişinin vekil sıfatıyla yaptığı isteklerini yerine getiremez. Alacaklı adına takip talebinde (19) bulunan kimsenin, kanuni veya iradi temsilci olmaması bir

-
- 15 Kuru-Usul C.1 s.832 dn.163; bkz. ilamlı takiplerde ödeme emrinin, ilamda yazılı vekile tebliğ edilmesi hakkında: 12.HD 20.5.1962, 4463/4675 (Sınmaz B./Karataş İ., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1987, s.170).
- 16 Bu halde, Yargıtay'a göre, alacaklı masrafını verdiği takdirde mal beyanında bulunulabilmesi için, asile de icra emri gönderilebilir. Fakat, icra emrinin ilamda yazılı olan avukata gönderilmesi gerekir. Buna uyulmaması, icra emrinin iptalini gerektirir (12.HD 18.10.1983, 5926/7631: Sınmaz/Karataş s.182).
- 17 Müvekkil, kendisi veya diğer bir vekil aracılığıyla ilamlı icraya başvurması halinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın (müvekkilin) ilamda yazılı bulunan avukatına, icra emri ile birlikte, gideri takip talebinde bulunan müvekkilden peşin alınmak suretiyle, düzenlenecek bir bildiriye derhal tebliğ eder. Bu bildiri, avukata tebliğ edilmediği sürece, icranın sonraki aşamalarına geçilmesi mümkün değildir (AK m. 166, III; Kuru-Usul C.1 s.832-833).
- 18 Üstündağ s.73; Postacıoğlu i. E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s.119; Kuru-İcra C.1, s.249 dn.38'de belirtilen kararlar; vekilin itirazla birlikte vekâletnamesini icra dairesine ibraz etmesi gerekir (HUMK m.67). Aksi halde, kesin bir süre verilerek, itiraz tarihinden sonraki tarihi de taşıyan bir vekaletname dahi olsa getirilmesi istenir. Getirilirse itiraz geçerlidir. Getirilmezse, itirazın geçersiz sayılmasına karar verilir. Asıl gelirse, vekilin işlemine icazet verebilir (Kuru-İcra C.1, s.249; Postacıoğlu s.64 dn. 16a, s.157-158). Alacaklı ve borçlu, baroya kayıtlı bir avukat aracılığıyla şikayet yoluna başvurabilirler (Postacıoğlu s.64). Bir kimse adına icra takibinde bulunan avukat, baroya kayıtlı değilse, bu takip yok hükmündedir (Üstündağ s.73); bkz. ayrıca: Postacıoğlu s.119; karşı. HUMK m. 61.
- 19 Alacaklı takibini bir vekil (avukat) aracılığıyla yapmakta ise, takip talebinde ayrıca vekilin adı, soyadı ve adresinin de belirtilmesi gerekir (Kuru-İcra C.1 s. 210; Kuru/Arsalan/Yılmaz s. 111 dn.2; Üstündağ s.107; Kuru-İcra C.3 s.2162, 2169; İİK Yön. m.18). Kanun, takip talebinde alacaklı ve borçlunun (varsa vekil veya kanuni temsilcilerinin) şöhretinin de yazılması gerektiğini belirtmektedir (İİK m. 58/1-2). Kanımızca, yalnızca aynı ad ve soyadı taşıyan birden çok kişinin varlığı halinde, karışıklığı önlemek amacıyla, takip talebine şöhretin de yazılması uygun olacaktır (İİD 3.6.1958, 3152/3226: AD 1959/4 s. 707-708). Takip talebi vekil ile yapılmakta ise, takip talebinde vekil ve alacaklının adresinin birlikte bulunması gerekir (Kuru-İcra C.1 s. 211 dn.12). Takip talebinde yer alması gereken kişilerin eksik belirtilmesi Kanuna aykırıdır

şikayet sebebidir. İcra memuru, temsilcinin temsil yetkisine sahip olup olmadığını kendiliğinden araştırması, temsil yetkisinin yokluğunda hiç bir işlem yapmaması gerekir (20).

Borçluya, icra memuru tarafından temsilci tayin etmesi için uygun bir süre verilmesini gerektiren hallerde (İİK m.54, m.54a), temsilci olarak vekil olabilecek kimsenin atanması daha doğru olacaktır. Örneğin, borçlu tutuklu veya gözaltına alınmasına veyahut hapisli olmasına rağmen, hakkında verilen ceza bir yıldan aşağı ise, icra memuru, borçluya, kendisine bir temsilci ataması için uygun bir süre vermesi gerekir. Bu halde, borçlunun atayacağı temsilcinin avukat olması zorunluluğu yoktur. İcra dairesi, örneğin ödeme emrinin tebliği gibi bazı icra takip işlemlerini avukat olmayan temsilciye yapabilir. Fakat, avukat olmayan temsilcinin, icra dairesinde, tetkik merciinde ve mahkemelerde borçlunun temsilcisi olarak hiç bir işlem yapması mümkün değildir. Avukat olmayan kişiler, vekil olarak atanamaz (AK m. 35). Bu halde, avukat olmayan temsilcinin, başkasını tevkil yetkisi mevcut ise, borçlu adına bir avukata vekalet vermesi gerekir (21). Kanımızca, doğru olanı, başlangıçta, temsilci olarak bir avukata vekalet verilmesidir. Borçlunun yararı açısından, en uygun seçenek budur. Çünkü, vekil olamayacak kişilerin temsilci seçilmesi halinde, bunlar icra takip işlemlerinde yetkili olamayacakları için, yeniden yetkili bir vekil atanması zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

Ödeme emrinin düzenlenmesi ve doldurulması icra memurunun görevidir. Bu konuda vekile bir mükellefiyet yüklenmemiştir (22).

Vekil aracılığıyla yapılan takiplerde, vekil vekalet ücretine hak kazanır. Vekalet ücreti, istek olmasa bile karar altına alınması gerekir. İcra müdürü tarafından hesaplanacak vekalet ücreti takip giderlerine dahildir. Kanunun (İİK m. 138, III) vekaletle ilişkin hükümleri ilamlı ve ilamsız

(Üstündağ s.107); bkz. takibin müstear isim adına yürütülmesi halinde, butlanın gerekmediği konusunda: Postacıoğlu s.127.

20 Aksi halde, kanuni veya iradi temsilci olmayan bir kişinin istekleri doğrultusunda yapılan işlemler şikayet yolu ile iptal edilir (Kuru/Arslan/Yılmaz s. 92; Üstündağ s.81; Kuru-İcra C.1 s.164; Uyar T., İcra Hukukunda İtiraz, Manisa 1990, s. 142 (Uyar-İtiraz). Taraf ehliyeti olmadan yapılan takip işlemleri batıldır ve her zaman kendiliğinden veya istek üzerine iptal edilebilir (Üstündağ s.80); karşı. Postacıoğlu s.118-119.

21 Kuru-İcra C.1 s.141 dn.21 ve s.164.

22 12.HD 21.1.1980, 9823/300 (YKD 1980/8 s.1121). Yine, icra emrini düzenleyip borçluya tebliğe gönderme görevi, icra memuruna (müdüre) aittir (İİD 25.5.1970, 5695/5575: İKİD 1970/119 s. 8969-8970).

icrada uygulanır (23).

Vekalet akdi istifa, azil, vekilin veya müvekkilin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ve iflası gibi hallerde sona erer (24). Vekil üzerine aldığı işi, özel bir önem, sadakat ve özenle ifa yükümlülüğü altındadır. Güven ilişkisinin sarsıldığı anda müvekkile azil yetkisi tanınmıştır (BK m.396). Azlin haksız olması halinde, Avukatlık Kanunu m.174 gereği, vekalet ücretinin tamamının ödenmesi gerekir. Vekil, kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise, ücret ödenmesi gerekmez. Dava ve icra işlerinin haklı bir neden olmaksızın uzun süre takipsiz bırakılması haklı bir azil nedenidir (25). Henüz sonuçlanmayan bir işin (davanın) görülmesini üstlenen vekilin (avukatın) kendisine muaccellik kazanmayan vekalet ücretini cebri icra yoluyla ve müvekkilinin mallarını haczettirerek almaya çalışması vekilin azli için haklı bir nedendir (26). Müvekkil (koca), karısının vekili olarak yaptığı icra takibinde borçludan aldığı parayı gizleyen (karısına vermeyen) vekilini (kendi davasında) bu nedenle azletmekte haklıdır (27).

İstifa halinde de vekalet sona erer (28). Vekilin istifa etmesi halinde vekalet ilişkisi sona erer. Vekil, HUMK m.68'e uygun olarak istifa etmişse, satış ilanı asile tebliğ olunmalıdır. Aksi halde, satış ilanının vekile tebliği gerekir. Yine, ilgilinin vekilinin azledildiği icra dairesine bildirilmişse, satış ilanı asile tebliğ edilmelidir. Aksi halde, satış ilanı vekile yapılmalıdır (29). Vekaletin sona ermesi halinde, icra işlerine ilişkin tebligatın asile yapılması gerekir (30).

23 Vekalet ücretinin miktarı, alacaklı ve borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra memuru tarafından tarifeye göre hesaplanır. Alacaklı ve borçlu yapacakları bir icra sözleşmesi ile takipte haksız çıkan tarafa yükletilecek vekalet ücretinin miktarını kararlaştıramazlar. İcra takibi ilama dayanıyorsa, ilamda vekil için ücrete hükmedilmiş olsa bile, ilamın icrası nedeniyle ayrıca vekalet ücretinin de belirlenmesi gerekir. Takdir edilen vekalet ücreti hakkında şikayet yoluna başvurulabilir. Bu konuda, tetkik merci tarafından verilecek karara karşı temyize gidilebilir (Üstündağ s.73-74).

24 Yılmaz/Çağlar s.146; Kuru-İcra C. 3 s.2953; Kuru-Usul C.1 s.851 vd.

25 4.HD 15.5.1980, 1600/6365 (YKD 1981/7 s.832-835).

26 4.HD 3.3.1967, 989/1906 (İBD 1967/5-6 s.257-258; ABD 4.HD/2 s.209-210).

27 Kuru-Usul C.1 s.862 dn.291.

28 "Vekaletten istifa eden vekille, tekrar muamele yapmak istenmesi halinde, yeni vekaletname ibraz ettirilmelidir" (İİD 14.11.1967, 9176/10088: Olgaç-Usul s.315 no.9).

29 Kuru-İcra C.2 s.1270-1271.

30 Yılmaz/Çağlar s. 146-148 dn.73-75 ve dn.77, 79'da belirtilen kararlar. Bir avukatın işten çıkarılması veya geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hallerinde, baro başkanı ilgililerin isteği üzerine veya iş sahiplerinin yazılı muvafatını almak kaydıyla, işleri geçici

Vekalet ölümle de sona erer. Alacaklının takipten sonra ölmesi halinde, vekil takip konusunda mirasçılardan verdiği bir vekaletname getirmediği, duruşmaya devam edilmez (31).

Bazı hallerde vekalet sona ermez. Örneğin, küçük (çocuk) adına, velayet hakkına sahip velisi tarafından verilmiş olan vekalet, küçüğün reşit olması ile son bulmaz (32).

b. Tebligat Vekile Yapılır ve Vekilin Kendisi Duruşmaya Çağrılır

Muhatabın iradi veya kanuni temsilcisi varsa, tebligat bunlara yapılır (Teb. K. m. 11; Teb. Tüz. m. m.15, 16) (33). Kural olarak, vekil ile yürütülen icra takiplerinde tebligat vekile yapılır. icra işlerinde, vekille temsil edilen tarafların vekiline tebliğ yapılması hususu bazı kanunların gereğidir (34). Vekille temsil halinde, bizzat vekilin duruşmaya çağrılması gerekir. Vekile, duruşma günü bildirilmeden, vekilin yokluğunda yargılamanın sonuçlandırılması, icra tetkik merci kararının bozulmasına yolaçar (35). Tebligatın vekile yapılması gereken hallerde, tebliğ asile (müvekkile) yapılamaz. Vekile yapılması gereken tebligatın, asile yapılması usule aykırıdır (36). Bu halde, asile yapılan usulsüz tebliğ, ilgili tetkik merci kararının bozulmasına neden olur (37). Usulsüz tebligat esası ve sonucu etkilememiş ise, bozma nedeni değildir (38). Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış

olarak takip etmek ve yürütmek amacıyla bir avukat görevlendirilmiş ise, tebligatın bu avukata, görevlendirilmemiş ise, asile yapılması gerekir (Yılmaz/Çağlar s. 150).

31 Olgaç-Usul s.311 no.5.

32 Bkz. vekaletın sona ermeyeceği haller için: Kuru-Usul C.1 s.870; Olgaç-Usul s.226 no.4; 5.CD 9.9.1982, 2711/2990 (YKD 1983/2 s.276-277). Bu halde, reşit olan çocuk, vekilini azletmediği (BK m.396), vekil davayı takip etmeye devam eder (13.HD 25.11.1976, 70/540: YKD 1977/9 s.1267-1269).

33 Amonn K./Gasser D., Grundniss des Schuldbetreibungs-und Konkursrecht, Bern 1997 s.93; Rechberger W.H/Simotta D-A., Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, Wien 1994 s.166.

34 Teb. K. m.11; Teb. Tüz. m.15; HUMK m.62, 68; A.K m. 41.

35 12.HD 29.4.1984, 12560/2225 (Yasa HD 1985/8 s.1168).

36 Yılmaz/Çağlar s. 128 vd. ve 164-168; Moroğlu E./Muşul T., Tebligat Hukuku, İstanbul 1985, s. 54.

37 12.HD 28.2.1984, 12265/2139 (Yasa HD 1984/6 s. 884); 12.HD 29.2.1984, 12560/2225 (Yasa HD 1985/8 s. 1168).

38 Olgaç S., İcra-İflas, 1.Cilt, Ankara 1978, s. 403 no.650 (Olgaç-İcra); Alman Hukukunda usule aykırı tebligat iptal edilinceye kadar geçerliliğini devam ettirir (Brox H./Walker W-D., Zwangsvollstreckungsrecht, 1990 s.96).

ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi kabul edilir. Yabancı ülkede oturan alacaklı, takibini bir vekil aracılığıyla yapıyorsa, Türkiye'de adres göstermemiş olsa bile, tebligat vekile yapılır (Teb. K.m.11; Teb. Tüz. m. 15, II).

Tebliğat kendisine yapılacak olan kişi vekil olmalıdır. Vekile yapılmış olan tebligat asile yapılmış kabul edilir (39). Vekile yapılan tebligatın geçerli olabilmesi için, onun vekil sıfatıyla yargılamaya katılması gerekir. Örneğin, vekilin alacaklı adına takip talebini imzalamış veya borçlu adına ödeme emrine itiraz etmiş olması hallerinde, tebligat alacaklı veya borçluya değil, bizzat vekile yapılır. Genel (umumi) vekil, icra takibine katılmamışsa, tebligat ancak kabulü halinde ona yapılabilir. Çünkü, genel vekilin müvekkilini her davada ve icra işinde temsil etme zorunluluğu yoktur (40).

Borçlunun bir vekili olsa bile, o vekilin icra takibinde borçluyu temsil edip etmeyeceği bilinemeyeceğinden, ödeme emri borçlunun vekiline tebliğ edilmez (41). Ödeme emrinin borçluya usulsüz olarak tebliğ edilmiş olması halinde, borçlu tarafından bildirilen tarih, tebliğ tarihidir. Borçlu usulsüz tebliği öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesinde ödeme emrine itiraz edebilir (42).

39 Yılmaz/Çağlar s.138-140; Moroğlu/Muşul s. 54-55.

40 Kuru/Arslan/Yılmaz s.77-78; Postacıoğlu s.97; Kuru-İcra C.1 s.125. Yargıtay'a göre, genel vekil, özel bir yetki almadıkça, müvekkili adına icra takibi yapamaz. Özel yetkinin varlığının ispatı, duruma göre vekile veya müvekkile düşer (Üstündağ s.75; Olgaç S., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1977, s.302 no.12 (Olgaç-Usul). Genel vekil, ödeme emrini kendi isteğiyle tebellüğ etmişse, tebligat geçerlidir (Postacıoğlu s.97).

41 Bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Örneğin, borçlu ilk ödeme emrine bir vekil aracılığıyla itiraz etmiş ise, çıkarılacak yeni ödeme emrinin, bu vekile yapılması gerekir (bkz. Kuru-İcra C.1 s.171, 181 dn. 21a, 188 dn.27a; Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, C.2, İstanbul 1990, s. 1681 dn.430 (Kuru-İcra C.2); Teb. K. m.11. ihtiyati hacizden sonra yapılan takipte, ödeme emri, borçlunun ihtiyati haciz uygulamasında hazır bulunmuş olan vekiline tebliğ edilir (Kuru-İcra C.2 s. 1681 dn. 430). Yargıtay bazı kararlarında, kira bedelinin tespiti ilamına dayanılarak yapılan ilamsız tahliye talebinde ödeme emrinin ilamda yazılı bulunan vekiline yapılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer bazı kararlarında ise, burada ilamlı takip (icra) olmadığı için, doğru bir düşünceyle ödeme emrinin borçluya yapılması gerektiğine karar vermektedir (bkz. Kuru-İcra C.2 s. 1817; Uyar T., İcra Hukukunda Tahliye, 1987 s. 108 (Uyar-Tahliye).

42 Ödeme emri tebligatının usulsüz olması halinde, ödeme süresi, borçlunun usulsüz ödeme emri tebligatını öğrendiği tarihten itibaren başlar (Teb.K.m.32, II; Teb. Tüz.m.51, II; Uyar-Tahliye s.787 no.22, s.497 no.142, s.334 no.3, s.781 no.11). Yargıtay'a göre, ödeme emri vekile, usulsüz bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen, vekilin tebliğe muttali olduğu aynı gün itiraz etmesi halinde, bu itiraz geçerlidir (12.HD 24.10.1978, 8148/8511: Sınmaz/Karataş s.183).

İcra emrinin vekile veya asile yapılması konusu öğreti ve mahkemeler uygulamasında tartışmalıdır (43). Yargıtay 12.HD, icra emrinin borçlunun (davalının) davayı takip etmiş (ilamda ismi yazılı) olan vekiline tebliğ edilmesinin zorunlu olduğunu, icra emrinin yalnız borçlunun kendisine tebliğ edilmesi ile ilamlı icra takibinin kesinleşmiş sayılamayacağını kabul etmektedir (44).

Bir davayı takip etmiş olan vekilin yetkisi, bu davada verilen hükmün icrasını da içerdiğinden, bu hükmün (ilamın) icrasında (İİK m. 24 vd), icra emri borçlunun (davalının) davayı takip etmiş olan vekiline de tebliğ edilebilir ve bu husus vekilin kabulüne bağlı değildir (45).

İcra emrinin borçlunun (davalının) davayı takip etmiş olan vekiline tebliği zorunlu değildir. Çünkü, İİK m.24 ve devamındaki maddelere göre, icra emri kural olarak borçlunun kendisine tebliğ edilir. HUMK m. 62 hükmünden hareketle, icra emrinin borçlunun davayı takip etmiş olan vekiline de tebliğ edilebileceği sonucuna varmak mümkündür (46). Kanımızca, icra emri, borçluya tebliğ edilebileceği gibi, borçlunun (davalının) davayı takip etmiş (ilamda adı yazılı) olan vekiline de tebliğ edilebilir (HUMK m.62, I) (47). Bir icra takibinde borçlu kendisini vekille temsil ettirmişse, o takibin diğer işlemlerinin de aynı vekile yapılması gerekir. İlamların icrasında, davayı takip etmiş olan vekile tebligat mümkündür. Vekil, vekaletnamesinde hükmün icrası için özel bir yetki yazılı olmasa bile, hükmü (ilamı) icraya koyabilir (HUMK m.62; İİK m.24 vd). Hükmü (ilamı) icraya koymuş olan alacaklı (davacı) vekili, alacaklı vekili sıfatıyla o ilamın icrası ile ilgili artırmaya da katılabilir (48).

Menkul ve gayrimenkullerin satışının açık artırma ile yapılması için ilan edilmesi ve ilanın ilgililere duyurulması gerekir. Borçlu icra takibi sırasında ölürse, satış ilanının borçlunun mirasçılarına tebliğ edilmesi gerekir. Satış ilanının kendilerine tebliği gereken ilgililer, o icra takibinde

43 Bkz. bu tartışmalarla ilgili olarak: Yılmaz/Çağlar s.168 vd.

44 12.HD 18.10.1983, 5926/7631 (YKD 1984/1 s.86-87); 12.HD 2.11.1978, 8012/8804 (YKD 1979/6 s.845-846); 12.HD 10.3.1976, 3376/5362 (ABD 1976/4 s.758-759).

45 Kuru-Usul C.1 s.833; Kuru-İcra C.1 s.126; İİD 13.11.1967, 9784/9975 (RKD 1968/1-2 s.8).

46 Üstündağ s.91; Kuru-İcra C.1 s.126, C.3 s.2172; Kuru-Usul C.1 s.833.

47 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 78; Kuru-İcra C.1 s.126; Postacıoğlu s.92.

48 Kuru-Usul C.1 s.832 dn.162. Hükmün (ilamın) mutlaka vekil tarafından icraya konulması zorunlu değildir. Müvekkil kendisi veya vekalet vereceği yeni bir vekil aracılığıyla da ilamı icraya koyabilir (İİD 19.1.1971, 650/514: ABD 1971/5 s.759-760).

bir vekille temsil ediliyorsa, satış ilanı vekile tebliğ edilmelidir (49). Yani, taşınır ve taşınmaz malların satışı için yapılacak ilan örneği, ilgililerin iradi (veya kanuni) temsilcilerine yapılabilir (50). Avukat, el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine aracılıktan yasaklıdır (51). İcra takibinde borçlunun vekili olan avukat, borçlunun hacizli gayrimenkulünün satışına alıcı olarak katılmış ve ihale avukat üzerine yapılmış ise, borçlu (müvekkil) bu ihalenin feshini (İİK m.134) isteyebilir (52).

İtirazın kesin kaldırılması talebinde, borçlu vekili aracılığıyla ödeme emrine itiraz etmiş ise, tetkik mercii, vekili duruşmaya çağırır (Teb. K. m.11).

Kiralanan gayrimenkullerin ilamsız icra yolu ile tahliyesinde (53), tetkik mercii, itirazın kaldırılması ve tahliye talebini duruşmalı olarak inceler (İİK m. 269 d, m.70). Dosya üzerinde karar veremez. Borçlu kiracı, vekili ile ödeme emrine itiraz etmiş ise, tetkik mercii, itirazın kaldırılma ve tahliye talebiyle açılan duruşmaya vekili çağırır (54).

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, borca itiraz üzerine, icra tetkik merciiince, iki taraf duruşmaya çağırılmadan dosya üzerinde itiraz sebeplerinin incelenmesi kanuna aykırıdır. Borçlu vekili aracılığıyla, ödeme emrine itiraz etmiş ise, borçlunun kendisi değil, vekili duruşmaya çağırılır. Alacaklı da, vekili aracılığı ile takip talebinde bulunmuş ise, tetkik mercii,

49 Arslan R., İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984 s. 92 vd (Arslan-İhale); Kuru-İcra C.2 s. 1265 vd; Bkz. bu ilanın nasıl ve kime yapılacağı ve ilgililer konusunda: Arslan-İhale s. 88 vd; Kuru-İcra C. 2 s. 1198 vd, 1247 vd. İİK'nuna göre yapılacak satış ilanının borçlunun icra takibine yetkili vekiline tebliğ edilmemesi halinde ihalenin bozulması gerektiği hakkında bkz: Yılmaz/Çağlar s.129 dn.6.

50 Arslan-İhale s. 92 vd.

51 AK m.47; Atilla Sav, Avukatın Çekişmeli Hakları Edinme Yasası (ABD 1970/1 s.25-26).

52 Burada, avukat Avukatlık Kanununun kamu düzeni düşüncesine dayanan yetkilerini kötüye kullandığından, ihalenin feshine ilişkin şikayet belirli bir süreye bağlı değildir (Kuru-Usul C.1 s.560). Kamu düzeni ile bağdaşmayan icra işlemlerinde şikayet süreye bağlı değildir (İİD 27.2.1967, 1330/2031: RKD 1967/5 s.155-156); bkz. ayrıca, bir hakkin yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması ve kamu düzenine aykırılık hallerinde süresiz şikayet konusunda: Pekcanitez H., İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986 s. 84 vd.

53 Kiracıya yapılan tahliye emri tebligatı usulsüz ise, kiracı, usulsüz tebliği öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesinde tahliye emrine itiraz edebilir (Teb.K. 32, II; Teb. Tüz. m.51, II).

54 Teb. K. m.11; Uyar-Tahliye s. 425 no. 29; Kuru-İcra C.2 s. 1888 vd.

vekili duruşmaya çağırır (55).

Süreler, vekile tefhim veya tebliğ ile başlar. Örneğin, itirazın geçici kaldırılması kararı, borçluya veya vekiline tetkik merciindeki son duruşmada tefhim edilmişse, borçtan kurtulma davası açma süresi, bu tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlar (İİK m. 69, II). İtirazın geçici kaldırılması kararı borçlunun (ve vekilinin yokluğunda) verilmişse (sadece alacaklıya veya vekiline tefhim edilmişse) yedi günlük borçtan kurtulma davası açma süresi, itirazın geçici kaldırılması kararının borçluya veya vekiline tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (İİK m. 69, II) (56).

Vekille takip edilen icra takiplerinde, tebligatın vekile yapılması kuralının bazı istisnaları mevcuttur. Bu hallerde, tebligat asile yapılır ve asil duruşmaya çağırılır. Yani, icra işlerine ait tebliğlerin bazısı mutlaka asile yapılması gerekir. Örneğin, İİK m.68a, II ve V hükmü gibi. Mal beyanı suçlarında vekile tebligat yapılmaz. Borçlunun cezalandırılabilmesi için, icra emrinin borçlunun kendisine tebliğ edilmesi gerekir (57).

İtirazın geçici kaldırılmasında, borçlu ödeme emrine vekili aracılığıyla itiraz etmiş olsa bile, ilk duruşma davetiyesinin bizzat borçluya gönderilmesi ve borçlunun kendisinin duruşmaya çağırılması gerekir (58). Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, tetkik mercii, imzaya itiraz halinde, duruşma yapmadan dosya (evrak) üzerinde inceleme yapamaz, itiraz vekil tarafından yapılmış olsa bile, duruşma davetiyesinin imza inkarında bulunan borçlu asile yapılması gerekir (59).

55 Teb. K. m.11; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 311 dn. 27; Kuru-İcra C. 2 s. 1706 vd; Uyar, T., İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, 1989, s. 992-993 (Uyar-Kambiyo). Bu halde, taraflar oturuma gelmemişler veya vekil de göndermemişler ise, HUMK m. 409 uyarınca, borca itirazın kabulü talebi yenileninceye kadar dosya işlemden kaldırılır (Kuru/Arslan/Yılmaz s. 311 dn. 25; İİD 7.4.1970, 3942/3808: RKD 1970/6-7 s. 78).

56 11.HD 16.2.1988, 5799/872 (Manisa BD 1988/25 s.42-44; 1988/26 s.29-30).

57 Bkz. İİK m. 74, 76, 337; Kuru-İcra s. C.1 s. 126, C.3 s.2173-2174; Kuru/Arslan/Yılmaz s.78; Postacıoğlu s.92; Kuru-Usul C.1 s.833; 12.HD 10.3.1976, 3376/5362 (ABD 1976/4 s. 758-759); CGK 26.11.1990, 8/328-310 (YKD 1991/2 s. 266-268).

58 Kuru-İcra C.1 s. 250, 376, 395; 12.HD 14.8.1987, 12267/8638 (YKD 1988/4 s. 517); İİD 28.12.1970, 13001/13269 (RKD 1970/11-12 s.189; ABD 1971/1 s.113); bu halde, ilk duruşma davetiyesinin borçlunun ödeme emrine itiraz itiraz etmiş olan vekiline de tebliğ edilmesi gerektiği hakkında bkz: Kuru-İcra C.1 s. 396; Teb. K. m.11.

59 Uyar-Kambiyo s. 978 no.37; Kuru-İcra C.2 s. 1765 vd. Bazı hallerde imzaya itiraz halinde, dosya üzerinde de karar verilmesi mümkündür (İİK m. 170, II; Kuru-İcra C. 2 s. 1699).

c. Vekil Bazı İşlemleri Yapabilmesi İçin Özel Yetkiye Sahip Olmalıdır

Kural olarak, vekil hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi için gerekli bütün işlemleri yapabilir ve dava ile ilgili her türlü iddia ve savunmada bulunabilir. Dilekçe verebilir, ihtiyati tetbir, ihtiyati haciz isteyebilir. Vekaletnamesinde temyiz için özel bir yetki olmasa bile hükmü temyiz edebilir. Yani, vekil verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurabilir (60). Vekil, vekaletnamesinde hükmün icrası için özel bir yetki bulunmasa bile, verilen hükmü icraya koyabilir (61).

Ancak, vekilin bazı işlemleri yapabilmesi için, vekaletnamede bu hususa ilişkin olarak özel bir yetkinin verilmiş olması gerekir. Vekaletnamede özel yetki (62) bulunmadıkça, vekil müvekkili adına bazı işlemleri yapamaz. Özel yetkiyi (veya yetkilerin bir kısmını veya hepsini) içeren bir dava vekaletnamesi, davalar yanında, icra (ve iflas) takipleri için de geçerli olmaktadır (63). Vekil, özel yetki bulunmadıkça, vekalet veren adına başkaları ile ortak olarak ihaleye giremez. Vekil, İİK m. 133, II'deki sorumluluk nedeniyle, müvekkili adına arttırmaya katılabilmesi ve pey sürebilmesi için, vekaletnamesinde bu konuda özel bir yetkisinin bulunması

60 Kuru-İcra C.1 s.53 dn.44. Vekil, hükmü temyiz edebilir, karar düzeltme yoluna başvurabilir. Vekil, dava vekili veya dava takipçisi ise, hükmü temyiz edebilir. Ancak, Yargıtay'daki duruşmada hazır bulunamaz (Kuru-Usul C.1 s.831-832); karşı. Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, İstanbul 1991 s. 3322, 3814 (Kuru-Usul C.4); Tebligat Kanunu m.11, I

61 HUMK m.62; İİK m.24 vd; Kuru-Usul C.1 s.829 vd; Aday N., Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1997 s.105-106.

62 Vekile özel yetki verilmesi gereken konulardan bazıları şunlardır: Yemini kabul veya yeminin reddi, ahzu kabz yetkisi, hakim reddi, başkasına vekalet verme, hakimlere karşı tazminat davası açma, davanın tamamen ıslahı, mirası ret, tahkim, ibra, davadan feragat, davayı kabul, ikrar, kişiye bağlı haklara ilişkin dava ve istekler, Anayasa Mahkemesine dava açmak (Kuru-Usul C.1 s.835 vd; Aday s.107 vd; HUMK m.63). Vekil, vekaletnamede açık bir özel yetki bulunmadıkça, müvekkilinin iflasını isteyemez, iflas davasını kabul edemez, sulh olamaz, konkordato teklif edemez (Kuru-Usul C.1 s.847, s. 1072/127; Kuru-İcra C.3 s.2791; Aday s.117; Kuru B., İcra ve İflas Hukuku C.4, İstanbul 1997 s.3590 (Kuru-İcra C.4).

63 Örneğin, vekil vekaletnamesinde sulh veya kabul yetkisine dayanarak, icra takibi esnasında sulh olması veya alacaklının alacağını kabul etmesi mümkündür (HGK 5.4.1967,1140/1740: Olgaç-Usul s.297 no.14). "Açık mezuniyetleri ihtiva eden bir vekaletname hem davaya hem de icra takiplerine şamildir. Ezcümle sulh ve ibraya, davadan feragate ve davayı kabule yetki veren vekaletnamenin, icrada da sulh ve kabul yetkisini vermiş sayılır" (Olgaç-Usul s.300 no.8; Sınmaz/Karataş s.169).

gerekir (64). Kanımızca, vekil sıfatıyla artırmaya katılma yetkisi, yalnız baroda yazılı olan avukatlara aittir (AK m. 35, I).

Haciz isteme hakkı, takip talebinde ve ödeme emrinde alacaklı olarak gözüken kişiye (veya alacaklının külli veya cü'zi haleflerine) aittir (65). Alacaklı vekilinin haciz isteyebilmesi için vekaletnamesinde özel bir haciz isteme yetkisinin bulunmasına gerek yoktur. Yani, alacaklının vekili, özel bir yetkiye gerek olmadan, (genel dava vekaletnamesine dayanarak) alacaklı adına haciz talebinde bulunabilir. Buna karşılık, alacaklı vekilinin, alacaklı lehine konulmuş olan haczin kaldırılmasını isteyebilmesi için, vekaletnamesinde haczin kaldırılmasına (fekkine) ilişkin özel bir yetkisinin bulunması gerekir (HUMK m.63). Bu bakımdan, haczin kesin veya ihtiyati, geçici haciz olması arasında bir fark bulunmamaktadır (66).

Borçlu vekilinin, alacaklı ile anlaşarak sıra dahilinde hacizli bazı mallar üzerindeki haczin devamına ilişkin alacaklının teklifini kabul edebilmesi için, borçlu vekilinin vekaletnamesinde "kabul ve feragat" yetkisinin bulunması gerekmektedir (67).

Yargıtay'a göre (68), borçlunun vekilinin genel bir vekâletname ile ödeme emrine itiraz etmesi mümkündür. Kanımızca, ödeme emrine itiraz eden borçlunun haksızlığında, icra inkar tazminatına (İİK m.67, 68, 68a) mahkûm edilmesi mümkün olduğundan, vekilin (avukatın), ödeme emrine itiraz edebilmesi için, vekaletnamesinde bu hususa ilişkin özel bir yetkisinin bulunması gerekir (69). Borçlu vekilinin, ödeme emrine itiraz edebilmesi

64 Arslan-İhale s. 118; Uyar T., İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, 1988 s.418 no.78 (Uyar-İhale); Kuru-İcra C.2 s.1311; karş. Kuru-Usul C.1 s.832. Alman Hukukunda da, müvekkil adına artırmaya katılacak kişinin temsil belgesi bulunmalıdır (BGB m.129; ZVG m.71). Yargıtay'a göre, isteklinin (pey sürenin) avukatı, genel vekaletname ile müvekkili adına ihaleye katılabilir ve pey sürebilir, vekaletnamesinde bu konuda özel yetki bulunmasına gerek yoktur (12.HD 12.12.1985, 5335/10966; Manisa BD 1986/17 s.42).

65 Haciz yolu ile takipte de, iptal davasını, alacağını tamamen veya kısmen alamamış olan haciz alacaklısı veya alacaklının külli ve cü'zi halefleri açabilir (Kuru-İcra C.4 s.3479). Hacizdeki iptal davası, borçlu ve üçüncü kişiler aleyhine açılır. Borçlu veya üçüncü kişi (veya her ikisi) ölmüş ise, iptal davası bu kişilerin mirasçıları aleyhine açılır (İİK m. 282). İptal davasında, borçlunun vekilinin hasım gösterilmesi mümkün değildir (Kuru-İcra C.4 s.3521 dn.148, dn.150).

66 Kuru-Usul C.1 s.842; Kuru-İcra C.1 s.619; Aday s.111.

67 İİD 14.4.1961, 3054/3761 (Si 1962/168 s.5070; Olgaç-Usul s.303 no.16).

68 Kuru, C.1 s.249 dn.42'de belirtilen karar; karş. TD 17.9.1971, 3782/5477 (İBD 1972/5-6 s.539-540).

69 Kuru-İcra C.1 s.249; karş HUMK m.63.

yanında, ödeme emrine itirazdan (İİK m.62) feragat edebilmesi için de, vekaletnamesinde bu konuda özel yetkisi mevcut olmalıdır (70).

Yine, vekilin hükmolunan şeyi tahsil edebilmesi için, vekaletnamesinde özel bir ahzû kabz yetkisinin bulunması gerekir. Vekil, bu yetkisine dayanarak hükmolunan şeyi, icra dairesi aracılığıyla ilamlı icraya başvurarak tahsil edebilir. İcra dairesi dışında da, borçluya vereceği makbuz karşılığı tahsil edebilir. Ayrıca, vekil bu şekildeki bir yetkisine dayanarak, ilamsız icra takibine konu yapılan alacağı da, icra dairesinde veya dışında tahsil edebilir. Vekil, ahzû kabz yetkisine dayanarak, sadece dava veya icra takibi konusu olan alacağı tahsil edebilir. Müvekkilinin dava veya icra takibi ile bir ilgisi olmayan alacaklarını tahsil etmesi mümkün değildir. Özellikle, müvekkilin bankalardaki parasını çekemez (71).

Özel yetkisi olmayan vekilin yaptığı işlemlere, müvekkil icazet verebilir. Örneğin, ödeme emrine boçlunun temsilcisi (vekili) sıfatıyla itiraz eden kişinin temsil yetkisi bulunmasa dahi, borçlu, o kişinin ödeme emrine itiraz etmesine icazet vermişse (BK m.38, m.415), temsil yetkisi olmayan kişinin süresi içinde yapmış olduğu ödeme emrine itiraz geçerli olacaktır (72).

Takip ehliyeti bulunduğu için, ödeme emrine itiraz edebilme ehliyetine sahip olan borçlunun iradi temsilcisinin kusuruna dayanmayan bir engel nedeniyle ödeme emrine itiraz edememesi halinde, borçlunun veya iradi temsilcisinin gecikmiş itirazda bulunması mümkün değildir (73).

2. Dava Vekilleri ve Dava Takipçileri

Kural olarak, icra işlerinde temsil avukatların tekeli altındadır. Avukat olmamasına rağmen, avukatların yaptıkları işleri yapan bazı kişiler mevcuttur. Bunlar dava vekilleri ve dava takipçileridir (74). Kanımızca,

70 Kuru-USul C.1 s.838. Dava için verilen feragat yetkisinin icra (ve iflas) takibi açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir (Aday s.109).

71 Kuru-USul C.1 s.841-842; bkz. ayrıca: Aday s.111.

72 Postacıoğlu s.158; HGK 7.4.1965, 547/158 (ABD 1965/5 s.639-641; İKİD 1966/64 s.4473-4476). Vekaletnamesi bulunmayan vekilin imzaladığı itiraz, itirazın kaldırılması dilekçesi üzerine, asil duruşmaya gelerek vekilin yapmış olduğu işlemlerine icazet verirse, bu icazet ile yapılan işlemler geçerlilik kazanır (Üstündağ s.73); bkz. özel yetkisi bulunmayan vekile verilecek icazetin hangi şekillerde olacağı konusunda: Kuru-USul C.1 s.849; Aday s.118.

73 Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Kuru-İcra C.1 s. 266.

74 Yine, avukat, dava vekili ve dava takipçisi olmamasına rağmen, bir kısım kişilere mahkemeler önünde bazı kamu kurum ve kuruluşlarını temsil etmeleri için vekalet görevi

avukatların yanında, dava vekilleri ve dava takipçileri de icra takipleri yapabilirler. 3499 sayılı eski Avukatlık Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte (1.12.1939 tarihinde) dava vekaleti ruhsatına sahip olan dava vekilleri, beş serbest avukat bulunmayan yerlerde vekalet alabilirler. 1.12.1939 tarihinden sonra bunlara dava vekaleti ruhsatnamesi verilmesi yasaklanmıştır. Bu tarihten önce, dava vekaleti ruhsatnamesi almış kişilere dava vekili denir. Dava vekili, o yerdeki diğer avukatlarla birlikte AK m. 35, I'deki adli işlemleri (o yerde) yapma yönünden bir tekele sahiptir (75).

En az üç avukat (ve ruhsatnameli dava vekili) olmayan yerlerde, dava takipçilerine de icra işlerinde vekalet verilebilir (76). Dava takipçileri en az üç avukat ve dava vekili olmayan yerlerde, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan bir listeye yazılmaları halinde, bazı dava ve işlerde vekalet alabilirler. Dava takipçileri, sadece buldukları yerdeki icra (iflas) dairelerinde vekaleten iş takip edebilirler (AK geçici m.17, I,II). Yine, buldukları yerdeki icra tetkik merciinde görülen dava ve işlerinin takibini vekaleten yürütebilirler. Fakat, icra ceza işlerinde (İİK m. 331 vd) vekalet almaları mümkün değildir (77).

verildiği görülmektedir. Örneğin, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.31 uyarınca "Kamu kurum ve kuruluşları, taraf olduğu işlerde; kendi avukatlarıyla, avukatları bulunmadığı takdirde, daire amiri veya daire amirinin yetkili kılacağı memurlarca temsil edilir".

75 Bkz. dava vekilleri konusunda: Kuru-Usul C.1 s.579; Aday s. 11 vd; Danıştay'a göre, 1.12.1939 tarihinden önce, 5 yıl adalet hizmetinde çalışmakla beraber, ruhsatname almamış olanlar, bu tarihten sonra da dava vekilliği ruhsatnamesi alabilir (Aday s.12 dn.57). Dava vekillerinin görev yapabilmesi için, o yerin bağlı bulunduğu baro tarafından tutulan listeye yazılmaları gerekir (AK geçici m.13); barodaki listeye yazılı bir dava vekili, geçici olarak 5 avukat bulunmayan yerlerde de dava vekilliği yapabilmelidir (Kuru-Usul C.1 s.579; Aday s.12); karş. AK geçici m. 17,I.

76 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 92; Kuru-İcra C.1 s.164; Olgaç-Usul s.290 no.6.

77 Yine, dava takipçilerinin çalıştıkları yerdeki avukat ve dava vekili sayısının üçü bulması halinde, dava takipçilerinin vekaleti kendiliğinden sona erdiğinden, bakmakta olduğu dava ve işlere devam edemezler (Kuru-Usul C.1 s.580); bkz. ayrıca, dava takipçileri konusunda : Kuru-Usul C. 1, s. 579 vd; Aday s.12; AK geçici m. 17.

II. KANUNİ TEMSİL

İcra hukukunda kanuni temsil mümkündür (İİK m.58). Takip ehliyeti bulunmayan kişiler, icra takiplerinde kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler (78). Mümeyyiz küçükler ve mahcurlar kural olarak takip ehliyetine sahip değillerdir. Yani, sınırlı takip ehliyetine sahip olanların ve tam ehliyetsizlerin takip ehliyetleri yoktur. Bunlar mallarının idaresi ve kişisel ihtiyaçları için gerekli satım, kira, ödünç verme gibi hukuki işlemleri ya hiç yapamazlar veya sınırlı bir şekilde yapabilirler. Bu nedenle bu kişilere kanuni mümessil tayin edilir. Takip ehliyeti bulunmayan borçlunun kanuni temsilci yoksa (henüz atanmamışsa), takip talebi borçluya yapılır. Bundan sonra, icra memuru, borçluya kanuni mümessil (vasi) atanması amacıyla sulh hukuk mahkemesine başvurur (İİK m. 57, I; Teb. Tüz. M.16, II) ve borçluya kanuni mümessil (vasi) atanıncaya kadar bekler (79).

Alacaklının takip ehliyeti bulunmuyorsa, takip talebi, alacaklı adına onun kanuni temsilcisi tarafından yapılır. Bu halde, takip talebine alacaklının ve kanuni temsilcisinin adı, soyadı ve adresinin yazılması gerekir (İİK m. 58/1). Kanuni temsilci, bir vekile (avukata) vekalet verebilir (80). Borçlu takip ehliyetine sahip değilse, takibin kanuni temsilciye karşı yapılması gerekir. Takip talebinde, borçlunun adı, soyadı ve adresinin yanında, borçlunun kanuni temsilcisinin adı, soyadı ve adresi de yazılmalıdır (İİK m. 58/2). Takip ehliyeti bulunmayan borçluya karşı veya borçlu için yapılan takepte (81), ödeme emrine itiraz etme yetkisi borçlunun kanuni temsilcisine aittir (82). İcra ve iflas hukukunda dürüstlük kuralı geçerlidir. Ödeme emrine itiraz eden kanuni temsilci ise, borçlu hakkında tazminata hükmolunabilmesi için, itiraz edenlerin kötüniyetle itiraz

78 Kanuni temsilcinin ikametgahı, başka bir icra dairesinin kaza sınırları içerisinde ise, takip için yetkili daire, kanuni temsilcinin bağlı olduğu icra dairesidir. Takibin kanuni temsilciye karşı yapılması kuralının ihlalinde şikayet yoluna başvurulur. Ödeme emri, kanuni temsilciye tebliğ edilmemiş ise, kanuni temsilci ve temsil olunan tarafından süresiz şikayet yoluna başvurulabilir (Postacıoğlu s.120).

79 Borçluya vasi atandıktan sonra, icra dairesi, ödeme emrini vasiye tebliğ eder. Takip ehliyeti olmayan borçluya ödeme emri gönderilmez (Kuru-İcra C.1 s.212 dn.16). Kanuni temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat, bu temsilcilere yapılır (Teb. K. m. 11, II; Teb. Tüz. m. 16).

80 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 90-91; Kuru-İcra C. 1 s. 163; Kuru-Usul C.1 s.870-871.

81 Borçlu, takip ehliyetine sahip olmamasına rağmen, kendisine kanuni temsilci atanmamışsa, icra dairesi bu atamanın yapılmasını sulh mahkemesinden ister (İİK m.57; Postacıoğlu s.121).

82 Ödeme emrine itiraz dilekçesinde, borçlunun veya kanuni temsilcisinin imzası bulunmalıdır (Kuru/Arslan/Yılmaz s.129; Kuru-İcra C.1's.259).

ettiklerinin ispat edilmesi gerekmektedir (83).

Kanuni temsilcinin, dava veya takibi yürütmesi halinde, tebligat kanuni temsilciye yapılır. Kanuni temsilci birden fazla ise, tebligat bunlardan birine yapılır (84). Mümeyyiz küçük ve mümeyyiz mahcur aleyhine yapılan takiplere ilişkin tebliğlerin, mahcur veya küçüğe değil, kanuni temsilcisine yapılması gerekir (85). Açık artırmanın bir örneği kanuni temsilciye tebliğ edilir (86). Müşterek borçluların hepsi veya bir kısmı bir kanuni temsilci tarafından temsil ediliyorlarsa, kanuni temsilciye yalnız bir tek ödeme emri tebliğ edilir (87). Kanunlara göre, kanuni mümessili bulunanların bizzat kendilerine tebligat yapılması gerekmekte ise, mümessile tebligat yapılamaz (88). Kanuni temsilcisi olan kişiler, tam ehliyetli hale gelirse, tebligat kendilerine yapılır. ilam çocuğun reşit olmasından sonra, icraya konulmuş ise, eski kanuni temsilciye yapılan tebligat geçersizdir. Reşit olan kişiye yeniden icra emrinin tebliği gerekir (89).

Takip ehliyeti bulunmayan kişilerin yaptıkları icra takiplerine (ve diğer işlemlere) kanuni temsilcileri icazet verebilir (90). Kanuni temsilci kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle ödeme emrine itiraz edememişse, gecikmiş itirazda bulunabilir (91).

83 Arslan R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 s.134, 137.

84 Teb.Tüz. m.15, II kıyasen.

85 Üstündağ s.80.

86 Arslan-İhale s.92.

87 İİK m.61, II. Ancak, birlikte takip edilen iki müşterek borçludan biri diğerinin kanuni temsilcisi ise, ikisine birlikte ödeme emrinin tebliğ edilmesi gerekir (BGE 63 III s.13-16).

88 Yılmaz E., (Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin, Ankara 1989 s.124 vd; Teb.K. m.11, II; Teb. Tüz. m.16. Tebligatın, kanunlara göre temsil olunan mümeyyiz ve küçüğe gönderilmesi gerekiyorsa, kanuni temsilciye tebligat yapılmaz. Örneğin, mümeyyiz küçük ve mahcurların kişiye sıkı bağlı haklarında, tebligat mümessile değil, onun temsil ettiği kimsenin adresine çıkarılır (7201 s. K. Hükümet Gerekçesi: Yılmaz/Çağlar s. 128 dn.3); bkz. ayrıca: İİK m. 57, II.

89 İİD 14.4.1961, 3394/3819 (Sİ 1962/167 s.5037).

90 Kuru-İcra C.1 s.164.

91 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 131; Kuru-İcra C. 1 s.266.

1. Sınırlı (Mahdut) Takip Ehliyetine Sahip Olanlar

Bunlar mümeyyiz küçük ve mahcurlardır ⁽⁹²⁾. Mümeyyiz küçük ve mahcurların kanundaki istisnalar ⁽⁹³⁾ dışında takip ehliyeti bulunmamaktadır. Bu kişiler, icra takibinde (ve davada) kanuni temsilcileri tarafından temsil olunurlar. Bunlar tek başına, takip talebinde bulunamazlar. Kanuni temsilcileri takip talebinde bulunur. Borçlunun takip ehliyeti bulunmuyorsa, ona karşı yapılacak icra takibinde, borçlu, kanuni temsilci tarafından temsil edilir. Yine, takip ehliyetine sahip olmayan alacaklı adına onun kanuni temsilcisi (veya atayacağı vekil) tarafından icra takibi yapılır ve devam ettirilir. Takip ehliyetine sahip olmayan borçlu veya alacaklının kanuni temsilcisinin, küçük veya mahcura bir vekil tayin ederek de, icra takibini vekil aracılığıyla yürütmesi mümkündür (HUMK m.59, II). Bu halde vekil, kanuni temsilcinin değil, mümeyyiz küçük veya mahcurun temsilcisidir. Takip sırasında, mümeyyiz küçük reşit olmuş ise, takibin reşit olan kişi tarafından sürdürülmesi gerekir ⁽⁹⁴⁾.

Takip ehliyetine sahip bulunmayan kişilerin yapmış oldukları icra takiplerine (ve diğer işlemlere) kanuni temsilcileri icazet verebilirler (MK m.269,394) ⁽⁹⁵⁾.

Mümeyyiz küçük ve mahcurlar, kişiye sıkı olarak bağlı haklarını kullanmada kanuni temsilcilerinin rızasına muhtaç değildirler (MK m. 16, II).

Mümeyyiz küçük ve mahcurlar, tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan mal ve alacaklarda da (MK m. 283, 398) takip ehliyetine sahiptir. Kendisine ana ve babası tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen mümeyyiz küçük (MK m.284), bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları ile ilgili konularda takip ehliyetine sahiptir. Bir meslek veya sanatla uğraşan mümeyyiz küçüğe karşı icra takibi yapılması mümkündür. Çünkü, bu hallerde yalnız başına takip ehliyetine sahiptir. Bu halde, mümeyyiz küçük mal beyanında bulunmaz ise, Yargıtay'a

92 Bkz. MK m.16, 283, 284, 396,398, 405/7; 260, I; 394, II; İİK m.57, II.

93 Bkz. MK m.16, II; 283, 284, 398, 405/7; İİK m.57, II.

94 Uyar-Kambiyo s.252-253; İİD 20.3.1973, 2379/2848 (RKD 1973/9-11 s.466; RKD 1974/1-2 s.80). Küçüğün reşit olması halinde, dava dilekçesi kanuni temsilciye tebliğ edilir (4.HD 26.5.1982, 5017/5421: Yasa HD 1982/8 s.1072).

95 Mümeyyiz küçük ve mahcurların yaptıkları takip işlemleri hemen batıl sayılmaz. Bu halde, borçlu, MK m.394 ve 395 uyarınca kanuni temsilcisinden icazet isteyebilir. İcazetin verilmemesi halinde, takip iptal edilir (Üstündağ s.80); bkz. ayrıca: Postacıoğlu s.118.

göre, mümeyyiz küçüğün cezalandırılması (İİK m.337) gerekir (96). Bu halde, icra işlerine ilişkin tebligatta kendilerine yapılır. Bu halde, mümeyyiz küçük tam ehliyetli kişiler gibi, her türlü tasarrufu yapma hakkına sahiptir. Dava ve takipte bulunabileceği gibi, kendisine husumet yöneltmesi de mümkündür. İİK'nun 57. maddesinin 2. fıkrası hükmü de bu görüşü desteklemektedir (97). Bu istisnai hallerde, mümeyyiz küçük ve mahcurlar davayı (takibi) kendileri veya yetkili kıldıkları vekilleri aracılığıyla yürütebilirler (98).

2. Takip Ehliyeti Olmayanlar (Tam Ehliyetsizler)

Bunlar, mümeyyiz olmayan kişilerdir. Mümeyyiz (temyiz kudreti) olmayan kimselerin (tam ehliyetsizlerin) takip ehliyeti yoktur. Bu gibi kişiler icra takiplerinde kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir. Kanuni temsilci tarafından işlemlerin yapılması, takip talebinde bulunulması gerekir (99).

3. Kanuni Temsilciler

Kanuni temsilcileri şu şekilde sıralamak mümkündür: Velayet hakkına sahip ana ve baba, evlat edinen (MK m.257), vasi ve kayyım (MK m.376) (100).

a. Velayet Hakkına Sahip Ana ve Baba

Velayet altında bulunan küçüğün temsili velisine aittir (MK m. 268 vd). Velayet hakkı ana ve babada (her ikisinde ortak) ise, baba, küçüğü icra takibinde yalnız başına temsil edebilir. Fakat, ana, yalnız başına küçüğü

96 İİD 24.5.1968, 3571/5500 (RKD 1968/7-8 s.107-108); İİD 22.6.1968, 5977/6536 (RKD 1968/7-8 s.116; ABD 1969/2 s. 376).

97 12.HD 22.9.1980, 4848/6601 (YKD 1981/9 s.1164). Mümeyyiz küçük veya mahcur bir meslek veya sanatla uğraşmasına yetkili kılınmışsa, bu işlerin gerektirdiği tasarrufları geçerli olarak yapabilir. Bu nedenle borçlardan bizzat kendisi sorumludur. Borçlarına ilişkin takip ve tebligat, sınırlı ehliyetli olan kişiye karşı yapılır. Takibin hukuki ve cezai sonuçları da kendisine aittir (Üstündağ s.80, 92); bkz. ayrıca: Postacıoğlu s.120.

98 Kuru-Usul C.1 s.681 vd; CGK 7.5.1979, 1/122-203 (YKD 1979/9 s.1351-1355).

99 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 90; Uyar-Kambiyi s.251. Takip ehliyetinin bulunmadığı kendiliğinden gözetilir (12.HD 22.3.1979, 23181/2497: Yasa HD 1979/6 s.921). Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, şikayet süreye bağlı değildir (12.HD 22.9.1980, 4848/6601: YKD 1981/9 s.1164).

100 Kanuni temsilciler konusunda bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz s. 91; Kuru-İcra C.1 s.163; Kuru-Usul C.1 s.691 vd. Bazı yazarlar, vasiyeti tenfiz memurunu da kanuni temsilci olarak kabul ederler. Fakat, bu konu tartışmalı olup, görüş birliği yoktur (Yılmaz-İflas İdaresi s.30 dn.11).

temsil edemez (MK m.263) (101).

Ana ve baba, velayet hakkına sahip oldukları için, küçüğün kanuni temsilcisidirler. Bu sıfatla, çocuğu mahkemelerde veya diğer mercilerde doğrudan doğruya temsil edebilirler (102). Çocuğa bir vekil de atamaları mümkündür. Atanan vekil çocuğun temsilcisidir (103).

Velayet hakkı yalnız anada veya yalnız babada ise, veli olan ana veya yalnız başına çocuğu temsil eder (104). Ana ve babadan birinin ölümü halinde, velayet kendiliğinden sağ kalan eşe geçer. Temsil hakkı, sağ kalan eşe aittir. Boşanma halinde, mahkemece velayet kendisine verilen ana veya baba çocuğu temsil eder (MK m.264). Velayet hakkı anada ise, küçüğü anası temsil eder. Küçüğün takip sırasında reşit olması halinde, artık ananın kanuni temsilcilik sıfatı sona ereceğinden (105), reşit olan kişiye tebligat yapılır. Hatta reşit olan kişi, bizzat bir vekile, vekaletname vermiş ve vekil yargılamaya gelerek duruşmayı takip etmiş ise, reşit olan kişiye tebligatın yapılmasına gerek yoktur (106). İlamın çocuğun reşit olmasından sonra icraya konması halinde, icra emri, eski veliye değil, çocuğun kendisine tebliğ edilir. İcra emrinin eski veliye yapılmış olması tebligatı usulsüz kılar. Çocuğa yeniden tebligat yapılması gerekir (107).

b. Vasi

Vasi vesayeti altındaki küçüğün alacağını kanuni temsilci sıfatıyla takip edebilir. Vasinin vesayet altında bulundurulmuş kişi adına icra takibini sürdürebilmesi veya vesayet altında bulunan kişi aleyhine yapılmış olan icra

101 Kuru-İcra C.1 s.163 dn.52; Kuru/Arslan/Yılmaz s.91 dn. 7; Kuru-Usul C.1 s.691 vd.

102 "...küçük, rüşünü ikmal edinceye kadar tevdi olduğu ana veya babası tarafından bakılmış olacağından bu tarihe kadar ödenmeyen nafaka borçlarını kanuni temsilci takip ve dava etmek hakkını haizdir" (Üstündağ s.86 dn.180).

103 2.HD 30.3.1971, 1057/2113 (RKD 1971/6-7 s.188-189).

104 "Velayetin anaya bırakıldığına dair olan ilam, teslimi de tazammun eder" (Kuru-İcra C.3 s.2362 dn.3).

105 "İcrası istenen ilamda, aleyhine hüküm çıkan şahsın, icra takibi sırasında reşit olması halinde, velisinin velayet hakkı düşer. Bu sebeple, veliye yapılan icra emri ve tebligatın iptaline, alacaklının asıl borçlu (reşit olan) hakkında yeniden tebligat yaptırmakta muhtariyetine karar verilmesi lazımdır" (Yılmaz/Çağlar s.157 dn.112).

106 4.HD 28.6.1982, 6073/6660 (YKD 1982/11 s.1529; Sınmaz/Karataş s.116-117). Küçük, yargılama sırasında ve hükümden önce reşit olmuş ise, artık kanuni temsilcisinin icazetine muhtaç değildir. İşleme bizzat kendisi icazet verebilir (CGK 7.5.1979, 1/122-203: YKD 1979/9 s. 1351-1355).

107 İİD 14.4.1961, 3394/3819 (Sİ 1962/167 s.5037).

takibinde onu temsil edebilmesi için, vasiye vesayet makamı olan sulh mahkemesince husumet izni (108) verilmesi zorunludur (109).

Kanuni veya iradi bir temsilcisi bulunmayan bir borçlunun, tutuklu (110) veya hükümlü (hapisli) olması halinde, borçlu bir yıl veya daha uzun süreli hürriyeti kaldırıcı bir ceza nedeniyle hapsedilmişse, icra memuru, hapisliye bir vasi atanmasını sulh mahkemesinden (MK m.363) talep eder (İİK m. 54, I). ilgili mahkemece, vasi atanıncaya kadar, hapisli borçluya karşı başlamış olan icra takibi durur. Vasinin atanması üzerine, icra takibi vasiye karşı yürütülür (111). Yani, bir sene veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olan her reşit için bir vasi tayin edilir (MK m.357).

Borçlu tutuklu (veya gözaltına alınmış) yada hapisli olmasına rağmen, cezası bir yıldan aşağıda ise (112), icra memuru, kendisine bir temsilci ataması için, borçluya belirli bir süre verir (113). Bu sürenin devamınca, borçluya karşı hiçbir takip işlemi yapılamaz (114). Verilen süre içinde, tem-

108 Yine, vasinin vesayeti altındaki borçlu adına konkordato teklif edebilmesi, sulh mahkemesinden izin almış olması gerekir (MK m. 405/8). Vasiye husumet için izin verilmiş olsa bile, konkordato için ayrıca bir iznin verilmesi gerekir (Kuru-İcra C.4 s.3590).

109 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 91 dn. 8; Kuru-İcra C.1, s.163 dn.53; Kuru-USul C.1 s.700 vd; MK m.389, 405/8; 12.HD 27.11.1979, 8683/9095 (Yasa HD 1980/5 s.714-715). Sulh mahkemesinden izin alınmadıkça, vasinin mahcuru temsilen duruşmalara devam etmesi mümkün değildir. Bu husus, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, mahkemece kendiliğinden gözetilir (4.HD 21.1.1980, 8150/512: YKD 1980/5 s.659-660); karş. Postacıoğlu-icra s.119.

110 Tutuklanmamış olmasına rağmen, gözetim altına alınmış (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 15) olan borçlu hakkında da, İİK m. 54 hükmü dikkate alınmalıdır (Kuru-İcra C.1 s.141 dn.16).

111 Yani, borçluya karşı hiçbir icra takip işlemi yapılamaz. Fakat, vasi atanıncaya kadar borçlu hakkında yeni bir icra takibi yapılabilir. Fakat, icra memuru, bu takibe ilişkin ödeme emirlerini borçluya değil, yeni atanacak vasiye tebliğ eder (Kuru-İcra C.1 s. 212 dn.16).

112 Yani, İİK m.54, I'deki ifadeyle "müessil tayini vesayet makamına ait değilse" (karş. MK m. 357).

113 Bu halde, icra dairesince, borçluya her bir icra takibinde, temsilci ataması için ayrı ayrı süre verilmesinde, borçlunun hukuki bir yararı mevcuttur. Bu şekilde hareket edilmekle, borçluya kendisine karşı yapılan her icra takibini öğrenebilme ve her takibin özelliğine göre temsilci atayabilme fırsatı verilmektedir. Uygun bir sürenin verilmemesi ise, borçluya süresiz şikayet yoluna başvurma hakkı verir (İsviçre Federal Mahkemesi 18.12.1951: BGE 77 III s.145-147).

114 Ancak, mal kaçırılması şüphesinin varlığında, bu süre içinde de haciz yapılabilir (İİK m. 54, II).

silci atanır ve icra dairesine bildirilirse, icra takip işlemleri bu temsilciye yapılır (115).

Vasi tayin edilmişse, tebligatın vasiye yapılması gerekir (116). Bu nedenle, ödeme emri vasiye tebliğ edilebilir. Yargıtay'a göre, vesayet altındaki borçlunun vasisine, sulh mahkemesince verilmiş bir husumet izni olmadıkça ödeme emri tebliğ edilemez. Aksi halde geçersizdir (117). Kanımızca, ödeme emri vasiye tebliğ edilebilir. Bunun üzerine vasi, acele iş olması nedeniyle ödeme emrine itiraz edebilir. Vasi ödeme emrinin kendisine tebliği ile, vesayeti altındaki borçluya karşı icra takibi yapıldığını öğrenir ve sulh mahkemesinden husumet izni (MK m.405/5) ister. Fakat, bu husumet izninin ödeme emrine itiraz süresi (yedi gün) içinde yerine getirilmesi zor olduğundan, vasi ödeme emrine itiraz edebilmelidir (118).

Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse (MK m. 396, 405/7), bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için takip ehliyeti bulunmaktadır. İcra işlerine ilişkin tebligat da kendilerine yapılır (İİK m. 57, II). Yani, sulh mahkemesinin izniyle mesleki faaliyette bulunan vesayet altındaki kimseye, bu faaliyetinden doğan borçlarından dolayı kendisine tebligat yapılabilir (119).

Borçluya, askerlik (120) hizmetinde bulunduğu sırada, kendisine karşı başlamış veya yeni yapılan icra takiplerinde, bir temsilci atayabilmesi

115 Belirlenen süre içinde, temsilci atanıp icra dairesine bildirilmemişse, tutuklu (veya gözaltına alınmış) veya hapisli borçlu hakkında takibe devam edilir (İİK m. 54, I). Örneğin, ödeme emri borçlunun kendisine gönderilir (Teb.K. m.19; Teb. Tüz. m.25).

116 2.HD 26.1.1988, 11329/776 (YKD 1988/7 s. 904); 4.HD 15.12.1987, 7621/9199 (YKD 1988/2 s.180-181).

117 TD 10.1.1961, 2409/66 (ABD 1961/2 s.50-52; İKİD 1961/4 s.268-270).

118 Kuru-İcra C.1, s. 250; Kuru-Usul C.1 s.704 dn.507; karş. Kuru-Usul C.1 s.704-705; Kuru-İcra C.1 s.141 dn.19; 12.HD 26.12.1978, 10660/10788 (Yasa HD 1979/2 s.236).

119 Berkin, N.M., İcra Tebliği ve 538 Sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler (İHFM 1967/1-2, C.33, s. 129-140 (137)). Bir sanatla uğraşmasına yetkili kılınan bir küçüğe karşı yapılan takipte, kendisine tebliğ edilen ödeme emrinin vasiye verilmesi üzerine vasi tarafından yapılan itiraz geçerli kabul edilmektedir. Bu halde, gerçek borçlu tarafından verilecek icazet temsil eksikliğini gidermektedir (Postacıoğlu s.158).

120 Bunlar askerlik hizmetini yapmakta olan erler, onbaşılar ve kıta çavuşlarıdır. Uzman veya uzatmalı çavuşlar ve uzatmalı onbaşılar ve yedek subaylar hakkında İİK m. 54a hükmü uygulanmaz (Kuru-İcra C.1 s. 143 dn.26).

için, icra dairesince uygun bir süre verilmesi gerekmektedir (121). İcra takip işlemlerinin yürütülebilmesi için, atanacak temsilcinin bir avukat olmasında yarar vardır (122). Verilen sürede, atanmış temsilci icra dairesine bildirilmişse, icra takip işlemleri bu temsilciye yapılır. Aksi halde, asker borçlunun kendisine karşı takibe devam edilir (İİK m. 54a) (123).

Vasi, vesayeti icra hakkına sahip olduğu oranda vesayet altına alınanın kanuni mümessilidir (124). Bu sıfatla, vesayet altına alınan kişiyi mahkeme ve diğer mercilerde doğrudan doğruya temsil edebileceği gibi, bir vekil ataması da mümkündür (HUMK m.59, II). Atanan vekil, vasi değil, vesayet altına alınanın temsilcisi olur. Vesayet altına alınan, sonradan reşit olsa bile, vekaletle ilişkin hükümler ortadan kalkmaz (125). Vesayet kalkması halinde de, vasi tarafından verilmiş olan vekalet ilişkisi son bulmaz (126).

c. Kanuni Müşavir

Atanan danışman, iştirak danışmanı ise (MK m.379/I), kendisine iştirak danışmanı atanmış kişi, ancak danışmanın izni ile takip talebinde bulunabilir. Danışman, bu konudaki iznini, icra dairesine yazılı bir şekilde veya takip talebini danışman atadığı kişi ile birlikte imzalayarak da verebilir. Kendisine iştirak danışmanı atanmış kişi, tek başına takip talebinde bulunmuşsa, danışmana başlamış olan takibe izin verip vermeyeceği sorulur. İzin verilmezse, takip iptal edilir. İştirak danışmanı, kanuni temsilci olmadığı için, kendisi, bizzat danışmanı atandığı kişi adına takip talebinde bulunamaz. Atanan kişi, idare danışmanı ise, kendisine danışman atanmış

121 Belirlenen bu süre içerisinde, borçluya karşı hiçbir şekilde icra takip işlemi yapılamaz. Ancak, mal kaçırılması şüphesinin varlığında, bu süre içinde de haciz yapılabilir (İİK m. 54a, II).

122 Asker borçluların vekaletname verebilmeleri, adli yardımdan yararlanabilmeleri ve adli yardım yolu ile kendilerine avukat atayabilmeleri daha da kolaylaştırılmıştır (bkz. 1111 sayılı Askerlik K. m.61; 4308 s.K. m.1).

123 Örneğin, tebligat kendisine yapılır. Asker borçlunun kendisine yapılacak tebliğ, Tebligat K. m. 14-15 ve Teb. Tüz. m. 19-21'deki kurallar çerçevesinde gerçekleştirilir. Bkz. ayrıca, asker kişilerle ilgili haczedilemeyecek hususlarda: İİK m. 82/9; Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 143, 154, 177.

124 "Davanın açıldığı tarihte davacının temyiz yeteneğinden yoksun bulunması, vekili bulunan avukatın dava açmasına mani teşkil etmez. Zira davacının asile sonradan vasi atanmış kimisinin icazetiyle önceki işlemler geçerli kılınmış olur" (Olgaç-USul s.227 no.6; Sınmaz/Karataş s.125).

125 5.CD 9.9.1982, 2711/2990 (YKD 1983/2 s.276-277).

126 Kuru-USul C.1 s.870 dn.336.

kişi, takip talebinde bulunamaz. Bu halde, kanuni temsilci olan idare danışmanının takip talebinde bulunması gerekir (127).

Kendisine iştirak müşaviri tayin edilmiş olan kişiye karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip (İİK m.148 vd) yapılması halinde, icra emrinin müşavire tebliğ edilmesi gerekir. Borçluya yapılan tebligat geçerli değildir. Yani, kendisine kanuni müşavir tayin edilmiş olan kişinin, bu karar kaldırılmadığı sürece, müşavirin oyunu alarak yapabileceği bir işlemi kendiliğinden yapması (ipotek tesisi) halinde, ipotek alacaklısının takip talebi üzerine gönderilecek ödeme emrinin müşavire tebliği gerekir. Borçluya yapılan tebligat geçersizdir (128).

C. TÜZEL KİŞİLERDE TEMSİL

Tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır. Özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin yetkili organları (temsilcileri) tabi oldukları kanunlara ve tüzüklerine (statülerine) göre belirlenir (129). Bu belirlenen organlar, tüzel kişinin temsilcisidirler. Yani, tüzel kişinin organları davada kanuni temsilci durumundadırlar (130).

İcra takibinde, tüzel kişiler taraf olabilir. Tüzel kişilerin icra işlemlerini yapabilmesi için takip ehliyetine sahip olması gerekir. Tüzel kişiler, kanuna ve tüzüklerine göre, gerekli organlara sahip olmaları ile, tam takip ehliyetine kavuşurlar (MK m.47) (131). Tüzel kişiler, davayı yetkili organları aracılığıyla takip ederler (HUMK m. 39; MK m.48). Tüzel kişilere ilişkin icra işlerinde, yetkili temsilcilere karşı takibe başvurmak gerekir.

¹²⁷Uyar-Kambiyo s.253-254.

¹²⁸HGK 9.5.1975, 12/823-746 (ABD 1975/6 s.875-877; İKİD 182 s.4395-4396). Kendisine kanuni müşavir atanan borçlu, konkordato teklif edebilmek için kanuni müşavirin reyini almak zorundadır (MK m. 379/1 kıyasen).

¹²⁹"Vekaletlerin ve bunların teşkilatının, mülhak ve hususi bütçeli idarelerle belediyelerin, köylerin ve hususi kanunlarına müsteniden kurulmuş olan teşekküllerle, şirketlerin ve cemiyetlerin selahiyetli oldukları mümessilleri tabi oldukları kanunlara ve statülerine göre belirlenir" (Teb. Tüz. m.17).

¹³⁰Rosenberg L/Schwab K. H./Gottwald P., Zivilprozeßrecht, München 1993 § 53, I. Fakat, organın hukuki niteliği, kanuni temsilcilik değildir. Yalnızca, organın davadaki işlevi kanuni temsilcilik gibidir (Kuru-Usul C.1 s.719).

¹³¹Hak ehliyetine sahip yabancı tüzel kişilerin Türkiye'de yapacakları (veya kendilerine karşı yapılacak) icra takiplerinde taraf ehliyetleri mevcuttur. Ancak, yabancı alacaklı, icra takibi yaparken, döviz olarak teminat göstermeleri gerekir (Kuru-İcra C.1 s.160; Kuru B.,Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.3, İstanbul 1991 s.2997-2998, 3001, C.IV s. 4608-4609 (Kuru-Usul C.3); MÖHUK m. 32.

Yetkili temsilcinin kim olduğunun araştırılması gerekir (132). Yetkili olmayan temsilciye karşı davanın (takibin) yürütülmesi halinde, bunun düzeltilmesi amacıyla hakim bir süre belirleyebilir. Taraflar da, yargılamanın her aşamasında bunu hakimden isteyebilirler. Bu şekildeki bir uygulama usul ekonomisine de uygundur (133). Hatta, tüzel kişilerle ilgili davalarda, hasımda yanılma halleri, temsilcide yanılma olup, ıslah yoluna dahi başvurmada düzeltilebilir (134).

Tüzel kişilerin kanuni temsilcisinin bir vekile vekalet yetkisi vermesi de mümkündür. Tüzel kişinin temsilcisinin vermiş olduğu vekalet, sonradan temsilcinin değişmesi ile son bulmaz. Bu nedenle, tüzel kişinin yeni temsilcisinin, önceki temsilcinin tayin etmiş olduğu vekile yeni bir vekaletname vermesi gerekmez (135).

Tüzel kişiliğe sahip icra işlerine ilişkin tebliğler yetkili temsilcilerine yapılır. Tüzel kişilere, Tebligat Kanunu m.12-13 ve Tebligat Tüzüğü m.17-18'deki hükümlere göre tebligat yapılır. Tüzel kişilere ve ticarethanelere yapılan tebligat yetkili temsilcilerine yapılır ve tebligatlar temsilciler tarafından kabul edilir. Yetkili temsilci dışında tebligat yapılması usule ve kanuna aykırıdır (136). Yetkili temsilciye usulüne uygun tebligat yapılmadan, tetkik merci borçlu tüzel kişinin yokluğunda duruşma yaparak karar veremez (137). Temsilciler birden fazla ise, yalnız birine yapılır. Ticarethaneler bakımından tebligat, ticari mümessile de yapılabilir. Yetkili

132 "Davalı kulüp temsilcisi kira sözleşmesini inkar ettiği gibi icra dosyasında sözleşmeyi imza edenin de kulübü temsil eden kişi olmadığını savunmuş bulunduğu göre, kulübün tüzüğünü getirtip kira sözleşmesinin düzenlendiği tarihte kulübün yetkili temsilcisinin kim olduğunun araştırılması gerekir" (4.HD 14.4.1966, 4829/4418: Sınmaz/Karataş s.118). Anonim şirket temsilcilerinin mahkemece araştırılmaması hükmün bu nedenle bozulmasına yol açar (8.HD 5.11.1984, 10156/9797: Sınmaz/Karataş s. 120).

133 15.HD 16.11.1984, 1933/3543 (Sınmaz/Karataş s.121).

134 Yılmaz E., (medeni yargılama hukukunda) Islah, 1982 s.209 vd (Yılmaz-İslah). Yine, taraf belirtilirken yapılan hataların tazvih ile düzeltilmesi mümkündür. Örneğin, "Auer Aygaz Fabrikası" diye gösterilen davalının "Auer imalat Anonim şirketi" olarak düzeltilebilir. Yine, "...ve ortağı Komandit şirketi" ibaresi, "...ve ortakları Koll.şti." olarak değiştirilebilir (Yılmaz-İslah s.212-213). Ödeme emrinde tüzel kişiliğin ünvanının olmaması, ödeme emrinin butlanına neden olmaz (Postacıoğlu s.127).

135 Kuru-Usul C.1 s.871.

136 Tüzel kişilikle ilgili 1.haciz ihbarnamesinin "sekreter"e tebliği usule aykırıdır (Yılmaz/Çağlar s.179 dn.7). Dernek adına çıkarılan ödeme emrinin yetkisiz bir kişiye tebliği doğru değildir (Yılmaz/Çağlar s.179 dn.8, s.180 dn.11). Tüzel kişi temsilcinin görevinden ayrılmasına ve bu durum bilinmesine rağmen, tebligatın ona yapılması usule aykırı olup, tebligatı geçersiz kılar (Yılmaz/Çağlar s.192-193).

137 12.HD 24.4.1986, 11034/4820 (İBD 1986/10-11-12, s. 783).

temsilcilerin bulunmaması halinde, tebliğ, orada hazır bulunan memur veya müstahdemlerden birine yapılır (Teb. K. m.12, 13).

Ödeme emrinin, tüzel kişiyi temsil yetkisi olmayan memur ve müstahdemlerine de tebliği mümkündür (Teb. K. m. 13). Bu kişiler, tüzel kişi adına tebligatı almaları mümkün ise de, ödeme emrine itiraz etme yetkileri yoktur (138). Tüzel kişinin temsilcilerinden birinin veya tüzel kişiyi temsil yetkisi olmayan bir müstahdemin ödeme emrine itiraz etmesi halinde diğer temsilcilerin yapılan itiraza icazet vermeleri ile ödeme emrine itirazın geçerli sayılması uygun olacaktır. Borçlu tüzel kişinin birden fazla temsilcisinden bir kısmının ödeme itiraz etmesi, diğerlerinin borcu kabul etmesi halinde, borçlu tüzel kişiyi itiraz etmemenin sonuçlarından kurtarmak için, ödeme emrine itirazın geçerli sayılması doğru olacaktır (139).

1. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Temsili

Özel hukuk tüzel kişilerinin malları, hakkında özel bir hüküm mevcut değilse haczedilebileceğinden (140), bunlar hakkında icra takibi yapılması mümkündür. Özel hukuk tüzel kişileri dernekler (141), vakıflar, kooperatifler, bankalar, sendikalar ve ticaret şirketleridir (142).

Özel hukuk tüzel kişilerini organları temsil eder. Bu temsilciler, tüzel kişinin tüzüğünde (statüsünde) belirtilir. Özel hukuk tüzel kişiliğini, tüzüğe göre yetkili organı yanında, bu organın Avukatlık Kanunu hükümlerince tayin ettiği vekili de temsil edebilir (143). Özel hukuk tüzel kişilerinin yetkili organları, avukat olmasa da tüzel kişiyi icra takibinde temsil edebilirler. Fakat, tüzel kişinin organı olan gerçek veya tüzel kişiler, bir başkasını vekil olarak atamak istediklerinde. bunun baroda yazılı avukat olması gerekmektedir (144).

¹³⁸Bu halde, tüzel kişinin temsilcileri, ödeme emrini vaktinde öğrenemediklerinden dolayı, gecikmiş itiraz yoluna başvurabilirler (Kuru-İcra C.1 s. 252).

¹³⁹Kuru-İcra C.1 s.252.

¹⁴⁰Kuru-İcra C. 1 s. 787 vd; bkz. ayrıca: Sendikalar Kanunu m.64,II.

¹⁴¹"Derneği temsil, tüzükte yazılı olanlara aittir. Davalı dernek tüzüğünün 9/A-2 maddesi gereğince derneği başkan temsil eder. Öyle ise üyenin dernek adına dava açmak hakkı yoktur" (Olgaç-Usul s.183-184 no.9). "...şirketlerin ve derneklerin yetkili temsilcileri kanuna ve statülerine göre belirlenir" (Olgaç-icra s.134, no.8).

¹⁴²Bkz. Özel hukuk tüzel kişileri ve organları hakkında: Kuru-Usul C.1 s.628 vd; Zevkliler A., Medeni Hukuk, 1989, s. 601, 603, 614,649, 651-652.

¹⁴³4.HD 18.1.1965, 1513/192 (Sınmaz/Karataş s.118).

¹⁴⁴Uyar-Kambiyo s.255.

Derneklerin zorunlu organları, genel kurul ve yönetim kuruludur (145). Onur kurulu, danışma kurulu gibi seçimlik organları da vardır (146). Derneklerde, üyelere birine veya bazılarına tüzel kişiliği temsil yetkisi verilebilir. Tüzel kişiliğin müdürü de organ kavramı içindedir. Tüzel kişiliğin tüzüğünde (147) müdür yardımcısı, şube müdürü, genel sekreter gibi kimselere (ve ticaret ortaklıklarında ticari vekile veya mümessile) organ niteliği verilebilmektedir (148).

Ticaret ortaklıkları: Kollektif (149), anonim (150), limited, komandit (151) ve kooperatiflerdir. Bu şirketler tüzel kişiliğe sahiptir. Bir şirketin organı durumundaki, gerçek kişilerin topluca birden tutuklanması halinde, bunlar tutuklanmadan önce bir temsilci atayabilecek durumda değil iseler, İİK m. 54 gereği, icra memuru, şirkete bir temsilci atanabilmesi amacıyla uygun bir süre vermesi gerekir (152). Ödeme emrinin şirketin yetkili

145"dernek yöneticilerinin kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan derneğe ilişkin davada husumet dernek tüzel kişiliğine yöneltilmelidir" (Erdoğan C., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1982 s.185 no.680).

146"Tüzüğe göre derneği temsil yetkisi bulunmayan genel katibe, ayrıca tüzükte kabul edilmiş bir tasarruf hakkı değil genel hükümler uyarınca verilmiş belgeye dayanarak derneği mahkemede temsil edebilme hakkı tanınmaz. Çünkü bu hak avukatlara tanınmıştır" (4.HD 18.1.1965, 1513/192: Sınmaz/Karataş s.118).

147"Tüzüğe göre, derneği başkan temsil etse bile açılan davanın başkan hakkında olması bu kuralı değiştirmez. Durum genel kurula yansıtılmalı ve orada gereği için karar aldırılmalıdır" (Erdoğan s.185 no.679).

148 Yılmaz/Çağlar s.178-179.

149 Kollektif şirketlerde, şirketi temsile yetkili olanlar şirketin esas tüzüğünde belirtilmemişse, ortaklardan herbiri ayrı ayrı şirketin temsilcisidir ve bu nedenle bunların herbirine de tebligat yapılabilir (Yılmaz/Çağlar s.181 dn.16). Kollektif şirket hakkında alınmış olan aciz belgesi ile, kollektif şirket ortaklarına karşı iptal davası açılmaz (13.HD 16.4.1981, 1228/2844: Yasa HD 1981/11 s.1497-1498). Kollektif şirket temsilcilerinin konkordato teklif edebilmeleri için, temsilci olmayan bütün ortaklarla birlikte karar vermiş olmaları gerekir (Kuru-İcra C.4 s.3591). "Kollektif şirket aleyhinde takip semeresiz kaldığı veya şirket hitam bulduğu (feshedilme değil) takdirde, şirket aleyhine takip yapılabilir (TTK m.179; Üstündağ s.75 dn.149).

150"Anonim şirket hissedarları...iç ve dış münasebetlerinde şirketi temsil yetkisini haiz değillerdir" (İİD 2.7.1968, 3615/6990: RKD 1968/7-8 s.123-124). Anonim şirket yönetim kurulu, konkordato teklifine karar vermeye yetkilidir (TK m.321; Kuru-İcra C.4 s.3593).

151 Komandit şirketin konkordato teklifi, bütün komandite ortaklarca yapılmalıdır. Komanditer ortakların ise konkordato istemek ve konkordatoya muvafakat etmek yetkileri bulunmamaktadır (Kuru-İcra C.4 s.3593).

152 İsviçre Federal Mahkemesi 4.4.1970 (BGE 96 III s. 4-9).

temsilcisine tebliğ edilmesi gerekir. Ticaret şirketlerinde (153) ödeme emrine itirazı, şirketin yetkili temsilcisi yapabilir. Komandit şirket adına gönderilen ödeme emrine temsilcisi olan kişi tarafından itiraz edilmesi usule uygundur (154). Tasfiye halindeki şirketi mahkemelerde ve diğer yerlerde temsil hakkı tasfiye memuruna aittir. Ticaret ortaklığının tasfiye haline girmesi halinde, tebligat tasfiye memuruna, tasfiye memuru seçilmemiş ise, ortaklara yapılır (155). Tebligatın usulüne uygun (156) olarak yapılması gerekir (157).

Şirketler, icra takiplerini bir vekil (avukat) aracılığıyla da yürütebilirler. Bu halde, duruşma davetiyesinin bu vekile tebliğ edilmesi gerekir (158). Şirket temsilcisi veya vekili kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, borca veya imzaya itiraz edebilirler (159).

Şirketin birden fazla temsilcisi mevcut ve bunlar müşterek bir imza ile şirketi temsil yetkisine sahip iseler, ödeme emrine itiraz dilekçesini (veya tutanağını) birlikte imza etmeleri gerekir. Kural bu olmakla beraber, tüzel

-
- 153 Ticaret şirketlerinde, "temsil yetkisine haiz olan kişi, şirketin gayesine dahil olan her nev'i fiilleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak, şirket ünvanını kullanmak, şirketi kaza mercilerinde temsil etmek hakkına sahiptir" (İİD 6.2.1968, 1002/1125: Olgaç-Usul s.222 no.29).
- 154 12.HD 15.5.1986, 6119/5807 (Kuru-İcra C.1 s.251 dn.49). Tüzel kişinin temsilcileri (organı) ödeme emrine itiraz etmeyi kasıtlı olarak ihmal etmiş ve tüzel kişi zarar görmüş olsa bile, gecikmiş itiraz yoluna başvurulamaz. Bu halde, bu tür bir sonuca neden olan temsilcilere karşı tazminat davası (TK m.336 vd) açılması mümkündür (Kuru-İcra C.1 s.251 dn.49).
- 155 Yılmaz/Çağlar s.187-189 dn.32-37; Üstündağ s.86. Bir ticaret şirketinin taraf bulunduğu bir dava devam ederken, şirket tasfiye haline girerse, şirket tasfiye memurları tarafından temsil olunur (Kuru-Usul C.1 s.631-632).
- 156 Tebligatın usulüne uygun olarak yetkili temsilcilere yapılması gerekir. Tüzel kişiliğe haiz ortaklıklara yapılacak tebligatın bunların müdür veya kanuni temsilcilerine yapılması gerekir. Kanuni temsilciler birden fazla ise, bunlardan birine yapılan tebligat geçerlidir. Şirketi temsile yetkili kişiye depo emri işleminin tebliği İİK m.158 ve Teb.K. m.13'e uygundur. Şirketi temsile yetkili olmayan ortağa ödeme emri tebliğ edilemez (Yılmaz/Çağlar s.183 dn. 21, 25,27,28). Kollektif şirketin yargılama sırasında taraf ehliyetini kaybetmesi halinde, şirketin ortaklarına tebligat yapılarak yargılamaya devam edilir (Kuru-Usul C.1 s.632-633). Ortaklıkları temsile yetkili kişilerin istifa ettiği, azli gibi hususlar tescil ve ilan edilmeden, bu temsilcilere yapılan tebligatlar geçerlidir (Yılmaz/Çağlar s.189-192).
- 157 Usulüne uygun olarak yapılmayan tebligat geçersizdir (Yılmaz/Çağlar s.180-181 dn.16). Usulsüz tebligatın varlığında, şirketin temsilcisi vekil temyiz yoluna başvurabilir (Yılmaz/Çağlar s.181-182 dn.18).
- 158 Kuru-İcra C.1 s.376 dn.194 a.
- 159 Kuru-İcra C.2 s. 1763-1764.

kişinin temsilcilerinden birine ödeme emrinin tebliği mümkün olduğundan (Teb. K. m.12), bir temsilcinin diğer temsilcilerle birlikte hareket etme zorunluluğunda olmadan, ödeme emrine yalnız başına itiraz edebilmesi gerekir (160). Yargıtay'a göre, tüzel kişinin temsilcilerinden birinin yaptığı itiraz geçerli değildir. Ödeme emrinin tebliğinden dolayı haberi olmayan diğer temsilcinin (veya temsilcilerin) mazeretinden dolayı (yine tüm şirket temsilcileri tarafından) gecikmiş itiraz yoluna başvurulabilir (161).

Bankalarda temsilci sözleşme (mukavele) ile belirlenebilir. Bankaya ait esas sözleşmede, bankayı idare ve mahkemelerde temsil yetkisi idare meclisine bırakılmış ise, kanuni temsilci bu meclistir. Bankanın müdürü, ikinci müdürü de temsil yetkisine sahip olabilir. Banka bir vekil aracılığıyla da icra takiplerini yapabilir. Banka şubesinin (162) bağımsız bir hukuki varlığı ve tüzel kişiliği bulunmadığından, bankanın temsilcisi olamaz (163). Yargıtay'a göre, banka şubesi itirazın iptali davasını banka adına açılabilir ve bu davada bankayı temsil hakkına sahiptir (164). Kanımızca, banka şubesinin tüzel kişiliği olmadığı için, taraf ve dava ehliyetine sahip değildir. Banka şube müdürü, davayı banka genel müdürlüğü (tüzel kişilik) adına açar ve bankanın bir organı olarak banka tüzel kişiliğini davada temsil edebilir (165). Kanuna aykırı haciz ihbarnamesinin iptali için, tetkik mercisine başvuran bankanın, yedi gün içinde menfi tespit davası da açması mümkündür. Bu dava, banka genel müdürlüğü adına açılır. Fakat, banka esas sözleşmelerine göre, banka şubeleri bankanın bir organı olmaları halinde, birinci haciz ihbarnamesine (166) itiraz etmemesi nedeniyle, borç

160 Kuru-İcra C.1 s.251.

161 Kuru-İcra C.1 s.251 dn.51'de belirtilen kararlar.

162 Bankaya (şubeye) yapılacak tebligat, bankanın yetkili temsilcisine (şube müdürüne), yetkili temsilci birden fazla ise, bunlardan birine yapılır. Örneğin, müdür ve ikinci müdür bankayı müştereken temsile yetkili iseler, ikinci müdüre yapılan tebligat da geçerlidir. Temsilciler, tebliğ sırasında orada bulunmuyor veya tebliğ evrakını alamayacak halde iseler, tebligat, temsilciden sonra gelen bir kimseye, evrak müdürüne, bunlarda yoksa, diğer bir personele yapılır ve yapılan işlemler tebliğ mazbatasında belirtilir (Kuru-İcra C.1 s. 694, 698; Teb. K. m. 12-13; Teb. Tüz. m. 17-18). Banka temsilcisi dışında, tebliğin diğer görevlilere yapılması halinde, birinci haciz ihbarnamesini yedi günlük süreden sonra öğrenmişse, gecikmiş itirazda bulunulabilir (Kuru-İcra C.1 s.742 vd).

163 TD 31.10.1969, 3023/5077 (Kuru-Usul C.1 s.1072/103).

164 11.HD 24.1.1986, 7416/161 (YKD 1986/4 s.547-548).

165 Kuru-Usul C.1 s. 725-727.

166 "Haciz ihbarnamesi, bir hükmü şahsın veya müessesenin merkez veya şubelerinden hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma mükellefiyeti yalnız ihbarnameyi tebellüğ eden merkez veya şubeye aittir" (İİK m.89, VIII).

zimmesinde sayılan banka şubesi, banka genel müdürlüğü adına, menfi tespit davası açabileceği gibi, banka şube müdürü (avukat olmasa dahi) bankayı mahkemede temsil edebilir. Banka şube müdürü, hukuki bakımdan ticari mümessil durumunda olduğundan, ticari mümessil (avukat olmasa bile) bankayı mahkemede temsil edebilir (167). Ticari mümessil, yapılacak icra takiplerinde, temsilcisi olduğu kurumu, temsile yetkilidir (168).

Temsilcinin yanlış gösterilmesi, davanın reddi için bir neden değildir. Gerçek temsilci mahkemeye gelmiş ise, yargılamaya devam edilir. Örneğin, bankanın şubesi aleyhine açılan istihkak davasında, banka genel müdürlüğünün vekaletnamesine sahip ve icra takiplerini de yapan avukat gelirse, yargılamaya devam edilir (169).

2. Kamu Hukuku Tüzel Kişilerinin Temsili

Devletin malları haczedilememekle birlikte, devlete karşı icra takibi yapılabilmesi mümkündür (170). İİK m. 82'e göre, "Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar" haczedilemez. Devletin borçlarını rızası ile ödeyeceği varsayılmaktadır. Devletin kendiliğinden, devlet kamu tüzel kişiliğinin itibarı gereği ödemede bulunacağı ve kamu hizmetlerinin aksamaması amacıyla, Devlet mallarının haczedilmemesi gerektiği düşünülmektedir (171). Devlet malı kavramı o derece geniş tutulmuştur ki, yurttışa olan borcunu ödemeyen kamu idareleri bankalardaki paralarını, kiracılardan olan alacaklarını, gelecekte yapacakları tahsilatı ve doğacak haklarını bile, kamu hizmetine ayırma ve özgülleme kararı alarak dolaylı yollara başvurmuşlardır (172). Özel kanun hükümlerinde, ilgili kamu tüzel kişinin malvarlığının haczedilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmuyorsa veya ilgili kamu tüzel kişinin mallarının Devlet mallarının sahip bulunduğu bütün ayrıcalıklardan faydalanacağı konusunda ayrı bir hüküm mevcut değilse, ilgili kamu tüzel

167 Kuru-İcra C.1 s. 713-714 dn.75; Kuru-Usul C.1 s.802-803. Ticari mümessilin vekaletnamesi bulunsa bile, adli mercilerde müessese sahibi adına dava açmak yetkisine sahip olmadığı hakkında bkz: TD 20.12.1971, 5806/7498 (Olgaç-Usul s.221 no.26; Erdoğan s.179 no.651).

168 12.HD 11.3.1987, 7638/3378 (Uyar-Kambiyo s. 646-647). Ödeme emri ticari mümessile tebliğ edilebilir (Postacıoğlu s.97).

169 Olgaç-Usul s.221 no.27.

170 Kuru-İcra C.1 s.781 vd.

171 Gözübüyük A. ş./Tan T., İdare Hukuku C.1, Ankara 1998 s.695; İBK, 15.1.1947, 14/5 (RG 9.7.1947, sayı.6653).

172 Gözübüyük/Tan s. 697 dn.86.

kişinin malları Devlet malları gibi haczedilmezlikten istifade edemez. Yine, özel hukuk hükümlerine tabi olan kamu tüzel kişilerin malları haczedilebilir (173).

Devleti icra dairelerinde, temsil görevi, hazine avukatı bulunan yerlerde, bu avukatlara, bunların olmadığı yerlerde ilgili daire amirlerine aittir. Örneğin, Hazine avukatı olmayan yerlerde, Milli Savunma Bakanlığını, askerlik şubesi başkanı, Milli Eğitim Bakanlığını milli eğitim müdürü temsil eder. Hazine avukatı olmayan yerlerde mal müdürünün temsil yetkisi yoktur. Mal müdürleri, Maliye Bakanlığının taraf olduğu işlerde, bu bakanlığı temsil eder (174).

Kamu tüzel kişilerin (175) başında devlet gelir. Bakanlıklar, devlet kamu tüzel kişiliğinin organıdır. Tüzel kişiliği olmayan genel müdürlüklerin işlem yapma ehliyetleri bulunmadığından, bunlara karşı yapılacak işlemlerde muhatap, bu genel müdürlüğün bağlı olduğu bakanlıktır. Hazine avukatı bulunan yerlerde (176), ilgili davalarda bakanlıkları ve (genel bütçe içindeki diğer daireleri) Hazine avukatlarının temsil etmesi, kamu hukukundan doğan bir kanuni temsildir (BK m.33). Yani, hazine avukatları, kanuni temsilcidir (177). Bu nedenle, bakanlıkların davada ve icra takiplerinde Hazine avukatları tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. Bakanlık (veya ilgili daire) kendini davada, Hazine avukatı dışında başka bir avukat ile temsil ettiremez (178). Fakat, istisnai hallerde bir davanın Hazine avukatı dışında, diğer bir (sözleşmeli) avukat tarafından takip edilmesine, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir (4353 s.K m.36 c.2). Bu istisnai hal dışında, davanın hazine avukatı dışında, bir başka avukat tarafından takip edilmek

¹⁷³Ulukapı Ö., Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin "4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu" Kapsamındaki Uygulaması (Batıder, 1995 C.XVIII sa. 1-2 s.140); Gözübüyük/Tan s.695.

¹⁷⁴Uyar-Kambiyo s.255.

¹⁷⁵Kamu tüzel kişileri konusunda bkz: Yılmaz/Çağlar s. 193 vd; Kuru-Usul C.1 s. 633 vd, s. 727 vd.

¹⁷⁶Hazine avukatlarının bulunduğu yerlerde Cumhuriyet Savcısının Adalet Bakanlığını temsile yetkisi yoktur (5.HD 11.5.1987, 10798/8760: İBD 1987/4-6 s.390).

¹⁷⁷HGK 8.6.1968, 7-480/420 (Sınmaz/Karataş s.117).

¹⁷⁸Bu nedenle, bakanlıklara atanan avukatlar, avukatı buldukları bakanlığı mahkemelerde temsil edemezler; bu temsil yetki ve görevi kanun gereği Hazine avukatlarına aittir (Kuru-Usul, C.1 s.733 dn.635). 4353 s.K m. 30 uyarınca "Umumi muvazene içindeki daireleri alakalandıran ve mahkeme veya icraya intikal eden işlerin sulh yoluyla hallinde...Maliye vekili salahiyetlidir. Bu miktarı geçen anlaşmalar Devlet şurasının muvafık mütalaası ile ve alınacak kararname ile yapılır".

istenmesi üzerine, mahkeme o avukatı duruşmaya kabul etmez (HUMK m.61).

Merkezde Başhukuk müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürünün ve vilayetlerde muhakemat müdürlerinin ve teşkilat olmayan yerlerde Hazine avukatının uygun mütalaası olmadıkça hiç bir dava açılmaz ve hiç bir icra takibi yapılamaz (4353 s. K. m. 26) (179).

Maliye bakanlığı dışındaki, hazine avukatı bulunan yerlerde bakanlıklara veya genel bütçe içindeki diğer dairelere ilişkin davaları takip yetkisi Hazine avukatlarına aittir. Dava dilekçesinde davalı olarak ilgili bakanlığın gösterilmesi gerekli ve yeterlidir (180). Dava dilekçesi, davalı bakanlığa tebliğ edilir. Davalı bakanlık tarafından, dava dilekçesinin hazine avukatına verilmesinden itibaren, hazine avukatının ilgili bakanlığı savunmaya ilişkin temsil görevi başlar (181). Dava dilekçesi, Hazine avukatına değil, bakanlığa tebliği gerekirse de, davanın sonunda verilen ilamın icraya konulması halinde, icra emrinin muhakemat müdürlüğüne veya bakanlığı temsil eden Hazine avukatına yapılması gerekir. Fakat, bir ödeme emri sözkonusu ise, bu dava dilekçesi gibi düşünülmeli ve bakanlığa tebliğ edilmelidir (182).

Daire amiri (organın başı), davayı kendisi takip edemez. Dava, ilgili dairenin temsilcisi olarak Hazine avukatı tarafından takip edilir. Bu halde, daire amirinin görevi, dava veya savunma hakkında Hazine avukatına açıklamalarda bulunmak ve delilleri hazırlamaktan ibarettir (183). Dava veya takibe Hazine avukatları katıldıktan sonraki adli tebliğlerin bu avukatlara yapılması gerekir (184).

Hazine avukatlarının temsil yetkisi yer bakımından sınırlandırılmıştır (4353 s.K. m.20). Örneğin, Gelibolu Defterdarlığı ile ilgili bir icra emrinin, istanbul Defterdarlığına tebliğ edilmiş olması usulsüz (icra emri tebligatı

179" Maliye tarafından konulan hacizlerden ötürü açılacak istihkak davalarında, 6152 sayılı Amme Alacakları K.'nun 67.maddesine göre, davalı vergi dairesi değil hazinedir" (Olgaç-Usul s.213 no.3).

180 Dava dilekçesinde, davalı bakanlığın temsilcisinin (Hazine avukatının) gösterilmesi gerekmez. Gösterilmiş olsa bile, dava dilekçesi Hazine avukatına değil, davalı bakanlığa tebliğ edilmelidir (İİD 14.2.1967, 1161/1365: RKD 1967/4 s.143-144).

181 Kuru-Usul C.1, s.730 vd; 4353 s.K m. 2/C, 2/E, 3/B, 3/C, 4,5,18.

182 Yılmaz/Çağlar s.196.

183 Kuru-Usul C.1, s.732.

184 Yılmaz/Çağlar s.134 vd; İİD 14.2.1967, 1161/1365 (RKD 1967/4 s.142-144); Olgaç-İcra s.135 dn.7, s.138 dn.17, s.139 dn.19.

geçersiz) sayılmıştır (185).

Hazine avukatı bulunmayan yerlerdeki dava ve icra (iflas) işlerinde, bakanlıklar (ve genel bütçe içindeki diğer daireler) amirleri tarafından temsil edilirler (186). Daire amiri, bir davanın açılmasını gerekli görmezse, bu konudaki görüşünü (bağlı olduğu bakanlığa değil) Maliye Bakanlığına bildirir ve verilen talimata göre hareket eder (4353 s. K. m. 26). Hazine avukatının hastalık gibi herhangi bir engelinin uzunca (187) bir zaman süreceği olması ve orada başka bir hazine avukatının bulunmaması halinde, oradaki ilgili dairenin yetkili amiri mahkemede bulunma hakkına sahip olup (188), davayı kendisi takip edebilir (189). Bu halde, mahkemenin davalı bakanlığın yetkili amirine tebligat yaparak onun huzuruyla davaya devam etmesi gerekir (190). Bu halde, daireleri, en yüksek dereceli memuru temsil eder (191). Maliye Bakanlığı dışındaki diğer bakanlıkların ve dairelerin taraf buldukları davalarda, bu bakanlıkları ve daireleri mal müdürü temsil edemez (192).

185 İİD 17.6.1952, 372/2989 (Sİ sayı 54 s.1328-1329).

186 4353 s.K. m. 18, III. Bu halde, gerçek temsilci huzuruyla yargılama yapılmadan esasa ilişkin karar verilmesi usule aykırıdır (4.HD 10.10.1978, 12581/11161: YKD 1979/7 s.957-962). Hazine avukatı bulunmayan yerlerde, daire amirleri temsil yetkilerini, sıfatlarını söyleyerek ve gerektiğinde kimlik belgelerini ibraz ederek yerine getirirler (4353 s.K. m.21).

187 Hastalık gibi geçici bir nedenle hazine avukatı duruşmaya gelemese, onun yerine daire amiri duruşmada bulunamaz; duruşmanın ertelenmesi gerekir (Kuru-Usul, C.1, s.732). s.K. m.18).

188 Hazine avukatı olmayan yerlerde ilgili dairenin yetkili memuru bizzat mahkemede hazır bulunabilir (İİD 14.2.1967, 1161/1365: RKD 1967/4 s.142-144).

189 Kuru-Usul C.1, s.732 dn.632; 4353 s.K. m.18, III. "Hazine vekilinin bulunmadığı yerde davacı Bakanlığın o yerdeki temsilcisi makam dava açabilir (Olgaç-Usul s.201 no.67). Jandarma dairesine ait bir davayı takip eden hazine avukatının azli üzerine, davanın jandarma komutanı tarafından takip edilmesi mümkündür (HGK 16.9.1953, 3/177-101: AD 1954/1 s.54-55). Özellikle teknik bilgi verilmesi gibi gerekli olan hallerde, davanın tarafı olan dairenin bir memuru Hazine avukatı ile birlikte duruşmada hazır bulunabilir ve gerekli açıklamaları yapabilir (Kuru-Usul C.1 s.732).

190 4.HD 10.10.1978, 12581/11161 (YKD 1979/7 s. 957-962).

191 Kuru-Usul C.1 s.735. Hazine avukatı bulunmayan yerlerde her daireyi kendi amiri (en yüksek dereceli memur) temsil eder. Daire amiri, bu temsil yetkisini aynı dairedeki bir başka memura devredemez (Kuru-Usul C.1 s.737). Aynı bir tüzel kişiliği ve katma bütçesi olan genel müdürlüklerinde, amir bir başka memuru temsil ile görevlendirebilir (bkz. örneğin: 3234 s. K. m.37).

192 Hazine avukatı olmayan yerlerde ilgili daireleri, o dairenin amiri temsil eder. Bu halde, mal müdürünün daireleri temsil yetkisi bulunmamaktadır (Erdoğan s.175 no.625). Örneğin Milli Eğitim, Milli Savunma, içişleri Bakanlığı ile ilgili davalarda, bu

Bakanlıkları ve genel bütçe içindeki diğer daireleri temsil yetkisine sahip Hazine avukatlarının bir listesi, savcılık aracılığıyla mahkemelere ve icra (ve iflas) dairelerine gönderilir. Bu listelerde ismi yazılı Hazine avukatları ve bütün müşavir avukatlar, Devlet dairelerini mahkemeler ve icra dairelerinde, vekaletname göstermeksizin (193) temsil yetkisine haizdirler (194).

Maliye Bakanlığına (Hazineye) karşı açılan davalarda dava dilekçesi, Merkezde Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne, illerde (vilayetlerde) muhakemet müdürlerine veya bölge muhakemat müdürlerine; muhakemat müdürlüğü teşkilatı olmayan ve bir bölgeye bağlı bulunmayan yerlerde defterdarlıklara veya mal müdürlerine tebliğ edilir. Bunun üzerine dava hazine avukatı tarafından yürütülür (195). Bu avukatların mutlaka baroya kayıtlı bulunmaları zorunluluğu yoktur. Çünkü, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılması isteklerine bağlıdır (196).

Hazinenin (Maliye Bakanlığının) taraf olduğu davalarda, Hazineyi illerde defterdar (197), ilçelerde mal müdürü temsil eder. Hazinenin taraf buldukları davalarda, Hazine avukatı bulunmayan yerlerde, mal müdürü o yerdeki Maliye dairesinin amiri olduğu için, Hazineyi mal müdürü temsil eder (4353 s. K. m. 18, III). Yine, bir yerde, davanın tarafı olan bakanlık veya idarenin hiç teşkilatı bulunmuyor ise, bu halde mal müdürü temsil

bakanlıkları mal müdürünün temsil yetkisi yoktur (Kuru-Usul C.1 s.735 dn.640, 641,642, 643, 644). Yine, ilgili bakanlıkları kaymakamın temsil yetkisi bulunmamaktadır (Kuru-Usul C.1 s.735 dn.639).

193 Karş HUMK m.65. "Mahkeme ve icra iflas dairelerinin; hazine avukatlarının girdiği dava ve takip ettiği işlerde öncelikle Cumhuriyet Savcılığınca bu listelerin gönderilip gönderilmediğinin ve davaya giren avukatın bu listede yer alıp almadığını araştırmasının yeterli olup ayrıca yetki belgesi veya vekaletname istenmesine gerek olmadığını Cumhuriyet Savcılıkları, mahkemeler ve icra iflas dairelerine duyurulmasını rica ederim" (Ad.Bak.Huk.İşl.Gen.Müdürlüğünün 9.2.1987 günlü genelgesi: AD 1987/1 s.127).

194 Bkz. 4353 s.K. m.19; 4353 s.K. m. 19, III hükmü Anayasaya aykırı değildir (bkz. Anayasa Mahkemesi 26.12.1968, 10/66: RG 24.12.1969 sayı 13382 s.2-4).

195 Yılmaz/Çağlar s.194; Kuru-Usul C.1 s.730.

196 Avukatlık Kanununa 3003 sayılı Kanunla ilave edilen Ek Madde 1.

197 "Hazineyi temsil yetkisi defterdara aittir. Defterdar görev başında iken yardımcısı bu yetkiyi kullanamaz" (HGK 11.11.1977, 374/850: Erdoğan s.172 no.604). Defterdarın doğrudan doğruya kendisine bir vekil tayin etme yetkisi yoktur. Bu yetki Maliye Bakanlığına aittir (Erdoğan s.177 no.639).

yetkisine sahiptir (198). Mal müdürü, bu temsil yetkisini aynı dairededeki bir başka memura devredemez. Mal müdürünün değişik nedenlerle (izinli, raporlu, mal müdürlüğü makamının boş olması gibi) bulunamaması halinde, mal müdürü yerine atanan vekilin Hazineyi temsil edebilmesi için, temsil yetkisinin Maliye Bakanlığınca onaylı olması gerekir (199).

Bakanlıklara bağlı bazı genel müdürlüklerin ayrı bir tüzel kişiliği mevcuttur (200). Tebligatın bunlara doğrudan doğruya yapılması gerekir. Bunların taraf oldukları davalarda, Hazine avukatının temsil yetkisi yoktur (201). Bu genel müdürlüklerin ayrı bir hukuk müşavirliği örgütü ve buna bağlı avukatları bulunduğu için, taraf oldukları davaları ve icra işlerini kendi avukatları aracılığıyla yürütürler. Örneğin, Orman Genel Müdürlüğünün taraf oldukları davalar orman avukatları tarafından takip edilir. Orman Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği, Genel Müdürlük merkez ve taşra teşkilatını ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu m.17 uyarınca kurulan fonu ilgilendiren dava ve icra işlerini, her derecede takip ve sonuçlandırmak, adli ve idari davalar ve her türlü icra takiplerinde mahkemeler, hakemler, icra dairelerinde, dava ve icra işleriyle ilgili diğer merciler önünde Genel Müdürlüğü (orman avukatları aracılığıyla) temsil etmekle görevlidir (3234 s.K. m.18) (202).

198 Kuru-Usul C.1 s.736. Örneğin, Orman teşkilâtı bulunmayan yerlerde, Orman Genel Müdürlüğünün taraf bulunduğu davalarda, Genel Müdürlüğü Hazine avukatı, Hazine avukatı yok ise, o yerdeki mal memuru (müdürü) temsil eder (3234 s. K. m. 37).

199 Kuru-Usul C.1 s.737; 7.HD 16.6.1983, 11143/10022 (YKD 1983/9 s.1319); HGK 4.4.1986, 1/128-359 (İKİD 1987/315 s.4790).

200 Örneğin, Orman Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü, Devlet Üretme Çiftlikleri Genel Müdürlüğü gibi (Yılmaz/Çağlar s.193; Kuru-İcra C.1 s.782 vd; Kuru-Usul C.1 s.639, 727; Olgaç-Usul s.215). Bkz. Tekel Müdürlüğünün ve Devlet Üretme Çiftlikleri Genel Müdürlüğünün taraf oldukları davaların kimin tarafından yürütüleceği konusunda: Kuru-Usul C.1 s. 639, 740-741.

201 Yılmaz/Çağlar s.196; Kuru-Usul C.1 s. 639 dn.176. Örneğin, "Hazine vekillerinin, umumi muvazene içerisinde bulunmayan Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğini temsile yetkileri yoktur" (Olgaç-Usul s.215 no.10). karş. 3234 s.K. m.37.

202 Orman Genel Müdürlüğü, orman avukatı bulunmayan yerlerde ve zamanlarda Genel Müdürlüğün yargı mercilerindeki temsilini ve bunlara ilişkin görevleri o yerin en yüksek dereceli orman memuru veya bu memur tarafından görevlendirilecek diğer herhangi bir orman memuru yerine getirir. Orman bölge müdürlükleri, orman müdürlükleri ve orman şeflikleri, Genel Müdürlük adına yargı mercilerinde dava açmak yetkisine sahiptir. Orman teşkilâtı bulunmayan yerlerde Genel Müdürlükçe takibi gereken bütün davalar, idareyi temsilen hazine avukatınca, bu avukat yoksa mahalli mal memurunca (mal müdürünce) yürütülür (3234 s. K. m.37).

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü de, ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği, adli ve idari davalarla her türlü icra takiplerinde mahkemeler, hakemler, icra daireleri ve icra işleriyle ilgili sair merciler nezdinde Genel Müdürlüğü temsil eder. Genel müdür, avukat bulunmaması halinde, Genel Müdürlük leh ve aleyhine açılmış ve açılacak davalarda ve icra işlerini takipte, görevlendireceği bir memuru yargı mercilerinde ve ilgili dairelerde kendisini temsile yetkili kılabilir (203).

Bu genel müdürlüklerin avukatları, yalnız genel müdürlüklerin taraf olduğu davaları takip edebilirler. Genel müdürlüklerin bağlı oldukları bakanlıkların taraf buldukları davaları takip edemezler. Bakanlıkların davaları, Hazine avukatlarınca takip edilir. Bu genel müdürlüklerin bağlı olduğu bakanlıkların da, bu genel müdürlükleri temsil yetkisi yoktur (204).

İl Özel idareleri, köyler ve belediyeler kamu tüzel kişiliğine sahiptir (Anayasa m.127). İl özel idaresini vali temsil eder. Bu nedenle, il özel idaresinin taraf bulunduğu davalarda ve icra takiplerinde özel idareyi yalnızca vali temsil eder. Bu nedenle tebligatın valiye yapılması gerekir. Vali, özel idare memuru, kaymakam gibi uygun göreceği memurlara temsil yetkisi (vekaletname) verebilir (205). Kendisine temsil yetkisi verilen memur, özel idarenin taraf bulunduğu davaları takip edebilir. Validen temsil yetkisi almadan, hiç kimse il özel idaresini temsil edemez. İl özel idaresine ait mallar devlet malı sayılır. Bu nedenle haczedilemez. Fakat, bazı hallerde takip yapılması mümkündür. Örneğin, devletin kiraladığı olduğu bir bina için, devlete karşı tahliye takibi (İİK m.269 vd) yapılabilir (206).

Belediyenin bazı malları haczedilemez. Belediyelerin kamu hizmetine özgülenmemiş, gelir getiren mallarının ve eşyalarının ise haczedilmesi mümkündür (207). Belediyenin borçlu olması halinde, belediyeye karşı icra

²⁰³9.5.1985 gün ve 3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 1, 20, 32 (bkz. RG 22.5.1985, sayı 18761).

²⁰⁴Örneğin, DSİ Genel Müdürlüğünün ayrı bir tüzel kişiliği mevcut olduğundan, bağlı bulunduğu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Genel Müdürlüğü temsil yetkisi bulunmamaktadır (Kuru-Usul C.1 s.639 dn.177).

²⁰⁵Bkz. İl Özel İdaresi Kanunu m.76, 94. Valinin kendisine temsil yetkisi verdiği memurun, davayı takip edebilmesi için avukat olmasına gerek yoktur. İçişleri Bakanlığı veya bu Bakanlığa bağlı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün özel idareyi temsil yetkisi yoktur (Kuru-Usul C. 1 s.742-743); bkz. ayrıca: Olgaç-Usul s.217 no.17.

²⁰⁶Kuru-İcra C. 1 s. 787.

²⁰⁷Kuru-İcra C.1 s.786; Gözübüyük/Tan s.696; Belediye K. m.19/7.

takibi yapılması mümkündür (208). Belediyenin taraf bulunduğu icra takiplerinde, belediyeyi belediye başkanı temsil eder (209). İcra işlerine ilişkin tebliğin kendisine yapılması gerekir. Belediye başkanının, vekil ataması da mümkündür (210). Atanacak bu vekilin, baroda yazılı avukat (veya dava vekili veya dava takipçisi) olması gerekir (AK. m.35) (211). Bu halde tebligatlar bu vekile yapılır (Teb. K. m.11, I).

Mahallelerin (mahalle muhtarlıklarının) tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Belediye teşkilatı bulunan yerlerde bu belediyeleri ve belde halkını sadece belediye başkanları temsil edebilir (212). Köye ait malların bir kısmının haczi mümkündür. Köy Kanununa (m.8) göre, kamu hizmetine özgülenmemiş, orta malı olmayan akar niteliğindeki taşınmazları ile köyün özel hukuktan doğan alacaklarının haczedilebileceği kabul edilmektedir (213). Bu nedenle köy tüzel kişiliğine karşı icra takibi yapılması mümkündür. Leyh ve aleyhte açılan tüm davalarda köyü muhtar (214) temsil eder. Köy Kanununun 37. maddesi uyarınca, köye ait mallar hakkında açılacak davalarda, köyün temsilcisi muhtardır. Köyü ilgilendiren işlerde tebligatın muhtara yapılması gerekir. Üçüncü kişilerin köyü ilgilendiren bir davada temsil yetkisi bulunmamaktadır (215). Muhtar, yerine köy halkından

208 Yılmaz/Çağlar s.198.

209 "Belediye başkanlığının (olur ödensin) şerhini taşıyan takibe dayalı belli miktarda borç ikrarını taşıdığı ve İİK'nun 68/1 maddesine uygun nitelikte olduğu gözden uzak tutularak itirazın kaldırılması isteğinin kabulü yerine aksine yazılı düşüncelerle reddine karar verilmesi isabetsizdir" (Kuru-İcra C.1 s. 325 dn. 17). Belediye tarafından, şikayet yoluna başvurulabilir (HGK 25.3.1981, 12/3064-164: İKİD 1981/245 s.306).

210 1580 sayılı Belediye K. m. 100/D. "Belediye başkanının onayladığı vekaletnameye istinaden ikame edilen davayı yürütemeyecek vekil için sonradan verilen icazetle yürütmeye imkanı sağlanması mümkündür" (Olgaç-Usul s.281 no.1).

211 Belediyenin iradi bir temsilcisinin olması halinde, tebligatlar bu vekile yapılır (Arslan-İhale s. 92 dn.69). Belediye başkanı, mahkemelerde belediyeyi temsil yetkisini, belediye başkan yardımcısına devredemez (Kuru-Usul C.1 s.743).

212 14.HD 23.2.1984, 5899/1325 (ABD 1984/1 s.124); bkz. ayrıca mahallelerin tüzel kişiliğinin bulunmadığı, tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların taraf ehliyetinin olmadığı ve davanın dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddedilmesi hakkında: 3.HD 7.10.1986, 5802/9384: RG 9.12.1986 sayı 19306 s.38. Tüzel kişiliğe sahip bulunmayan mahalle muhtarının dava açma ehliyeti bulunmamaktadır (Danıştay 6.Daire 23.11.1978, 939/3951: İKİD 1979/222 s.6975/6976).

213 Gözübüyük/Tan s.696; Kuru-İcra C. 1 s. 785-786.

214 Köyü ilgilendiren davalarda, muhtarın davayı kabul, feragat ve sulh olma yetkileri bulunmamaktadır (Olgaç-Usul s.194 no.44, no.48).

215 Olgaç-Usul s.190-191 no.33. "Köyün kanuni temsilcisi muhtar olduğuna göre köy halkından birinin köy adına dava açmak hakkı yoktur" (Olgaç-Usul s.194 no.46).

birini vekil olarak atayabilir (216).

3. Tüzel Kişiliği Olmayan Toplulukların Temsili

Gerçek veya tüzel kişiliği bulunmayan kişi ve kuruluşlar geçerli bir takip talebinde bulunamazlar. Tüzel kişiliği bulunmayan topluluğun taraf ehliyeti yoktur. Bu nedenle, icra takiplerini devam ettiremezler. Bu eksikliğe rağmen, icra hukukunda da taraf ehliyeti geçerli olduğundan, verilen mahkeme hükmünün icra edilebilmesi mümkün değildir (217). Sadece gerçek ve tüzel kişilerin takip ehliyeti bulunmaktadır. Tüzel kişiliği olmayan toplulukların takip ehliyetleri yoktur. Tüzel kişiliği olmayan topluluklar, borçluya karşı icra takibinde bulunamazlar. Takipte bulunsalar bile, bu takip geçerli değildir. Takip borçlu aleyhine sonuçlansa, para icra veznesine girse bile, takip ehliyetine sahip bir alacaklıya ödenmesi mümkün değildir (218).

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için, bu sıfatla takipte bulunulamayacağı gibi, takipte edilemez. Adi ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların birlikte davacı veya davalı olmaları gerekir (219). Senedi imza eden kişi, adi şirketin temsilcisi ise, bütün ortaklar hakkında takip yapılması gerekir (220). Diğer ortakların, özel yetki vermesi halinde, yönetici ortak, avukat olmasa dahi, kendi adına ve diğer

"Kanunen köyü temsil yetkisi olan olan muhtar ile temsil ettiği köyün menfaatlerinin çatışması halinde köy temsilcisinin Köy Derneği tarafından seçilmesi ve onun huzuru ile davanın görülmesi.." gerekir (Olgaç-Usul s.193 no.42). Yine, köy muhtarının görevini yapamayacak derecede hasta olması halinde, köy derneğinin temsilci seçmesi gerekir (Erdoğan s.176 no.631).

- 216 Bkz. 442 sayılı Köy Kanunu m.37/7. Muhtarın vekil olarak görevlendirdiği kişinin avukat olmasına gerek yoktur. Çünkü, muhtarın bu yetkisi kanuna dayanmaktadır (Kuru-Usul C.1 s.744). Muhtarın köy adına davayı açmaktan kaçınması halinde, köyü temsil yetkisi köy derneğinin (Köy K. m.20) seçeceği kişiye aittir. Kaymakamın bu kişiyi seçme yetkisi yoktur. Kaymakamın görevlendirdiği kişi tarafından açılan dava temsil eksikliği nedeniyle reddedilir (5.HD 16.11.1951, 454/883: AD 1952/6 s.838-839; 14.HD 17.1.1980, 6177/86: YKD 1980/3 s.401-402; Sınmaz/Karataş s.122). "Köye izafetle köy muhtarı aleyhine açılacak davalarda köyü dernek tarafından intihap olunacak muvakkat temsilci temsil edebilir" (Olgaç-Usul s.217 no.15). Köy muhtarının değişmesi, eski muhtarın tayin ettiği avukatın temsil durumunda değişiklik meydana getirmez (Erdoğan s.178 no.642).
- 217 "Adi ziraat ortaklıkları hasım gösterilmek suretiyle verilmiş kararların muhkem kaziyeye niteliğini kazanamayacağı, infazının dahi mümkün olmadığı" hakkında bkz: 4.HD 21.1.1968, 6763/602 (ABD 1970/3 s.422).
- 218 Postacıoğlu s.118.
- 219 Üstündağ s.80 dn.160. Bkz. Adi şirketin taraf ehliyeti konusunda: Kuru-Usul C.1 s.646 vd.
- 220 11.HD 26.6.1979, 5631/5905 (Sınmaz/Karataş s.118).

ortakların temsilcisi olarak, tek başına dava açabilir veya ona karşı dava açılabilir (221). Ortaklığı ilgilendiren konularda ortakların hepsinin adı belirtilerek tebligat yapılmalıdır (222).

Miras şirketinin bir alacağından dolayı takip yapılabilmesi için, iştirak halinde mülkiyet kuralları uyarınca, bütün mirasçılardan birlikte takip talebinde bulunmaları gerekmektedir (223). Mirasçılardan birlikte dava açma kuralının istisnalarında bu kural geçerli değildir (224).

Terekeye (miras şirketine) bir temsilci atanmış (MK m.581) ise, terekeye ilişkin icra takip yetkisi tereke temsilcisine aittir (225). Diğer mirasçılarla arasında yarar çatışması bulunmayan mirasçılardan birinin de terekeye temsilci atanması mümkündür. Bir vasiyeti tenfiz memuru atanmışsa (MK m. 497-498) ise, tereke ile ilgili davaları takip yetkisi buna aittir (226). Tereke temsilcisi, avukat olmasa bile, tereke ilgili davaları kendisi takip edebileceği gibi, gerektiğinde bir avukata da vekalet verebilir (227).

Ölümlerle gerçek kişilik sona erdiği için, ölü kişi adına veya ona karşı icra takibi yapılması mümkün değildir. Alacaklı (kendisi) icra takibi

221 Kuru-Usul C.1 s.647-648.

222 Yılmaz/Çağlar s.178 dn.4.

223 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 89; Üstündağ s.77-78; Postacıoğlu s.118,121; Kuru-İcra C.1 s.152; Kuru-Usul C.1 s.651 vd. Mirasçılardan biri (tereke taksim edilmeden önce) yalnız kendi hissesine düşen alacak kesimi için icra takibi yapamaz. Mirasçılardan biri (veya bazıları) bütün mirasçılar adına takip talebinde bulunur ise, icra memuru, diğer mirasçılardan takibe katılmasını sağlamak veya terekeye temsilci atanmasını gerçekleştirmesi için, takipte bulunan mirasçıya uygun bir süre verir (Kuru-İcra C.1 s. 152-153); terekeye temsilci atanmamış ise, tebligatın kime yapılacağı ve takip talebinde bulunması gereken kayıtlar konusunda bkz: Postacıoğlu s.121-122, 125.

224 Borçlu, mirasbırakanın mirasçısı ise, buna karşı takibin birlikte yapılması gerekmez. Bu halde, her mirasçı, mirasdaki hissesi oranında, borçlu mirasçı aleyhine sadece kendisi takibe başlayabilir (Üstündağ s.78). Bkz. bu istisnalar hakkında: Kuru-Usul C.1 s.653 vd; HGK 13.3.1987, 14/77-186 (YKD 1987/7 s.986-987); 6.HD 27.1.1987, 14576/646 (YKD 1987/7 s.1012-1013).

225 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 89; Kuru-İcra C.1 s.153; Postacıoğlu s.118.

226 Kuru-Usul C.1 s.668. Mirasın resmi tasfiyesinde, tereke ile ilgili davaları takip yetkisi tasfiye memuruna aittir (Kuru-Usul C.1 s.668).

227 Kuru-Usul C.1 s.664 vd. Miras şirketine birden fazla temsilci atanması da mümkündür (2.HD 4.8.1981, 5892/5708; HGK 22.6.1984, 2/723-746: İKİD 1984/286 s. 2909-2910). Avukat vekalet yetkisine sahip bulunduğu sırada, sonradan müvekkil ölmüşse ve vekil bu hususu bilmeden, müvekkil adına bazı işlemlerde bulunmuşsa, BK. m.398 uyarınca, yapılan işlemler mirasçılara bağlar (Üstündağ s.73).

yaptıktan sonra ölürse, icra takibine alacaklının mirasçılarının hepsi veya tereke temsilcisi tarafından devam edilebilir (228).

İlam borçlusunu ölmüş ise, ilam mirasçılara karşı icraya konur (229). Ölmüş bulunan borçlunun gerçek kişiliği son bulduğundan, kendisine karşı icra takibi yapılamaz (230). Borçlu, sağlığında (kendisine karşı) başlamış olan takip sırasında ölürse, takibe terekeye (miras şirketine) karşı (kaldığı yerden) devam edilir (İİK m.53, II). Miras şirketinin tüzel kişiliği olmadığından, takibin bütün mirasçılara veya miras şirketi mümessiline (tereke temsilcisine) karşı devam ettirilmesi gerekir (231).

Borçlunun icra takibi sırasında ölmesi halinde, alacaklının mirasçılara karşı yeni bir icra takibi yapmasına gerek yoktur. Bu halde, mirasçılara karşı da yeni bir ödeme emri tebliği gerekmez. Murise karşı başlamış olan takiplere, mirasçılara karşı kaldığı yerden devam edilir (İİK m.53, III). Yani, murise sağlığında ödeme emri tebliğ edilmiş ise, mirasçılara karşı yeni bir icra takibi yapılması ve yeni bir ödeme emri gönderilmesi gerekmemektedir (232). Yine, borçlunun ölmeden önce ödeme emrine itiraz etmesi halinde de, mirasçılara yeni bir ödeme emrinin tebliğine gerek bulunmamaktadır (233).

228 İİD 11.4.1961, 3216/3672 (Sİ 1961/160 s.4818-4819).

229 12.HD 14.10.1982, 6891/7263 (YKD 1983/10 s.1502-1503).

230 Ölü kişiye takip yapılamaz. Takip ölü kişiye karşı yapılmışsa, alacaklının bu isteğinin reddine karar verilir (Üstündağ s.75-76).

231 "Takibe itiraz eden borçlu Recai ölmüş...mütevaffanın hali hayatında başlayan takibin terekeye karşı devam ettirildiğinin kabulü iktiza eder. Bu halde itirazın kaldırılması için yapılan duruşmaya bilumum mirasçılarının veya tereke temsilcilerinin davet olunmaları lazımdır. İştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi tereke hakkında tek mirasçı davet olunarak karar verilmesi MK ve İİK hükümlerine aykırıdır" (İİD 10.2.1969, 1652/1547: RKD 1969/10 s.105; ABD 1969/4 s.727).

232 Kuru-İcra C.1 s.156; Postacıoğlu s.241; 12.HD 12.2.1981, 885/1325 (Yasa HD 1982/2 s.241-242). Yargıtay, eski kararlarında, alacaklının mirasçılara karşı yeni bir icra takibi yapması ve mirasçılara yeni bir ödeme emri tebliğ edilmesi gerektiğini savunmakta idi (İİD 10.2.1969, 1652/1547: RKD 1969/10 s.105; İİD 3.11.1960, 6408/7342: AD 1961/1-2 s.200-201). Fakat, alacaklının icra dairesine başvurarak, takibe mirasçılara veya içlerinden bazılarına karşı sürdürmek istediğini açıkça beyan etmesi ve icra dairesinin de bu hususu mirasçılara tebliğ etmesi gerekmektedir (Kuru-İcra C.1 s.158).

233 Bu halde, tetkik merciindeki itirazın kaldırılması duruşmasına mirasçılara karşı devam edilir (İİD 6.3.1956, 1258/1288: AD 1957/2 s.217-218); karşı görüşte: 12.HD 29.12.1981, 7962/10322 (Yasa HD 1982/3 s.448). Borçlu ölmeden önce, kendisine karşı yapılmış olan icra takibi kesinleşmiş durumda ise, bu halde mirasçılara yeni bir ödeme emri tebliğ edilmez; sadece mirasçılara, icra takibinin kendilerine karşı devam ettirildiği hususu tebliğ edilir (Kuru-İcra C.1 s.158).

Borçluya karşı başlamış olan (ilamsız, ilamlı) haciz yolu ile takiplere (ve rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takiplere), borçlunun mirasçılarına karşı devam edilebilir (İİK m.53, III). Bu halde, alacaklının icra takibini, mirasçılardan hepsi yerine, mirasçılar murisin borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları için, sadece birine veya bazılarına karşı da sürdürmesi mümkündür (234).

Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği ve bu nedenle taraf ehliyeti olmadığı için, kat mülkiyeti ile ilgili davalar, kat malikleri tarafından açılır (235). Kat maliki, ortak giderlerden kendisine düşen payı ödemeyen borçlu hakkında icra takibinde bulunmaya yetkilidir (236). 2814 sayılı Kanunla değişik 634 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca gider veya avans payını ödemeyen kat maliki hakkında kat maliklerinden herhangi biri veya yönetici tarafından dava açılabilir, icra takibi yapılabilir (237). Yöneticinin hangi davaları açabileceği Kat Mülkiyeti Kanunu m. 35'te belirtilmiştir. Bunun dışında, yöneticinin kat maliklerini temsilen ve onlar adına dava açması mümkün değildir. Yönetici sadece, üzerine aldığı apartman yönetimi işi ile sınırlı olmak üzere vekillik haklarına sahiptir (238). Yani, ana gayrimenkulün yönetimi ile ilgili davalarda, yönetici kat maliklerini temsil edebilir (239). Bunun dışında kalan hususlarda, kat maliklerini temsil yetkisi veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Özel yetki verilmesi halinde, apartman yönetimi işi dışındaki konularda da temsil yetkisine haizdir. Dava sırasında yönetici değişmişse, yeni yöneticiye tebligat yapılarak yargılamaya devam edilmesi gerekir (240). Kat mülkiyetinde yöneticinin değişmesi halinde, eski yönetici tarafından tayin edilen vekilin görevi devam eder. Yönetici, temsilci sıfatıyla davayı bizzat kendisi takip

234 MK m.582; BK m.142; Kuru-İcra C.1 s.155-156. Menkul ve gayrimenkul teslimi, İİK m.24 vd. gibi konusu paradan başka bir şey olan ilamlı takiplerde, alacaklı, ilamlı takibi iştirak halinde mülkiyet kuralları uyarınca (MK m.581, 630), bütün mirasçılara (mevcudiyeti halinde tereke temsilcisine) karşı devam ettirmek zorundadır (Kuru-İcra C.1 s.156).

235 Kat maliklerine karşı açılması gereken davanın, genel (umumi) vekile açılması mümkün değildir (Olgaç-Usul s.202 no.73).

236 5.HD 28.10.1976, 4212/8662 (İBD 1977/1-3 s. s.131-133).

237 Kuru-İcra C.1 s.347-349.

238 "Yönetici Kat Mülkiyeti Kanununun 38 ve 40. maddeleri uyarınca Borçlar Kanununun 386 ve 388.maddeleri hükümlerinde tesbit edildiği şekilde vekilin sahip olduğu her nevi hakka sahiptir" (12.HD 23.12.1976, 11760/13153: İKİD 1978/205 s.5865).

239 Kuru-Usul C.1 s.670 vd; 13.HD 16.11.1983, 6773/8044 (İKİD 1984/278 s.2423-2424).

240 9.HD 25.4.1983, 2598/4059 (İBD 1984/4-6 s.324-325).

etmekte ise, yeni yöneticinin seçilmesi üzerine temsil yetkisi son bulur. Bu halde, davayı yeni yönetici takip edebilir. Yeni yönetici davayı (kaldığı yerden itibaren) takip edebilir (241).

SONUÇ

İcra hukukunda, temsil iradi veya kanuni olarak karşımıza çıkmaktadır. Takip ehliyetine sahip gerçek kişiler, icra işlerini bizzat kendileri devam ettirebilir. İcra tabinin tarafı gerçek veya tüzel kişidir. Gerçek kişilerde iradi ve kanuni temsil mümkündür. İradi temsil, avukat, dava vekili, dava takipçisi aracılığıyla olur. Bunlar takibi sürdürebilir. Vekil, gerçek kişinin veya tüzel kişinin temsilcisi olabilir. Bu halde tebligat kural olarak, vekile yapılır (Teb. K.m. 11). Kanunun açıkça öngördüğü ve diğer hallerde tebligat asile yapılır. Gerçek kişiler sınırlı takip ehliyetine sahip ise veya tam ehliyetsiz ise, takipler kanuni temsilci tarafından yürütülür. Tüzel kişiler, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır. Bunlarda, temsilci kanun veya tüzüklerine göre belirlenir. Özel hukuk tüzel kişilerin temsili, tüzüklerinde belirtilen temsilcileri aracılığıyla olur. Kamu tüzel kişilerinde ise, Bakanlıkları ve ilgili kurumları hazine avukatı temsil eder. Ayrı tüzel kişiliği bulunan genel müdürlükleri ise, kendi avukatları temsil eder. Tebligatta, yetkili temsilcilere yapılır. Hazine avukatının bulunmaması halinde, temsil yetkisi o yerin idari amirine aittir. Bu halde, temsilcide yapılabilecek hatalar, ıslaha dahi başvurmadan düzeltilebilir. Tüzel kişiler, bir vekil aracılığıyla da takibi yapabilirler. Tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar, topluluğu meydana getiren kişilerce hep birlikte temsil edilir. Gerçek kişiler gibi, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerine karşı icra takibi yapılabilir.

²⁴¹Kuru-Usul C.1 s.871; 5.HD 12.1.1980, 10233/43 (İKİD 1981/248 s.506-507).

İCRA İŞLERİNDE TEBLİGAT

Yrd. Doç. Dr.Recep Akcan*

A.GİRİŞ

Tebliğat Kanunu aracılığıyla, idari organlar ve mahkemeler gerçek ve tüzel kişilere yazışmaları gönderirler. İcra işlerinde tebliğatın önemi yadsınamaz bir gerçektir. Yapılan takip işlemlerinin duruma göre alacaklıya ve borçluya tebliğ edilmesi gerekir. İcra ve iflas Kanununun bazı maddelerinde, tebliğle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir (1). İcra işlemlerinin tamamlanarak sonuç doğurabilmesi için, ilgisine tebliğ edilmesi lazımdır. Örneğin, ödeme emri (ve itiraz) süresinin işlemeye başlayabilmesi için, bu konudaki tebliğlerin yapılması gerekir. Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden, icra takibine devam edilerek haciz ve satış yapılamaz (2). Borçluya icra emri gönderilmedikçe diğer bir takip işlemine devam edilemez. Takip işlemleri usulüne uygun olarak ilgililere bildirilmelidir. Böylece ilgililer, zamanında takip işlemleri hakkında bilgi sahibi olurlar. İcra ve ödeme emrinin tebliğ edilmemesi, borçlunun savunma hakkını kısıtlar. Alınan karar veya yapılan işlem, ancak ilgisine tebliğ edilmekle tamamlanır ve sonuç doğurur.

Tebliğat, "hukuki bir işlemin, ilgili kimsenin (muhatapın) bilgisine sunulması için yetkili makamın, yasa ve yöntemine (usulüne) uygun bir biçimde yazı ile veya ilânla yaptığı bildirim işlemi"dir (3). İcra ve İflas Kanunu ve Tebliğat Kanunu gereği, tebliğat yapılması gereken durumlarda, tebliğatın usulüne uygun olarak yapılması gerekir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 İİK. m. 18, 21, 44, 51, 54, 54a, 57, 60, 61, 65, 68b, 69, 70, 75, 78, 89, 103, 114, 126, 127, 128, 135, 146,149b, 150c, 150ı gibi; bkz. İcra ve İflas Kanunu Tatbikatına Dair Nizamname m. 33, 34; İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği m. 21, 22, 23, 24, 25, 25a, 26, 28, 28, 29, 32, 33, 34, 39, 40, 41, 42, 46,62,85 gibi.

2 Edilmesi halinde yapılan işlemler takibin her aşamasında süresiz şikayet yolu ile iptal edilir (Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, C.1, İstanbul 1988, s.121; Kuru B/Arsalan R/Yılmaz E., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1988 s.76); bkz, ödeme emrinin tebliği konusunda: Kuru, C.1 s. 121,142-143,156-158,171,181,223-225,230-232,245, 400; bkz. ayrıca haciz tutanağının tebliği konusunda: Kuru, C.1 s.142, 274,631,852,872.

3 Yılmaz E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996 s. 794 (tebliğat kelimesi).

Tebligat (4) diğer hukuk dalları yanında, icra ve iflas hukukunda da önemlidir (5). İnceleme konumuz icra işlerinde tebligat (6) olduğu için, iflasta tebligat konusuna burada girmedik (7). Yine, Tebligat Kanununun uygulanması ile ilgili olarak, tebliğ görevlilerinin, muhatabın, üçüncü kişilerin bazı fiilerinden dolayı cezai hükümler getirilmiştir. Örneğin, yanlış adres bildirilmesi, tebliğ evrakının muhatabına verilmemesi ve tebligatı kabulden sebepsiz yere kaçınılması, yalan beyanda bulunma, tebliğ evrakının veya ihbarnamenin asılmasına, yapıştirilmesine karşı koymak veya yırtmak gibi fiillere bazı yaptırımlar bağlanmıştır. Bu cezai hükümlerin amacı, tebligatın doğru olarak yapılabilmesini sağlamaktır. Bu konulara da incelememiz de girmedik (8).

B. MEVZUAT

Tebligatın yapılması usulü, Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Tebligat konusunda, asıl olarak 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri bulunmasına rağmen; Kamulaştırma Kanunu, Vergi Usul Kanunu gibi bazı kanunların ilgili hükümleri de, Tebligat Kanunu yanında uygulanmaktadır. Postada Tebligat İşlemleri Rehberi de, tebligat konusunda başvurulacak kaynaklar arasındadır. Tebligat konusunda kabul edilen iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar ile ortaya çıkan uyumsuzlukları çözümlen mahkeme kararları ve Adalet Bakanlığı ve PTT

-
- 4 Bkz. Tebligat konusunda: Yılmaz E/Çağlar T., Tebligat Hukuku, Ankara 1991; Moroğlu E/Muşul T., Tebligat Hukuku, İstanbul 1985; Afşaroğlu O., Tebligat Hukuku, Ankara 1992.
- 5 Bkz. Tebligatın önemi hakkında: Kuru/Arslan/Yılmaz s.76; Kuru, C.1, s.121; Yılmaz/Çağlar s.29-34'de belirtilen Yargıtay kararları; bkz. Tebligatın amacı konusunda: Yılmaz/Çağlar s.244; Brox H/Walker W. D., Zwangsvollstreckungsrecht, 1990 s.92.
- 6 Bkz. icra işlerinde tebligat hakkında: Üstündağ S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s.91-92; Berkin N. M., İcra Tebliğleri ve 538 sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler (İHFM 1967/1-2, C.33, s.129-140); Berkin N. M., İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969, s.37-41 (Berkin-İcra); Postacıoğlu E.İ., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 s.91-99; Ansay S. Ş., Hukuk ve İcra Usulleri, Ankara 1960, s.42-43; Yelekçi M/Yelekçi İ., İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1994, s.46-50; Olgaç S., İcra-İflas, C.1, Ankara 1978, s.133-148; Bkz. Avusturya Hukuku için: Rechberger W.H/Simotta D. A., Exekutionsverfahren, 1992 s.91; bkz. İsviçre Hukuku için: Amonn K/Gasser D., Grundniss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 1997 s.90-93.
- 7 Bkz. İflasta tebligat konusunda: Yılmaz E., İflas İdaresi, Ankara 1976, s.124; Kuru/Arslan/Yılmaz s.422; Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, C.3, Ankara 1993, s. 2618.
- 8 Bu yaptırımlar: Örneğin, para, hapis, disiplin cezası gibi yaptırımlardır (bkz. bu konuda: Yılmaz/Çağlar s.638 vd; Afşaroğlu s.72-75); bkz. ayrıca: Teb. K. m.52,53,54,55,56,57; 4.CD 14.9.1994, 7364/2972 (YKD 1994/8 s.1236-1237).

Genel Müdürlüğünün yayımlamış bulunduğu genelgeler de vardır (9). Bunlar yanında, İcra ve İflas Kanunu, bazı maddelerinde (m.21, m.57 gibi) icra tebliğlerinden bahsetmektedir. Her iki maddeye göre de, icra işlerinde tebligat, 7201 sayılı Tebligat Kanununa göre yapılır (10). Kanımızca, tebligat sorunu açısından İcra ve İflas Kanunu daha özel bir kanundur (11). Bu nedenle, bu Kanundaki (İİK.) tebligatla ilgili hükümler, tebliğ işlemlerinde öncelikle uygulanmalıdır. Tebligat, İcra ve İflas Kanununa aykırı ise artık Tebligat Kanununun ilgili hükümleri somut olayda uygulama alanı bulmaz (12).

C. TEBLİGATIN YAPILMASI USULÜ

İcra işlerine ait tebligatlar çeşitli yollarla muhataba gönderilir. Tebligat, bağlı olduğu işlemin geçerlilik şartı olması yanında, ayrıca icra takibinin devamını sağlayan esaslı bir unsurdur (13). İcra tetkik merciinde görülecek bazı işlerde, (İİK m. 70, 169a,170b gibi) ilgililer duruşmaya çağırılmadan yokluklarında karar verilemez (14). Tebligata başvurmadan önce tebliğ mazbatasının, tebliğ evrakının ve gerekiyorsa davetiyenin usulüne uygun olarak hazırlanması gerekir. İcra dairelerince yapılacak tebliğler kural olarak yazı ile ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre olur (İİK. m.21, 57).

9 Bkz. Tebligat konusunda gözönünde tutulması gereken kaynaklar konusunda: Yılmaz/Çağlar s.39-40; Afşaroğlu s.18-19; Moroğlu/Muşul s. 7 vd.

10 6.6.1985 gün ve 3220 sayılı Kanunla, Tebligat Kanunu değişikliğe uğramıştır. Tebligat Kanununun 60. maddesi uyarınca çıkarılmış olan Tebligat Nizamnamesi (RG 11.9.1959, sa.10303) de, 5.12.1987 tarihinde değişikliğe uğramış ve Tebligat Nizamnamesinin adı "Tebliğat Tüzüğü" olarak değiştirilmiştir (RG 5.12.1987, sa. 19655 s.2-4). Avusturya Hukukunda da, bizde olduğu gibi ayrı bir Tebligat Kanunu mevcuttur (Rechberger W. H/Simotta D. A., Grundriss des österreichischen Zivilprozeßrecht, 1994, s.166); bkz. İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.64-66.

11 Yılmaz/Çağlar s.176.

12 "...her ne kadar Tebligat Kanununun 32.maddesine göre tebliğ usule aykırı olarak yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise tebliğ muteber sayılır ise de, bu hüküm tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı yapılması halinde tatbiki mümkün olup, İİK'nun 54.maddesinin uygulanması gerekli işlemlerde tatbik olanağı yoktur. Bu bakımdan borçluya çıkarılan ödeme emrinin iptil tarihinde tebliğ edildiği hususunun kabulüne ve icraya yaptığı itirazın tebliğ masrafını vermediğinden dolayı takibin keskinleşmiş sayılmasına olanak yoktur. Şu duruma göre, borçlunun ödeme emri tebliğ edildiği tarihte tutuklu olup olmadığının araştırılarak tutuklu bulunduğu anlaşılması halinde ödeme emrinin iptal edilmesine karar verilmesi gerekir" (12.HD 29.11.1979, 8901/9137: Yasa HD 1980/5 s.715).

13 Moroğlu/Muşul s.5-6; Berkin-İcra s.38.

14 Olgaç s.111-114.

I.TEBLİĞ İ N ŞEKLİ

Tebligat, kural olarak Posta Telgraf ve Telofon İşletmesi (PTT) eliyle yapılabileceği gibi, memur vasıtasıyla da yapılabilir (Teb.K.m.1) (15).

İcra (iflas) daireleri icra tetkik mercileri tebliğ evrakı hazırlayabilirler ve tebligat yapabilirler (16). İcra işlerine ilişkin tebligatın, PTT memurları veya icra dairelerinin kendi memurları tarafından yapılması mümkündür. İcra (iflas) dairesinin tebliğleri, PTT tarafından yapılırsa dahi bir icra dairesi işlemi niteliğindedir (17).

İcra daireleri (ve mahkemeler), re'sen ve talep halinde işin niteliğine göre kendi memurları vasıtasıyla da tebligat yapılmasına karar verebilirler (Teb.K.m.41; Teb.Tüz.m.62; İİK m.21, I) (18).

Yargıtay da, icra işlerine ilişkin tebligatların memur vasıtasıyla yapılabileceğini kabul etmektedir (19).

Tebligatın nasıl yapılacağı hususu tamamen icra dairesinin (ve mahkemenin) takdirine bağlıdır. Kendi memuru vasıtasıyla tebligat yapılmasına karar veren icra dairesinin (veya mahkemenin), bunun için gerekçe göstermek zorunda olmadığı savunulmuştur (20). Kanımızca, gerekçe gösterilmesi gerekir. Tebligat Tüzüğü m.2,II'deki, "memur vasıtasıyla tebliğ yaptırılmasını icabettiren sebep, işin taalluk ettiği evrakta gösterilir" şeklindeki hükümden bunu çıkarmak mümkündür.

15 Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s.77; Yılmaz/Çağlar 40; Olgaç s.133. Tebligatın PTT işletmesi veya memur eliyle yapılması konusunda bkz:Yılmaz/Çağlar s.40 vd. PTT memurları aracılığıyla yapılacak tebligatın kural olup olmadığı konusunda bkz: Yılmaz/Çağlar s.40 ve s.51 dn.7'de belirtilen Yargıtay kararı; bkz. Alman Hukuku için: Brox/Walker s.94; İsviçre Hukuku için: Amonn/Gasser s.91-92. İsviçre Hukukunda polis vasıtasıyla da tebligat yapılabilir (Walder H. U/Richli, Zivilprozessrecht, 1996 s.371).

16 Yılmaz/Çağlar s.42 dn.40; Kuru/Arslan/Yılmaz s.76.

17 Pekcanitez H., İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s.43.

18 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 118-119; Kuru s.122. Bu şekildeki düzenleme ile, yargı mercileri işlemleriyle onların yanında hizmet veren ve maddede adalet daireleri olarak ifade olunan noterler (ve) icra dairelerinin işlemlerine sürat kazandırılması amaçlanmaktadır (Bu konudaki hükümet gerekçesi hakkında bkz: Kuru, C.1, s.122; Yılmaz/Çağlar s.450-451).

19 Yılmaz/Çağlar s.451 dn.5'de belirtilen karar. Örneğin, mübaşir vasıtasıyla yapılan icra işlerine ait tebligat geçerlidir (Yılmaz/Çağlar s.452 dn.10'da belirtilen karar; Olgaç s.144 no.198'de belirtilen karar).

20 Kuru, C.1, s.122; karşı. Moroğlu/Muşul s. 32-35.

Gecikmesinde zarar doğabilecek durumlarda, icra işlerine ilişkin tebliğlerin, bizzat icra dairelerinin kendi memurları vasıtasıyla yapılması mümkündür (Teb.K m.2; Teb.Tüz. m.2). Memur aracılığıyla tebligat yapılması durumunda, memur eliyle tebligatı zorunlu kılan neden, işin ilişkin olduğu belgede belirtilmelidir (Teb.Tüz.m.2, II). Özellikle tebligatın gecikmesi durumunda meydana gelebilecek zarar konusunda açıklama yapılmalıdır. Bu hususlara uyulmadan, ödeme emrinin mübaşir eliyle yapılması, yapılan tebliği usulsüz kılar ve verilen kararın bozulması sonucunu doğurur (21).

Bazı icra işlerinde ilgiliye yapılacak tebligatın ise, noter aracılığıyla yapılması gerekir (m.68b, m.150ı gibi) (22).

İcra dairelerince yapılacak tebliğler makbuz karşılığında doğrudan doğruya tevdi suretiyle de yapılabilir (İİK m.21, I). Tebligatın, kural olarak PTT yoluyla yapılacağı hususu, icra dairesinin ilgiliye makbuz karşılığında tebligat yapmasına engel değildir. Gecikmesinde zarar umulan işlerde, icra memuru ilgilinin rızası ile bağlı olmadan, doğrudan doğruya (elden) tebligat yapılabilir. Bu halde, ilgiliden bir makbuz alınır. Gerektiğinde, evrakın tevdi edildiği bu makbuzla ispatlanır. Uyuşmazlık halinde, tebligatın usulüne uygun olarak yapıldığının ve evrakın tevdi edildiğinin ispatı, tebligatı yapan memura aittir (23).

Tebliğat, tebliğ işlemlerinde hızlılığı sağlamak amacıyla uçakla, elektronik mektupla, postada kullanılan diğer seri veya özel vasıtalarla veya telgrafla da yaptırılabilir (İİK Yön.m.63 ve 82; Teb.K.m.7; Teb.Tüz.m.8,9). Bu yola başvurulmasını gerektiren neden evrak üzerinde belirtilmelidir (Teb.Tüz.m.8 III). Bu neden genellikle, tebligatın bir an önce yapılmasının gerekmesi zorunluluğudur (24).

-
- 21 Yılmaz/Çağlar s.51 dn. 7'deki karar; Olgaç s.144'deki 198 nolu karar; bkz. gecikmesinde zarar umulan bir halde, memur yerine PTT vasıtasıyla tebligat yapılabileceği hakkında: Moroğlu/Muşul s.34.
- 22 Yılmaz/Çağlar s.47; bkz. ayrıca: İİK m.21, II; İsviçre Hukukunda, icra işlerine ait tebliğlerin bir başka yerdeki icra dairesi vasıtasıyla tebliği mümkündür (Amonn/Gasser s.91).
- 23 Berkin-İcra s.38; Postacıoğlu s.91; bkz. bu şekildeki tebligatta masraflara kimin katlanacağı konusunda: Postacıoğlu s.91.
- 24 Yılmaz/Çağlar s.74 vd; Moroğlu/Muşul s.31; Walder/Richli s.371; icra işlerine ait tebliğlerin, telgrafla yapılması halinde, telgrafla tebliğ zarfının kullanılması zorunludur (İİK. Yön. m.63).

II. TEBLİĞ MAZBATASININ, TEBLİĞ EVRAKININ, DAVETİYENİN DÜZENLENMESİ

İcra Tetkik Merciiinde, bazı basılı kağıtların kullanılması zorunludur. Örneğin, davetiye tebliğ kağıdı, tebliğ mazbatalı zarf, telgrafla tebliğ zarfı gibi (İİK Yön.m.85). İcra ve İflas Kanununa göre tebliği sözkonusu olacak ödeme ve icra emirleri ile haciz ihbarnameleri gibi çok sayıda belgenin şekil ve örnekleri İİK. Yönetmeliğinde yer almıştır (İİK. Yön. m. 109).

Tebliğ olunacak evrak, biri tebliği çıkaran merciiin dosyasına konulmak ve diğeri tebliğ edilecek kimselere verilmek üzere yeteri kadar nüshadan (örnekten) oluşur. Bu nüshaların her birinde iş sahibinin veya vekilinin imzası bulunur (Teb.Tüz.m.10) . İlgiliye tebliğ edilecek tebliğ evrakı (örneğin, ödeme emri, ödeme emrine itiraz gibi belgeler) hazırlanacak (25) ve tebliğ mazbatalı zarfa konulacak ve ayrıca tebliğ mazbatalı zarfın üzeri de doldurularak; bu zarf, içindeki ödeme emri gibi tebliğ evrakı ile birlikte muhataba verilecektir (26).

Yine, tebliğ evrakının verilmesi ile birlikte, ilgilinin mahkemede (veya diğeri bir yerde) hazır olması gerekiyorsa, bunun günü ve saati ile yeri de tebliğ mazbatalı zarf üzerinde belirtilecektir (Teb.Tüz.m.75). Davetiyede hazır bulunacak gün ve saatin de açıkça yazılması gerekir. Buna uyulmadan borçluya yapılan tebligat geçersizdir (27).

Gönderilecek davetiyenin ihtiva etmesi gereken bazı kayıtlar vardır (Teb.K.m.9; Teb.Tüz.m.11,12). İcra işlerinde gönderilecek davetiyelere (tebliğlere) yazılması gereken hususlara uyulması gerekir (28).

25 Bkz. Tebliğ evrakının hazırlanması ve davetiyenin ihtiva edeceği hususlarla ilgili olarak (Teb.K.m.8,9; Teb.Tüz.m.10,11,12, 75-84,87; Yılmaz/Çağlar s.78 vd, 86 vd; Moroğlu/Muşul s.37 vd). "Ödeme emrindeki tarafların ad ve soyadları üzerinde yapılan usulsüzlükler esasa taalluk ettiğinden ödeme emri tebligatının iptali gerekir (Olgaç s.434 no.699). "Ödeme emrinin düzenlenmesi ve doldurulması icra memurunun görevidir. Bu konuda alacaklı vekiline bir mükellefiyet yüklenmemiştir" (Yelekçi/Yelekçi s.130 no.6); bkz. ödeme emrinin içeriği konusunda: Kuru, C.1, s.224 vd.

26 Borçluya aynı tebliğ zarfı içinde hem ödeme emri ve hem icra emri gönderilip tebliğ edilmiş olması usule aykırıdır (Olgaç s.434 no.700). Takip talebinde borçlu olarak gösterilmemiş olan kişiye ödeme emri tebliğ edilmez. Takip talebinde yazılı olandan başka bir kişiyi borçlu olarak gösteren bir ödeme emri batıldır (Kuru C.1, s. 212-213, 225 dn.13).

27 HGK 23.10.1971, 683/613 (ABD 1972/2 s.321; İBD 1972/1-2 s.64-65).

28 12.HD 8.3.1984, 212/2666 (Yasa HD 1985/4 s. 545); 12.HD 13.12.1983, 9161/10384 (Yasa HD 1984/7 s.1012); 12.HD 29.11.1982, 8789/8839 (Yasa HD 1983/1 s.135). Borçlu adına çıkarılan çağırı kağıdında belli günde duruşmaya gelmediği takdirde

İcra ve İflas Kanunu m.58, II/1'de, takip talebi açısından tarafların "şöhret"inin de yazılması gerekir. Takip talebinde alacaklı ve borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adresinin yazılmış olması gerekir (m.58). Borçlunun adresini, icra takip talebini veren alacaklının talebe yazması gerekir (Teb.Tüz.m.13). Buna uyulmaması, yapılan tebliği geçersiz kılar. Takip talebinde kanunun aradığı hususların yazılması gerekir. Örneğin, borçlu ve kefillerinin kimlik ve adreslerinin yazılmadığı takip talebi ile takip yapılamaz. Takip talebinde belirtilen adreste yapılan maddi hata düzeltilerek, adresin belirtilmesindeki eksiklik giderilebilir. Bir şirkette çalışan kimsenin maaşının haczi amacıyla gönderildiği tebligat adresinde, belirtilen şirket adında değişiklik olmasına rağmen, şirket tebligatı kabul etmişse, tebligat usule uygundur (29).

Gerekli tebligat giderlerinin ödenmesi gerekir. İcra İflas Kanunu m.59 uyarınca, alacaklının yapılmasını istediği işlemlerin giderlerini peşin vermesi gerekir. Tebligata ilişkin giderler de buraya dahildir. Tebligat yapılmasını isteyen kişinin (örneğin, borçluya ödeme emri tebliğ edilmesini isteyen alacaklının) bu tebliğ için gerekli posta giderini ve hatta borçlunun ödeme emrine karşı yapabileceği itirazın kendisine (alacaklıya) tebliğ giderini (m.59,I) posta pulu olarak vermesi gerekir. Vermezse, tebligat talebinden vazgeçmiş sayılır (30). Ödeme emrine borçlunun itiraz etmesi durumunda, bu itiraz alacaklıya tebliğ edilir. Bu tebliğ giderini borçlu ödeyebilir; ödememesi halinde, alacaklının 59. madde gereğince yatırdığı avandan yararlanılarak borçlunun ödeme emrine itiraz ettiği hususu alacaklıya bildirilir (İİK m.62, II). Borçlunun tebliğ giderini ödeme zorunluluğu yoktur (31).

yokluğunda duruşma yapıp karar verileceği yazılı olmaksızın karar verilmesi yasaya aykırıdır (HGK 8.10.1969, 541/740: Yelekçi/Yelekçi s.42). İİK m.18 ve 70 gereği, icra duruşmalarında taraflara tebliğ olunacak davetnamelerde ibraz etmek istedikleri vesikaları belirli bir günde göndermeleri gerektiği ve ayrıca yokluklarında karar verileceği ihtar edilmelidir (Olgaç s.118 no.156).

29 Yılmaz/Çağlar s.91-92.

30 Bkz. Teb.K.m.5; Teb.Tüz.m.6; Yılmaz/Çağlar s.64; Kuru, C.1, s.123; Olgaç s.142. Gerekli tebligat masrafları verilmemişse, HUMK m.414 ve gerektiğinde Teb. K.m.5 uygulanır (Olgaç s.17). Ancak, önemli sebeplerin varlığı halinde bu süre uzatılabilir. Adli yardımdan yararlananlara ilişkin ücret ve masraflar, haksız çıkan taraftan alınmak üzere ilgili mercii tarafından ödenir (Berkin-İcra s.38). Bu durumda, bir görüşe göre, davacı yalnızca tebligattan vazgeçmiştir. Diğer görüşe göre, davacı davasını takipten vazgeçmiştir. Üçüncü görüşe göre, davacı, feragat etmiştir (bkz. Yılmaz/Çağlar s.62-63). İtirazın varlığında, alacaklıya tebliğ giderini ödemeyen borçlunun itiraz etmemiş sayılacağı hakkında bkz: Olgaç s.426.

31 Bkz. Borçlunun itirazı ile birlikte ve aynı süre içinde itirazının alacaklıya tebliğ masraflarını ödemek zorunda olmadığı hakkında: Üstündağ s.125; Kuru C.1, s.252; bkz,

Tebligatın kime, ne zaman ve nasıl yapıldığı veya tebligatın yapılamaması halinde bunun nedeni ve tebliğ görevlisi tarafından yerine getirilen işlemler bir tutanak ile belirlenir (Teb.K.m.23; Teb.Tüz.33-34) (32).

Düzenlenen tebliğ mazbatası, tebliğ görevlisi ile tebligat muhatabı arasında herhangi bir düşmanlık olmaması durumunda doğru olarak kabul edilmelidir (33).

İİRESMİ TATİL GÜNLERİNDE VE GECE VAKTİ TEBLİGAT

Resmi tatil günlerinde de icra tebligatı yapılabilir (34). Son değişiklik gereği gece vakti de tebligat yapılabilir (35). Günümüzde, icra işlerine ait tebliğlerin, resmi tatil günlerinde ve gece vakti tebliğ muhatabına verilebilmesi mümkündür. Bu şekildeki tebligat, usule aykırı değildir. Muhatabın, tebligat adresinde bulunmaması durumunda, tebliği alabilecek kimselere de icra işlerine ait tebliğler yapılabilir (36).

IV.TEBLİGATIN KİME, NEREDE, NASIL YAPILACAĞI

Kural olarak, tebligat muhatabın bizzat kendisine yapılır (37). Tebligat, muhataba bilinen en son adresinde yapılır (38). Buna göre, Tebligat Kanunu adreste tebligat esasını kabul etmiştir.

icra tebliğlerinde itiraz ve tebliğ masraflarının ödenmemesinin sonuçları hakkında: Olguç s.446 vd.; bkz. Alman Hukukundaki, icra işlerindeki tebligat masrafları konusunda: Ernst/Otto/Bruckmann, Die Praxis Der Zwangs-Vollstreckung, 1997 s.67.

- 32 2.HD 28.10.1997, 8926/11476 (YKD 1998/4 s.503-504); Rechberger/Simotta s.167; bkz. icra işlerine ait tebligatın posta veya memurla yapılması halinde, tebliğ mazbatalı zarfın kullanılması zorunluluğu hakkında: İİK. Yön.m.62; icra işlerine ait tebliğde, tebliğ mazbatası düzenlenmesi gereken hallerde, usulüne uygun olarak bu mazbatanın düzenlenmemesi ve borçlunun çağrılmadan yokluğunda karar verilmesi bozma nedenidir (Olguç s.145 no.201).
- 33 İİD 8.5.1961, 4356/4768 (İBD 1963/9-10 s.203).
- 34 Bkz. İİK m.51; Teb.K.m.33, IV; Teb.Tüz.m.53; resmi tatil gününe rastlayan tebliğlerde İİK m.19 hükümleri gözönüne alınır.
- 35 Teb.Tüz.m.52; bkz. bu konudaki hükümet gerekçesi için: Kuru C.1, s.122-123, 139; karşı Olguç s.379-380.
- 36 Moroğlu/Muşul s.44; Yelekçi/Yelekçi s.46; karşı Berkin-İcra s.41. Adli tatil günlerinde de yapılan tebligat geçerlidir (Olguç s.126 no. 177). Avusturya Hukukunda, cumartesi, pazar ve diğer resmi tatiller ile gece vakti saat 22'den sabah 6'ya kadar sadece hakim'in izni ile tebligat yapılabilir (Rechberger/Simotta s.166).
- 37 Rechberger/Simotta s.166; Brox/Walker s.92; Amonn/Gasser s.91.

Bir kimseye adresinden başka bir yerde de tebligat yapılması mümkündür. Örneğin, yolda, kahvede, parkta, mahkeme kaleminde, icra dairesinde. Adres dışında bir yerde tebligat yapılabilmesi, ancak muhatapın bunu kabul etmesi halinde mümkündür. Yine muhatap, tebligatı yapan merciye veya PTT merkezine veya tebliğ memuruna başvurarak, kendisine ait tebligatı alabilir (Teb.Tüz.m.14). Borçluya, icra dairesinde ödeme emri tebliğ edilebilir (39). Otel, hastahane, fabrika, okul ve resmi veya özel dairelerde çalışanlara da icra tebliğleri orada yapılabilir (40).

Ödeme emri, takip talebinden itibaren en geç üç gün (41) içinde borçluya tebliğ edilir. Takip birden fazla müşterek borçluya karşı yapılmakta ise, bunlardan herbirine ayrı ayrı ödeme emrinin gönderilmesi gerekir. Bir borçlu hakkında aynı günde birden fazla takip talebinde bulunulması halinde, icra dairesi bu takiplere ilişkin ödeme emirlerini aynı zamanda tebliğe göndermesi gerekir. Borçlu hakkında bir icra dairesinde farklı günlerde birden fazla takip talebinde bulunulmuş ise, bu takiplerden hiçbirinde kendisinden daha eski tarihli olan takip talebinden önce ödeme emri gönderilemez (İİK m.61) (42).

İcra ve İflas Kanunu m.89 ihbarnamesi, üçüncü kişinin mevduatının bulunduğu banka şubesine tebliğ edilir (43).

38 Bkz.Teb.K.m.10; Teb.Tüz.m.13; 1.HD 10.3.1997, 2693/3095 (YKD 1997/7 s. 1053); Brox/Walker s.92; bkz. tebligatın, tebliğ edilecek kişiye bilinen en son adresinde yapılacağı kuralının istisnaları hakkında: Moroğlu/Muşul s.45 vd.

39 Yılmaz/Çağlar s.126 ve 127'de belirtilen kararlar; Amonn/Gasser s.92.

40 Bkz. bu tebligatın nasıl yapılacağı konusunda: Yılmaz/Çağlar s. 231; 232; Afşaroğlu s.33-34; Yelekçi/Yelekçi s.49; Olgaç s.135; Teb.K.m.18, Teb.Tüz.m.24.

41 İcra müdürünün, ödeme emrini üç gün içinde tebliğe göndermesi zorunluluğu, ödeme emri için, bir geçerlilik şartı değildir. Belirtilen bu süre geçtikten sonra düzenlenen ve borçluya tebliğ edilen ödeme emri de geçerlidir (Kuru/Arslan/Yılmaz s.118 dn.7).

42 Murise sağlığında ödeme emri tebliğ edilmiş ise, murisin ölümü halinde, mirasçılara karşı yeni bir icra takibi yapılmasına ve ödeme emri gönderilmesine lüzum yoktur. Bu halde, alacaklı, icra dairesine başvurarak, takibe mirasçılara (veya içlerinden bazılarına) karşı devam etmek istediğini açıkça bildirmesi ve icra dairesinin de bu hususu mirasçılara tebliğ etmesi gerekir. Borçlu ölmeden önce, ödeme emrine itiraz etmişse, yine mirasçılara yeni bir ödeme emrinin tebliği gerekmez. Aynı şekilde, borçlu ölmeden önce, kendisine karşı yapılan icra takibi kesinleşmiş ise, yine mirasçılara yeni bir ödeme emrinin tebliğine ihtiyaç yoktur (Kuru C.1 s.156-158).

43 89 ihbarnamesinin bankanın merkezine tebliğ edilmesine gerek yoktur (Yılmaz/Çağlar s.200). Bankaya (şubeye) yapılacak tebligat, bankanın yetkili temsilcisine (şube müdürüne), yetkili temsilci birden fazla ise, temsilcilerden yalnız birine yapılır. Bu şekildeki tebligat geçerlidir. Temsilcilerin olmaması halinde, bankanın temsilciden sonra gelen bir kimseye veya evrak müdürü gibi kişilere, bunlarda yoksa diğer personele

Tebliğ, Medeni Kanun m.159 ve 396 uyarınca mezun olanların meslek veya sanatına ilişkin işlemlerinden doğmuş bir borca dair ise, kendilerine yapılır (m.57, II). Mahdut ehliyetli kişilerden, muayyen bir meslek ve icraya yetkili kılınanlar, bu hususlardaki tasarruflarından doğma borçlarına ilişkin icra tebliğlerini alabilirler. Yani, muayyen bir meslek ve sanatla iştigale mezun sayılan mümeyyiz küçük ve mahcurlar, bu meslek ve sanatın yürütülmesinden doğan borçlardan bizzat sorumludurlar. Bu borçlara ilişkin takiplerde, muhatap onlar olacakları için, icra tebliğlerinin de bunlara yapılması gerekir. Bu husus, İcra ve İflas Kanununun 57. maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir (44).

İcra takibinde alacaklı ve borçlu gibi husumet veya hasım ilişkisi içinde bulunanlara, muhatap adına tebligat yapılamaz. Buna aykırı olarak yapılan tebligat usule aykırı olacaktır. Tebliğ muhatabı ile tebliği onun adına kabule yetkili olan kimse arasında bir husumet bulunması halinde, tebligatın yapılmaması gerekir. Buna rağmen tebligat yapılmışsa usulsüz sayılır. Ancak, muhatap itiraz etmez ve bu usulsüz tebligata rağmen haberdar olmuşsa tebliğ geçerlidir (Teb.K.m.39; Teb.Tüz.m.60) (45).

1.ADRES DEĞİŞİKLİĞİNDE

Muhataap, kendisine (veya muhatapın adresinde muhatap adına tebligat yapılabilecek kişilerden birine) usulüne uygun tebligat yapıldıktan sonra adresini değiştirse, yeni adresini hemen tebliği yaptırmış olan icra dairesine bildirmek zorundadır; aksi halde tebligat eski adrese yapılır. Bu halde, tebliğ olunacak evrakın bir örneği eski adresine ait binanın kapısına, diğer örneği de tebliğ yaptıran merciin divanhanesine asılır. Kapıya asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır (46). İcra daireleri de geniş anlamda, Tebligat Kanunu m.35'de yer alan "kaza mercii" kavramına girmektedir. Ayrıca, İcra ve İflas Kanunu m.21'de, açıkça Tebligat Kanununun 35. maddesinin icra işlerinde de uygulandığı belirtildiğinden, ilgili 35.maddenin icra işlerinde de

yapılır. Ancak, banka adına kendilerine tebligat yapılabilecek bu kişilerin o icra takibinde hasım olarak ilgileri varsa, banka adına kendilerine tebligat yapılamaz. Bankaya yapılan birinci haciz ihbarnamesi tebliği usulsüz ise, banka ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde birinci haciz ihbarnamesine itiraz edebilir (Teb.K.m.32; Teb. Tüz. m.51). Bankanın bu halde, gecikmiş itiraz yoluna da başvurması mümkündür (Kuru C.1, s. 698, 704 dn.52, 742 vd).

44 Üstündağ s. 92; Berkin-İcra s.40; Olgaç s.401-402; Yelekçi/Yelekçi s.109 no.3; İİD 22.6.1968, 5977/6536 (ABD 1969/2 s.376).

45 Yılmaz/Çağlar s.447-449; Moroğlu/Muşul s.72; Afşaroğlu s.50-51.

46 Bkz.Teb.K.m.35; Teb.Tüz.m.55; 2.HD 1.3.1973, 1127/1248 (RKD 1973/6-8 s.263-264); İİD 24.12.1965, 1571/15109 (RKD 1966/2 s.30-31); Berkin-İcra s.39.

uygulanması gerekecektir (47). Yeni adresini bildirmeyen kimseye yapılacak tebligat, eski adresin kapısına ve ayrıca tebligatı çıkaran merciin divanhanesine asılır. Bundan sonraki tebliğler ise, yalnız tebligatı çıkaran merciin divanhanesine asılmakla yetinilir (Teb.K.m.35; Teb.Tüz.m.55).

Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, taraflar arasında yapılan, imzası resmi merciiler önünde ikrar olunmuş sözleşmelerde belirtilen adresler ile kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ticaret sicillerine ve esnaf ve sanatkârlar sicillerine verilen en son adreslerdeki değişiklikler hakkında da Tebligat Kanununun 35. maddesi hükümleri uygulanır (48).

İlamda ve İcra İflas Kanununun 38. maddesine göre ilam hükmünde sayılan belgelerle, ipotek senedinde yazılı olan adresini değiştiren alacaklı veya borçlu, adres değişikliğini birbirlerine noter vasıtasıyla bildirmiş olmadıkça, tebligat aynı adrese yapılır ve bu adresde bulunmadığı takdirde Tebligat Kanununun 35.maddesi uygulanır. Alacaklı ve borçlu adres değişikliğini noter aracılığıyla bildirmemişlerse; ilam, ilam hükümlerinden sayılan belgeler ve ipotek senedinde yazılı olan eski adreslere yapılır. Bu durumlarda, Tebligat Kanununun 35. maddesi ile Tebligat Nizamnamesinin 55. maddesinden hareket etmek gerekir (49).

Adres değişikliği, İcra İflas Kanunu m.21,II gereğince, alacaklı veya borçlu tarafından, diğer tarafa tebliğ olunduğu halde, eski adrese tebligat yaptırarak Tebligat Kanununun 35. maddesinden yararlanan taraf, bu şekilde davranmakla diğer tarafa verdiği bütün zararları yüzde 15 fazlasıyla ödemek zorunda olduğu gibi, hakkında İcra İflas Kanununun 343. maddesindeki ceza da uygulanır. Adres değişikliği bildirildiği halde, bu bildirilen adrese tebligat yapılmamış ise, İcra ve İflas Kanununun 21. maddesi uygulanır (50).

47 Yılmaz/Çağlar s.425; Uyar T., Tebligat Kanununun Uygulamada Tereddüt Konusu Olan Bir Hükmü (AD 1971/2 s.110-116).

48 Bkz. Teb.K.m.35 son fıkra; bkz. ayrıca bu konudaki hükümet gerekçesi hakkında: Kuru C.1, s.123-124; bkz. ayrıca: Moroğlu/Muşul s.47 vd.

49 İİK m.21, II; Kuru C.1, s.124; Yılmaz/Çağlar s.434 vd; Üstündağ s.92; Berkin-İcra s.39; Olgaç s.133, 140.

50 Bkz. İİK m.21, III; Kuru C.1, s.124; Berkin-İcra s.39; Postacıoğlu s.95-96.

2.AİLE EFRADINA VEYA HİZMETÇİYE TEBLİGAT

Bazı kimseler Tebligat Kanunu tarafından tebligatı almaya yetkili kılınmışlardır (51). Bunlara yapılan tebligat da geçerlidir. Tebliğ tarihi bu kimselere verilme tarihidir (52).

Aile ferdi sayılabilmek için kan, dünür, evlatlıktan doğan hısımlık ilişkisi yeterli olup, bu ilişkide uzaklık veya yakınlık aranmaz (53). Kendisine tebligat yapılacak kişi (muhatap) adresinde bulunamazsa, tebligat kendisi ile birlikte oturan eşi, çocuğu, yeğeni, babası gibi ailesi fertlerinden birine veya hizmetçi, işçi, çırak gibi aynı oturma adresinde bulunanlardan birine yapılır (54). Yakın arkadaşlar gibi, birarada oturan, aralarında hısımlık ilişkisi bulunmayan kimseler arasındaki ilişkinin de, aile breyi kavramına dâhil edilmesi ve bu kişilere de tebligat yapılması uygun olacaktır (55). Muhatap adına kendilerine tebligat yapılabilecek bu kişilerin muhatapla birlikte oturmaları gerekmektedir. Tebligat Kanunu m.16 uyarınca kendilerine tebligat yapılacak aile breylerinin muhatap ile birlikte aynı adreste (aynı evde, aynı apartman dairesinde) oturmaları gerekir. Bu halde, aynı çatı altında oturan aile breylerine ve hizmetçilere yapılan tebligat asile yapılmış sayılır. Tebliğ tarihi, bunlara yapılan tebliğ günüdür (56). Ödeme emrinin boçlu adına, birlikte oturdukları karısına, kardeşine yapılması halinde tebligat geçerlidir. Fakat, ikametgahı yurt dışında olan boçlu adına çıkarılan ödeme emrinin Türkiye'deki yakınına tebliğ edilmesi usulsüzdür. Tebligat Kanunu m.16'da belirtilen adres, işyeri adresi değil, oturma (ikametgah veya sakin olunan yer) adresidir (57).

Muhatap adına kendilerine tebligat yapılabilecek kişilerin (58), görünüşlerine nazaran onbeş yaşından aşağı olmamaları ve onbeş yaşından

51 Bkz. Teb.K.m.11,12,13,14,16,17,18,19,37; Yılmaz/Çağlar s.123; Rechberger/Simotta s.168; Brox/Walker s.92-93; SchKG m.64.

52 Yılmaz/Çağlar s.123.

53 Yılmaz/Çağlar s. 211-211; Üstündağ s. 92.

54 Bkz. Teb. K. m.16; Teb. Tüz. m. 22; Yılmaz/Çağlar s. 211 vd; bkz. aile ve hizmetçi kavramlarının anlamı konusunda: Yılmaz/Çağlar s. 211.

55 Yılmaz/Çağlar s. 214; karş. Rechberger/Simotta s.168.

56 Yılmaz/Çağlar s. 214; Teb. Tüz. m. 22, II; bkz. Askerlik Kanunu m. 25'te aynı adreste oturma şartı aranmamıştır.

57 Yılmaz/Çağlar s. 219; Moroğlu/Muşul s. 53.

58 Avusturya Tebligat Kanunu m.16'a göre, muhatap yerine yetişkin her kişiye tebligat yapılabileceği hükmü mevcuttur (Rechberger/Simotta s. 168); bkz. bu konuda:

büyük olsalar bile, açık bir şekilde ehliyetsiz bulunmamaları gerekir. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve diğer bir hastalık, sağırılık, körlük ve dilsizlik gibi sebeplerden biri ile kendisiyle anlaşılması mümkün olmayan kimse ehliyetsiz sayılır (Teb.Tüz.m.32, II). Kendilerine tebligat yapılacak kimselerin onbeş yaşından küçük olmamaları hususu, o kişinin belirtilen yaşdan büyük veya küçük olmaması anlamında değildir. Gerçek yaş değil, görünüş esastır. Görünüşteki yaşı onbeş yaşının üstünde olduğunu gösteren temyiz kudretine sahip kişinin, nüfus sicilindeki doğum kaydı farklı olsa bile tebliğ geçerlidir. Tebliğ görevlisi, tebligatı alacak kişiyi görünüşüne göre bu yaştan aşağı görürse tebligatı yapmamalıdır. Tebligatta, kişinin reşit olması aranmaz. Bu nedenle, boçluya çıkarılan icra emrinin temyiz yeteneğine sahip onüç yaşındaki çocuğuna tebliğ edilmesi usule aykırı değildir. Görünüşüne göre bahsedilen yaş üzerinde görünme ve ehliyetsiz olmama yeterlidir. Ehliyetsizlikte, görünüşe göre bir ehliyetsizliktir (59).

Aynı adreste oturmayan aile breylerine yapılan tebligat usulsüzdür. Birlikte oturmuyan yakına yapılan tebligat geçerli değildir. Bu halde, muhatap adına yapılan tebligat, Tebligat Kanunu m.16 kapsamına girmez. Birlikte oturmuyan kimselere muhatabın adresinde tebligat yapılamaz. Muhatap ile birlikte oturmuyan kızına, oğluna, annesine, yeğenine, kardeşine, dayısına, ortağına, hizmetçisine tebligat yapılamaz. Kanımızca "birlikte oturma" şartı, tebligat muhatabı adına kabul edilmiş bir kural olup, muhatap isterse, birlikte oturmadığı yakınlarının adresini geçerli tebligat adresi olarak vermiş ve tebligat bu adrese yapılmışsa, tebligatın usule uygun olmadığı söylenemez (60).

Tebligatın aile breylerinden veya hizmetçilerden birine yapılması halinde; tebliğ mazbatasında, tebliğ muhatabına tebligatın yapılamamasının nedeni ve tebligat yapılan kimsenin kimliğinin belirtilmemesi, tebligatı usule aykırı kılar (61).

Brox/Walker s.92-93. Benzer düzenlemeyi isviçre Hukukunda da görmek mümkündür (Amonn/Gasser s. 92).

59 Yılmaz/Çağlar s.277 vd; bkz. ayrıca: Berkin-İcra s.40; Moroğlu/Muşul s.61-62; Olgaç s. 134; Teb.K.m.22; Teb.Tüz.m.32; İİD 30.3.1967, 2788/2943 (ABD 1967/4 s.717; RKD 1967/7-10 s.227-228); karş. 2.HD 8.3.1977, 780/1995 (YKD 1980/9 s.1202-1203).

60 Yılmaz/Çağlar s.141 ve 219.

61 12.HD 21.1.1980, 10373/269 (Yasa HD 1980/10 s.1449-1450); İİD 8.1.1968, 1165/4 (İBD 1968 s.377).

3.BELLİ BİR YERDE VEYA EVDE MESLEK VE SANATIN İCRASI HALİNDE TEBLİGAT

Belli bir yerde devamlı olarak iş ve meslek icra eden kimsenin kendisine tebligat yapılması kural olmakla birlikte, muhatabın bulunmaması halinde, orada devamlı çalışan memur (işçi) veya müstahdemlerden birine ödeme emrinin tebliği gibi, icra işlerine ait tebliğin verilmesi usule uygundur (Teb.K.m.17; Teb.Tüz.m.23) (62). Bu durumda tebliğ tarihi, tebliğ evrakının Tebligat Kanunu m.17'de belirtilen kimselerden birine teslim edildiği gündür. Tebligat sırasında muhatabın aranması gerekir. Muhatap aranmadan tebligatın doğrudan doğruya memur veya müstahdeme yapılması usule aykırıdır. İşyerinde daimi çalışmayan aile efradına tebliğ yapılamaz. Tebligat muhatabının ortağı, aynı yerde görev yapan avukat, muhatap ile birlikte çalışan dükkan sahibi, daimi memur ve müstahdem sayılmadığından, Tebligat Kanunu m.17 uyarınca bunlara tebligat yapılamaz (63). İşyerinin, ev olması halinde muhatap bulunmazsa, tebligat sırasıyla önce muhatabın memur ve müstahdemine; bunların yokluğunda birlikte oturan aile fertlerinden veya hizmetçilerinden birine yapılır (Teb.K.m.17; Teb.Tüz.m.23, II). Tebligatın, m.17'de belirtilen kişilere yapılması halinde, düzenlenecek tebliğ mazbatasında, kime ve ne sebeple yapıldığının belirtilmesi gerekir. Bunun yapılamaması tebligatı usule aykırı hale getirecektir.

4.VEKİLE VEYA KANUNİ TEMSİLCİYE TEBLİGAT

Muhatabın, iradi veya kanuni temsilcisi varsa, tebligat kural olarak bunlara yapılır (Teb.K.m.11; Teb.Tüz.m.15,16) (64).

Vekil (avukat) ile takip edilen işlerde, tebligat (mutlaka) vekile yapılır. İcra işlerinde vekille temsil edilen borçlunun vekiline tebliğ, bazı Kanunların gereğidir (65). Bu nedenle, icra işlerinde tebliğin kural olarak vekile yapılması gerekir (66).

62 Yılmaz/Çağlar s.223 dn.3'de belirtilen karar; 12.HD 29. 2.1984, 12558/2223 (Yasa HD 1985/8 s.1167-1168); HGK 28.1.1987, 12-655/47 (İKİD 1988/337 s.6198-6199).

63 Yılmaz/Çağlar s.225, 228-229.

64 Rechberger/Simotta s.166; Amonn/Gasser s.93; SchKG 68.

65 Teb.K.m.11,I; Teb.Tüz.m.15,I; HUMK m.62,68; A.K.m.41.

66 Bkz. bu konudaki örnekler için: Yılmaz/Çağlar s.131 dn.22,23 ve s.132 dn.24,25 ve s.138 dn.45'de belirtilen kararlar. Vekil birden fazla ise, bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi, asıl tebliğ tarihi sayılır (bkz. birden fazla vekil bulunması halinde tebligat için: Yılmaz/Çağlar s. 142 vd.)

Vekile tebliğin yapılması gereken hallerde, asile (müvekkile) tebligat yapılamaz. Aksi halde, yapılan tebligat kanuna ve usule aykırı olur (67). Örneğin, borçlu vekili aracılığı ile ödeme emrine itiraz etmiş ise, tetkik mercii, borçlunun (kendisini değil) vekilini duruşmaya çağırır (68). Vekile tebliğ yapılması gereken hallerde, asile tebligat yapılarak, onun yokluğunda duruşma yapılması ve karar verilmesi, ilgili tetkik merci kararını usule aykırı hale getirir ve bir bozma nedeni oluşturur (69).

Dosyada vekâletname bulunmasına rağmen, asile tebligat yapılması usulsüzdür. Vekile yapılacak tebligat, vekilin doğru adresine yapılmalıdır. Tebligat kendisine yapılacak olan kimse, "vekil" olmalıdır. Vekile yapılan tebliğ, asile yapılmış sayılır (70).

Borçlu vekiline duruşma günü bildirilmeden, yargılamanın vekilin yokluğunda sona erdirilmesi halinde, icra tetkik mercii kararı İİK m.366 ve HUMK m.428 gereğince bozulur (71).

Borçlu ve alacaklı icra takibinde bir vekille temsil ediliyorsa, ilan suretinin vekile tebliğ edilmesi gerekir (Teb. K. m. 11). İcra ve İflas Kanununa göre yapılacak satış ilanının tebliğinin, borçlunun icra takibine yetkili vekiline yapılmaması, ihalenin bozulmasına neden olur (72). Vekile yapılması gereken tebliğin, asile yapılmış olması durumunda yapılan tebligat usulsüzdür. Satış ilanının asile tebliği kanuna uygun değildir (73). Ancak, ihale edilen mal bakımından satış ilanının vekile tebliğ edilmemesi durumunda, ihalenin feshedilebilmesi için asilin yararlarının zarara uğramaması gerekir (74).

67 Yılmaz/Çağlar s. 128 vd. ve s.164-168; Moroğlu/Muşul s. 54.

68 Bkz. Kuru C.1, s. 250; Kuru/Arslan/Yılmaz s.127.

69 12.HD 28.2.1984, 12265/2139 (Yasa HD 1984/6 s.884); 12.HD 29.2.1984, 12560/2225 (Yasa HD 1985/8 s.1168).

70 Yılmaz/Çağlar s.138-,140; Moroğlu/Muşul s.54-55.

71 12.HD 29.4.1984, 12560/2225 (Yasa HD 1985/8 s.1168).

72 12.HD 21.6.1977, 6268/6275 (Manisa Barosu Dergisi 1982/2 s.29-30).

73 "...Ancak bu konuda şikayet vuku bulmamıştır. Fesat iddiası da ispat edilmemiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İİK m.366 ve HUMK.438.maddeleri uyarınca onanmasına." 12.HD 26.3.1984, 3545/920 (Yasa HD 1984/7 s.1018).

74 Yılmaz/Çağlar s.168. "Şikayetçi H'ye tebligat yapılmış ve artırmada hazır olup pey sürmüş olduğuna göre satış ilanının vekile tebliğ edilmemiş oluşu menfaatini ihlal ve neticeye tesir etmemiştir (HGK 6.5.1970, 1131/236: RKD 1970/8-10 s.162-163).

Takip ehliyetine sahip olan borçlu, bizzat kendisi ödeme emrine itiraz edebileceği gibi, bir vekil aracılığıyla da ödeme emrine itiraz edebilir. Vekile yapılan tebligatın geçerli olabilmesi için, onun vekil sıfatıyla yargılamaya katılmış olması gerekir. Örneğin, vekilin alacaklı adına takip talebini imzalamış veya borçlu adına ödeme emrine itiraz etmiş olması hallerinde, tebligat (alacaklı veya borçluya değil) vekile yapılır (75).

Vekâletin sona ermesi halinde, icra işlerine ilişkin tebligat asile yapılır (76). Mutlaka borçluya yapılması gereken icra işlerine ilişkin tebligat, iradi veya kanuni temsilciye yapılamaz. Örneğin, İİK m.68a, II ve V. Ayrıca, mal beyanı suçlarında vekile tebliğ yapılamaz (77). Alacaklı bir yıllık süre içinde haciz talebinde bulunmaz veya haciz talebini geri alıp da bu bir yıllık sürede içinde yenilemezse takip dosyası işlemde kaldırılır. Yeniden haciz isteyebilmesi için alacaklının yenileme talebinde bulunması gerekir. Yenileme talebinin borçluya tebliğ edilmesi gerekir; yenileme talebi borçluya tebliğ edilmeden borçlunun mallarının haczedilmesi mümkün değildir (İİK m.78, V) (78).

Borçlu vekili aracılığı ile ödeme emrine itiraz etmiş ise, tetkik mercii, borçlunun vekilini duruşmaya çağırır. Fakat, itirazın geçici kaldırılmasında, borçlunun kendisinin de duruşmaya çağırılması zorunludur. Borçluya uygun bir davetiye tebliğ edilmeden itiraz kaldırılamaz (m.68a,II) (79). Hatta, borçlu istinabe yoluyla başka bir tetkik merciiine çağırılabilir, yine hazır bulunmak zorundadır (m.68a, II, cümle 2). İtirazın kesin kaldırılmasında ise, buna ilişkin talebi alan tetkik mercii, alacaklı ve borçluyu en kısa zamanda duruşmaya çağırır (İİK m.70, m.18, III). Alacaklı ve borçlu veya bunlardan

75 Kuru/Arslan/Yılmaz s.127; Kuru C.1 s.125.

76 Yılmaz/Çağlar s.146-148 dn.73,74,75,77,79'da belirtilen kararlar. "Mürafaada çekildiğini beyan eden vekilin müvekkiline bu durumu bilmesi yönünden tebligat yapılması gerekir" (Olgaç s.124 no.174).

77 Moroğlu/Muşul s. 56; Kuru C.1 s.589; Postacıoğlu s.92; Olgaç s.134; "Mal beyanı suçlarında, vekile yapılan tebligat geçersiz olup, asili bağlamadığından yapılan bu tebligat nedeniyle sanıkların mal beyanında bulunma zorunlulukları yoktur" (CGK 26.11.1990, 8-328/310: YKD 1991/2 s.266-268). Tahliye talepli ödeme emri asile yapılmalıdır (HGK 22.2.1995, 12-830/102: ABD 1995/2 s.118-119; karşı. Kuru B., İcra ve İflas Hukuku C.2, İstanbul 1990, s.1817).

78 Kuru/Arslan/Yılmaz s.198-199; Kuru, C.1, s.622-623.

79 Yılmaz/Çağlar s.105 vd; s.394 vd; Kuru, C.1, s.395; bkz. ayrıca kambiyo senetleri bakımından: Yılmaz/Çağlar s.106.

biri, takibi vekille yürütüyorsa, duruşma davetiyesinin vekil (veya vekillere) tebliğ edilmesi gerekir (80).

Bir kişinin genel (umumi) vekiline yapılacak tebligat (eğer genel vekil icra takibine katılmamışsa), ancak genel vekilin kabulü halinde mümkündür. Çünkü, genel vekilin müvekkilini her davada ve icra işinde temsil etme zorunluluğu yoktur. İcra emrinin borçluya tebliğ edilmesi gerekir Genel vekil, bir dava veya takipte kendisine gönderilen tebligatı almak zorunda olmadığı gibi, tebligatı almaya da zorlanamaz (81). Borçlunun genel vekiline ödeme emri tebliğ edilemez. Ödeme emri borçluya tebliğ edilir. Borçlunun bir vekili bulunsa bile, o vekilin icra takibinde borçluyu temsil edip etmeyeceği bilinemeyeceğinden, ödeme emrinin vekile tebliğ edilmemesi gerekir (82).

İcra emri, (İİK m.24 vd) borçluya veya borçlunun davayı takip etmiş olan vekiline tebliğ edilebilir (HUMK m.62,I). İcra konulan mahkeme ilamının elde edildiği davada, borçlu vekil tutmadan davayı bizzat kendisi takip etmişse, icra emri borçluya tebliğ edilir.

Borçlunun davada kendisini temsil etmiş vekiline icra emrinin tebliğ edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır. İcra konulan davada borçlu kendisini bir vekil ile temsil ettirmişse, tebligatın kime yapılması gerektiği konusunda öğretide ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler savunulmuştur (83).

Bu görüşleri üç grupta toplamak mümkündür. Bir görüşe göre, tebligatın vekile değil, asile yapılması gerekir (84). Diğer görüşe göre, icra emrinin asile değil, vekile tebliğ edilmesi gerekir. Yargıtay da verdiği bazı kararlarında bu görüşü savunmaktadır (85). Üçüncü görüşe göre, icra emri

80 Kuru/Arslan/Yılmaz s.163; bkz. ayrıca, icra hukukunda, duruşma davetiyesinin kime gönderileceği konusunda: Kuru, C. 1, s.375-376, 395-398.

81 Yılmaz/Çağlar s.133 ve 169; Kuru C.1, s.125; Berkin-İcra s.40; umumi vekil ödeme emrini kendi isteğiyle tebellüğ etmiş olursa tebliğ geçerlidir (Postacıoğlu s.97).

82 Kuru/Arslan/Yılmaz s.118; Kuru, C.1, s.230-231.

83 Bkz. bu konudaki öğretideki görüşler ile Yargıtay kararları ve bunların eleştirisi hakkında geniş bilgi için: Yılmaz/Çağlar s.168-177; Kuru C.3 s. 2170 vd; Moroğlu/Muşul s.56-57.

84 M.R.Belgesay (Yılmaz/Çağlar s.169 dn.140'dan naklen); bkz. ayrıca bu görüşün eleştirisi için: Yılmaz/Çağlar s.174-175.

85 Yılmaz/Çağlar s.169-174 arasında belirtilen Yargıtay kararları; Üstündağ s. 91; Postacıoğlu s. 94; Olgaç s.142-143; 12.HD 16.10.1992, 5084/12002 (YKD 1993/1 s.56-57); fakat, Yargıtay, eski bir kararında tebligatın asile de yapılabileceğini kabul

borçluya veya vekiline tebliğ edilebilir (86). İlamın henüz kesinleşmemesi örneğinde olduğu gibi, icra emrinin hemen gönderilmesi gerekli olan ve vekâlet ilişkisinin belli olduğu durumlarda tebligat vekile yapılmalıdır. İlamın kesinleşmesinden sonra uzunca bir sürenin geçmiş olması örneğinde olduğu gibi, vekâlet ilişkisinin devam ettiği şüpheli ise, tebligatın asile yapılması uygun olacaktır. Bu konudaki farklı görüşler, olması gereken hukuk bakımından yapılacak kanun değişikliği veya Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararı ile çözümlenebilir (87).

İcra takibi için aynı vekilin vekâlet ilişkisi devam ediyorsa veya borçlu icra takibi için başka bir vekil tutmuş ise, icra takibinin başlamasından sonraki işlemler, kural olarak vekile tebliğ edilir (Teb.K.m.11,I) (88).

Fakat, Yargıtay yeni kararlarında, icra emrinin borçlunun davayı takip etmiş (ilamda ismi yazılı) olan vekiline tebliğ edilmesinin zorunlu olduğu, icra emrinin yalnız borçlunun kendisine tebliğ edilmesi ile ilamlı icra takibinin kesinleşmiş sayılamayacağı görüşünü kabul etmiştir (89). Kanımızca, icra emrinin borçlunun kendisine veya vekiline tebliğ edilebilmesi gerekir. Hatta, borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğu (İİK m.74,76,337) karşısında, icra emrinin borçlunun kendisine de tebliğ edilmesi gereklidir (90).

Kanuni temsilcisi bulunanlara (91) veya bulunması gerekenlere yapılacak (MK m.354,357,376) tebligat, bu temsilcilere yapılır. Ödeme

etmektedir (Yılmaz/Çağlar s. 176 s. dn.166'da belirtilen karar; bkz. ayrıca bu görüşün eleştirisi için: Yılmaz/Çağlar s.175-176.

86 Bkz. Yılmaz/Çağlar s. 174 dn.160'da belirtilen yazarlar; Moroğlu/Muşul s.58; Üstündağ s.92 dn.194'de belirtilen kararlar; Kuru, C.3, s. 2170 vd.

87 Yılmaz/Çağlar s.176-177.

88 Borçlunun cezalandırılması gereken durumlarda, icra emri borçluya tebliğ edilir (Yılmaz/Çağlar s.177; Moroğlu/Muşul s. 58).

89 12.HD 10.11.1987, 14276/11429 (Manisa BD 1988/24 s.32-33); 12.HD 21.4.1986, 2276/4619 (YKD 1987/3 s.425-426); Moroğlu/Muşul s. 57 dn.13.

90 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 78; Moroğlu/Muşul s.57-58; Kuru C.1, s.126.

91 Kendisine kanuni müşavir tayin edilmiş olan kişinin, bu karar kaldırılmadığı sürece, müşavirin oyunu alarak yapabileceği bir işlemi kendiliğinden yapması (ipotek tesisi) halinde, ipotek alacaklısının takip talebi üzerine gönderilecek icra emrinin müşavire tebliği gerekir. Borçluya yapılan tebligat geçerli değildir (HGK 9.6.1975, İKİD.182, s.4395-96). Bkz. ticari mümessilin tebligatı kabulü zorunluluğu hakkında: Berkin-İcra s.41; Postacıoğlu s. 97.

emrinin kanuni temsilcilere, ticari temsilcilere tebliği mümkündür (92). Takip ehliyeti olmayan borçluya karşı yapılan takipte, ödeme emrine itiraz etmek yetkisi borçlunun kanuni temsilcisine aittir. Borçlu, kendisine kanuni temsilci atanması gereken kimselerden ise, icra memuru kısa bir zamanda temsilci atanmasını ait olduğu makamdan (sulh hukuk mahkemesinden) ister (93). Küçüğün reşit hale gelmesi örneğinde olduğu gibi, kanuni temsilcisi bulunan kimseler, tam ehliyetli hale gelirlerse, artık tebligat bizzat kendilerine yapılır. İlamın çocuğun reşit olmasından sonra icraya konulması halinde, eski kanuni temsilciye yapılan tebligat geçersizdir. Çocuğa yeniden icra emrinin tebliği gerekir (94).

Yargıtay'a göre, vesayet altındaki borçlunun vasisine ödeme emrinin tebliğ edilebilmesi için, vasiye sulh hukuk mahkemesi tarafından husumet izni verilmesi gerekir; husumet izni bulunmayan vasiye yapılan ödeme emri tebligatı geçersizdir (95). Kanımızca, ödeme emri vasiye tebliğ edilebilir. Vasi bu tebliğ üzerine vesayeti altındaki borçluya karşı icra takibi yapıldığını öğrenir. Bundan sonra, sulh hukuk mahkemesinden husumet izni (MK m.405/5) ister. Bu husumet izni ödeme emrine itiraz süresi (yedi gün) içinde verilemeyeceğinden, husumet izni olmasa dahi, vasi acele iş olması nedeniyle ödeme emrine itiraz edebilmelidir (96).

Tebliğatın iradi veya kanuni temsilciye yapılması gerekirken asile yapılması veya asile yapılması gerekirken iradi veya kanuni temsilciye yapılmış olması usulsüzlük oluşturur (Teb.K.m.32).

5.TUTUKLU VE HÜKÜMLÜYE TEBLİGAT

Tebliğat Kanununun 32. maddesi hükmü, tebliğatın Tebliğat Kanununa aykırı (usulsüz) olması halinde uygulanır. Tebliğatın, İcra ve İflas Kanununa aykırı olması halinde uygulanmaz. Örneğin, mümessili olmayan tutuklu hakkında tebliğat yapılabilmesi için, mümessil tayin edilmesi

92 Teb.K.m.11,II; Teb.Tüz.m.16; mümeyyiz küçük ve mümeyyiz mahcur aleyhine yapılan takiplerde tüm tebliğlerin mahcur ve küçüğe değil, temsilcisine yapılması gerekir. Borçlunun kanuni temsilcisi olmadığı halde, yanlışlıkla kendisine ödeme emri gönderilen üçüncü şahsa yapılan tebliğ batıldır (Üstündağ s.80). Taksim edilmemiş tereke hakkında tebligat, terekeye mümessil tayin edilmişse ona, edilmemişse mirasçılara yapılır (Berkin-İcra s.40; Amonn/Gasser s.93; SchKG 65).

93 İİK m.57; Teb.Tüz.m.16,II.

94 İİD 14.4.1961, 3394/3819 (Sİ 1962/167 s.5037); 4.HD 26.4.1966, 2951/4887 (Dalamanlı, Kanunlarımızda Tazminat Hukuku ve Tatbikatı, Ankara 1973 s. 179).

95 TD 10.1.1961, 2409/66 (ABD 1961/2 s.50-52; İKİD 1961/4 s.268-270); bkz. ayrıca bu kararlar ilgili olarak: Yılmaz/Çağlar s.153-154.

96 Yılmaz/Çağlar s.153-154; Kuru C.1, s. 250-251; karşı. Kuru, C.1, s. 141 dn.18 ve s. 212 dn.16.

hususunun icra dairesi tarafından tutukluya bildirilmesi, verilen süre içinde temsilci tayin edip icra dairesine bildirmemesi halinde takibe devam olunması, süresinde mümessil tayin edilmesi üzerine tebligatların mümessil adına çıkarılması zorunludur (İİK m.54) ⁽⁹⁷⁾.

İlgili maddenin (m.54) uygulamada ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda 538 sayılı Kanun Tasarısının Millet Meclisi Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında şu şekilde görüş birliğine varılmıştır ⁽⁹⁸⁾: İcra memuru, takip sırasında borçlunun tutuklu veya hükümlü (hapisli) olduğunu biliyorsa, borçluya ödeme emri tebliğ edilmez. Bu halde, borçlu, icra dairesi tarafından verilen süre ⁽⁹⁹⁾ içinde kendisine bir temsilci tayin ederse, ödeme emri bu temsilciye, etmezse borçluya tebliğ edilerek, takibe devam edilir. Tutuklu veya hükümlü (hapisli) olduğu bilinmeyen borçluya, ödeme emri tebliğ edilmişse, bu tebliğ hükümsüzdür. Bunun üzerine icra memuru borçluya mümessil tayini için bir süre verir. Borçlu belirlenen sürede, mümessil tayin ederse bu mümessile, tayin etmezse borçlunun kendisine yeniden ödeme emri tebliğ edilecektir.

Kanuni ve akdi bir temsilcisi olmayan bir borçlunun tutuklu veya hükümlü (hapisli) olması halinde, kendisine bir temsilci ⁽¹⁰⁰⁾ tayin edilir (m.54,I) ⁽¹⁰¹⁾. Henüz tutuklanmamış ve fakat gözetim ⁽¹⁰²⁾ altına alınmış bulunan borçlu hakkında da m. 54 hükmü uygulanmalıdır. Temsilci tayin edilinceye kadar kural olarak borçlu hakkında hiç bir icra takip işlemi yapılamaz ⁽¹⁰³⁾. Temsilci tayin edilmişse, tebligat buna yapılır. Tayin edilmemiş ise; tutuklu veya gözaltına (veya gözetim altına) alınmış veya

⁹⁷ Karş. Teb.K.m.19; Teb.Tüz.m.25; İİK m.54 hükmü, gerçek kişi borçlular içindir. Ancak, bu hüküm bazı hallerde şirket hakkında da uygulanır. Bir şirket organı durumundaki gerçek kişilerin hepsinin birden tutuklanması ve bunların tutuklanmadan önce bir temsilci tayin edecek durumunda olmaları halinde, icra memuru bu kişilere şirkete temsilci tayin etmeleri için uygun bir süre verir. Mal kaçırılması ihtimali bulunan hallerde bu süre içinde de haciz yapılabilir (m.54, II).

⁹⁸ Bkz. Buna ilişkin Adalet Komisyonu raporu için: Kuru C.1, s.142.

⁹⁹ İcra dairesinin temsilci tayini için tutuklu veya hapisli borçluya gerekli süreyi vermemiş olması, İİK m.16,II anlamında bir hakkın yerine getirilmemesi olup, bundan dolayı borçlunun süresiz şikayet hakkı vardır (Kuru C.1, s.142; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 86).

¹⁰⁰ Borçlunun kendisine karşı yapılan her icra takibini öğrenmesinde ve her takibin özelliğine göre temsilci tayin etmesinde korunmaya değer bir hukuki yararı mevcuttur (İsviçre Federal Mahkemesi 18.12.1951: BGE 77 III s.145-147).

¹⁰¹ Bkz. bu temsilcinin nasıl tayin edileceği ve kim olması gerektiği hakkında: Kuru, C.1, s. s.141vd; Kuru/Arslan/Yılmaz s.86; bkz. bu konudaki Yargıtay kararları için: Olgaç s.394-396.

¹⁰² Bkz. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m.15.

¹⁰³ Mal kaçırılması ihtimali var ise, haciz yapılabilir (m.54,II).

hapisli borçlunun kendisine tebligat yapılır (Teb. K. m.19; Teb. Tüz. m. 25). Bu belirtilen (tutuklu, gözaltına alınan, gözetim altına alınan, hapisli) borçlu hakkında, m.54'e göre bir işlem yapılmadıkça, ona karşı hiç bir icra takip işlemi yapılamaz. Tebligatta, kendisi dışında ailesi efradından veya hizmetçilerinden birine yapılamaz (Teb. K. m. 16).

6.TÜZEL KİŞİLERE TEBLİGAT

Tüzel kişilere yapılması gereken tebligatlar, yetkili temsilciler tarafından kabul edilir (Teb.K.m.12) (104). Yetkili temsilciler birden fazla ise, yalnız birine yapılır. Buna uyulmaması, tebligatı kanuna ve usule aykırı hale getirir (105). Yetkili temsilcilerin bulunmaması halinde, orada hazır bulunan memur ve müstahdemlere tebligat yapılması mümkündür. Tebligat Kanunu m.13'e göre, tüzel kişiliğin yetkili temsilcisinin (organının) olmaması durumunda, yetkili memur ve müstahdemlere yapılan tebliğ tarihi, bunlara verildiği tarihtir. Yetkili temsilcilerin bulunmadığı tebliğ mazbatasına yazılmalıdır. Tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ve dernekler hakkındaki icra işlerine ait tebliğler de temsilcilere yapılır. Şirketlerin ve derneklerin temsilcileri kanuna ve statülerine göre belirlenir (106). Ödeme emri gibi, icra işlerine ait tebligatın, yetkili şirket temsilcisinin olmaması halinde, orada bulunan iki müstahdeme yapılarak, tebliğ mazbatasına bunlardan birinin ismi, diğerinin imzasının alınması Tebligat Kanunu m.13'e aykırı değildir (107).

Tüzel kişiliği bulunan genel müdürlüklere tebligat çıkartılabilir. Tüzel kişiliği olmayan genel müdürlüklerde tebligat, bu genel müdürlüğün bağlı bulunduğu bakanlığa yapılır. Bakanlığa yapılan tebligat, daha sonradan hazine avukatına gönderilir. Bundan sonraki tebliğler hazine avukatına yapılır. İlamın icraya konulması halinde, icra emrinin hazine avukatına veya muhakemat müdürlüğüne tebliğ edilmesi gerekir. Ödeme emrinin ise,

104 Tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri (dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, kooperatifler, bankalar, sendikalar) ve kamu tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır (Bkz. Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995 s.244 vd).

105 Yılmaz/Çağlar s.179; bkz. tüzel kişiler ve bunlara yapılacak tebligat konusunda: Yılmaz/Çağlar s.178 vd; Moroğlu/Muşul s. 62 vd; Afşaroğlu s.29-30.

106 12.HD 24.4.1986, 11034/4820 (İBD 1986/10-11-12 s.783); HGK 10.1.1973, 1612/17 (Sİ 1973/301 s.111-113); Yelekçi/Yelekçi s.49-50'de belirtilen karar; Olgaç s.134 no.9; İsviçre Hukukunda da buna benzer bir uygulama mevcuttur (Amonn/Gasser s.93; SchKG 65).

107 Yılmaz/Çağlar s.205 dn.12. Tüzel kişinin temsilcisine tebligat yapılamaması halinde, bu hususa ilişkin tebliğ mazbatasının düzenlenmesi gerekir. "Tebliğ muhatabı tüzel kişinin temsilcisine, tebligat yapılmaması sebepleri gösterilmeden evrak şefine bırakılması Tebligat Kanununa aykırıdır" (Yelekçi/Yelekçi s.50).

bakanlığa tebliğ edilmesi gerekir (108). Belediyeyi, belediye başkanı temsil ettiğinden, icra işlerine ait tebliğlerin kendisine yapılması gerekir. Belediye başkanının bir vekil tayin etmesi halinde, Tebligat Kanunu m.11,I hükmü uygulanacağından, tebligatlar artık vekile yapılacaktır (109).

7.ASKER KİŞİLERE TEBLİGAT

Borçlu, er, onbaşı, kıta çavuşu olarak askerlik hizmetini yapmakta iken, kendisine karşı başlamış veya yeni yapılan icra takiplerinde verilen süre içinde kendisine bir temsilci tayin ederek, temsilcinin isim ve adresini icra dairesine bildirmesi gerekir. İcra tebliğleri, temsilci tayin edilmişse, ona; edilmemişse asker borçlunun kendisine yapılır (110). Bu halde, asker borçlulara yapılacak tebligat, Tebligat Kanununun ilgili hükümlerine göre yapılır (111). Buna göre, kıta ve askeri müesseselerde askerlik yapan, er ve erbaşlarda tebligat bizzat kendilerine yapılmaz. Kıta adreslerinde kıta komutanı ve müessese amiri veya en yakın üst'e yapılır. Nöbetçi amiri veya subayı, tebliğ memurunun, kıtada veya askeri garnizonda bulunan eratin komutan veya amirine tebliğ yapılmasını sağlar.

Uzman veya uzatmalı çavuşlar ve uzatmalı onbaşılar hakkında m.54a hükmü uygulanmaz (İİK m.54a) (112). Yani, icra tebliğleri açısından bu kişilere temsilci atanması sözkonusu değildir. Belirtilen bu askeri kişiler de erattır (113). Erata yapılacak olan tebligat, en yakın üste yapılır. Erata yapılacak tebligat ile ilgili hüküm (Teb.K.m.14), tebligatın muhataba yapılması kuralına (Teb.K. m.10) bir istisna teşkil etmektedir. Bu nedenle, icra tebliğleri boçluya değil, en yakın üste yapılacaktır. Tebligat, üste tebliğ gününden itibaren hüküm ifade edecektir (114).

108 Yılmaz /Çağlar s.193 vd; "dava veya takibe Maliye Müdürlüğü avukatları katıldıktan sonraki adli tebliğlerin müesseseye değil dava veya takibi devam ettirenlere yapılması icap eder" (Olgaç s.121-122 no.167, 138-139).

109 Yılmaz/Çağlar s.193-199.

110 12.HD 14.10.1985, 2139/8043 (Yasa HD 1985/11 s.1615; YKD 1986/3 s.380-381).

111 Teb.K.m.14-15; Teb.Tüz.m.19-21.

112 Yedeksubaylar hakkında da m.54a hükmü uygulanmaz (Kuru C.1, s.143 dn.26).

113 Bkz. er, erbaş ve erat konusunda: Yılmaz/Çağlar s.208.

114 Yılmaz/Çağlar Tebligat s. 209; Teb.K.m.14; Teb.Tüz.m.19.

Erat dışındaki subay, astsubay, askeri memur gibi askeri kişilere (115), yapılacak tebligatlar, Tebligat Kanununun ilgili hükümlerine göre olacaktır (Teb. K. m. 20). Buna göre, erat dışındaki askeri kişilere yapılacak tebligat ev adreslerinde yapılıyorsa, asker kişilerin sivil kişilerden farkı yoktur (116). Buraya dahil olan asker kişilerin, askeri kurum dışındaki oturduğu adresine de icra tebliğinin yapılması mümkündür. Bu halde, tebligat bizzat kendisine veya bulunmaması halinde aynı çatı altında birlikte yaşadığı yakınlarına ve hizmetçilerine yapılabilir. Askeri kişilere yapılacak tebligat askeri birlik ve kurumda (117) yapılacaksa, tebligat (erata yapılan tebligattan farklı olarak) kural olarak bizzat kendilerine yapılır. Kendileri askeri birlik ve kurumda bulunamaz veya bulunmalarına rağmen tebligatı almaktan kaçınırlarsa veyahut herhangi bir nedenle tebliğin verilmesi mümkün olmazsa, tebligat, nöbetçi amiri veya nöbetçi subayına yapılır (118). Bu şekildeki bir tebligatta, tebliğ tarihi nöbetçi amir veya subayına evrakın verilme tarihidir (119).

Savaş ve olağanüstü bir durum nedeniyle bir birlik veya askeri garnizon sefer halinde iken, bu birlik veya garnizona bağlı askeri şahıslara tebligat, bağlı buldukları komutanlıkları aracılığıyla yapılır (120). Bu halde, tebligatın ev adresinde yapılabilmesi mümkün ise, tebligat burada da yapılır. Bunun dışında, asker kişilere tebligat, bağlı buldukları komutanlıkları aracılığıyla yapılır. Muhataba tebligat, kıta komutanı, müessese amiri gibi en yakın üst tarafından yapılır. Sefer hali ile ilgili hüküm (Teb.Tüz. m.21, II), tebligatın doğrudan doğruya muhataba yapılacağına ilişkin kuralın (Teb. K. m.10) bir istisnasıdır. Bu halde, tebliğ tarihinin, muhataba evrakın verildiği tarih olarak kabul edilmesi uygun olacaktır (121).

115 Yabancı ülkelerde bulunan askeri kişilere tebligat, bağlı buldukları komutanlıklar aracılığıyla yapılır (Teb.K.m.27; Teb.Tüz.m.42,43; Yılmaz/Çağlar s.209 dn.4 ve s.328-329).

116 Yılmaz/Çağlar s.208 dn1'de hükümet gerekçesinde de bu husus belirtilmektedir.

117 Bkz. askeri birlik ve kurumun ne olduğu konusunda: 211 s.K.m.12.

118 Teb.Tüz.m.20; Yılmaz/Çağlar s. 209-210.

119 Afşaroğlu s.31.

120 Teb.K.m.15; Teb.Tüz.m.21; Yılmaz/Çağlar s.210-211; Afşaroğlu s.31-32.

121 Yılmaz/Çağlar s.211.

8.İLANEN TEBLİGAT

İcra işlerine ait tebliğlerin, PTT veya icra memurları aracılığıyla veyahut tevdi yoluyla yada ilan yoluyla da duyurulması mümkündür (122). İcra işleri bakımından, ilanen tebligata, icra dairesinin tebliğ çıkarması gereken hallerde, gerekçe gösterilerek bu daire tarafından karar verilecektir (İİK m.21,57; Teb.K.m.29). Tebligat muhatabının adresi hiç bilinmiyor ve aranmasına rağmen bulunamıyorsa ilanen tebligat yapılır. İlan yoluyla tebligatta adres hiç belli değildir (Teb.K.m.28; Teb.Tüz.m.46) (123). Yapılan soruşturmaya rağmen, ikametgahı, meskeni veya işyeri bulunamayan kişinin adresi meçhul (bilinmiyor) sayılır. Adresi bilinmeyenlere tebligat ilan yolu ile yapılır. İlan yolu ile tebligat, tebligatta başvurulacak en son çaredir (124). İlan yolu ile tebliğ, son ilan tarihinden itibaren yedi gün sonra yapılmış sayılır. İlan yoluyla tebliğe karar veren merci (örneğin, icra dairesi) gerektiğinde daha uzun bir süre belirleyebilir; ancak bu süre 15 günü geçemez (125).

Bu yola başvurulabilmesi için, tebligat muhatabının kimliğinin bilinmesi ve adresinin meçhul olması gerekir. Adresi bilinen kimseye ilanen tebligat yapılamaz. Yapılması savunma hakkını kısıtlar (126). Yurt dışında oturan muhataba, oradaki adresi belirlenerek, uluslararası tebligat hükümlerine göre (Teb.K.m.25) tebligat yapılması gerekir (127). Böyle bir kişiye, adresi araştırılmadan ilanen tebligat yapılmamalıdır (128). Tebligat muhatabının adresinin araştırılması zorunludur. Adres araştırması yapılmadan icra işlerine ait tebligat ilanen yapılamaz. Usulüne uygun olarak

122 Bkz. icra işlerindeki tebligatla ilgili yazışma örnekleri ve ilanlar konusunda: Yılmaz E./Yılmaz H.Ü., Hukuk Rehberi (Adli Yazı ve Yazışma Usulleri), C.1-2-3, 1995, s. 2192 vd, 2752, 3338 vd, 3347, 3348, 3375, 3350, 3359 vd, 3366 vd, 3398.

123 İsviçre Hukukunda da, bazı nedenlerin varlığı halinde ilan yoluyla tebligat yapılması mümkündür (bkz. SchKG 35, 66; Amonn/Gasser s.92-93; Walder/Richli s.372).

124 Borçlunun adresi bilinmiyor (meçhul) ise, alacaklı, takip talebine borçlunun adresini yazamaz. Bu halde, borçluya ödeme emri ilanen tebliğ edilir (Teb.K.m.28; Teb.Tüz.m.46).

125 Teb.K.m.31; Teb.Tüz.m.49.

126 1.HD 19.9.1994, 8240/10446 (YKD 1994/12 s.1906-1909).

127 İsviçre Hukukunda, yurt dışında oturan borçluya icra belgeleri oradaki yetkili makamlar vasıtasıyla yapılır. Doğrudan doğruya uluslararası tebligat, yabancı devletin kabul etmesi veya bir antlaşmanın varlığı halinde posta veya icra organlarının uluslararası resmi yazışmaları yoluyla olur (Amonn/Gasser s.92).

128 Yılmaz/Çağlar s.329 vd.

yapılan ilan tebligat geçerlidir. Aksi halde, geçerli değildir. İlanın şekline uygun olarak yapılması gerekir (Teb.K m.29; Teb.Tüz.m.47,49).

İlanın muhatabın en güvenli şekilde öğrenebileceği umulan bir gazete yanında, ayrıca varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde yayımlanan mahalli bir gazete ile de yapılması gerekir. Türkiye çapında yayımlanan bir gazetede mutlaka, tebliğ çıkaran merciin bulunduğu yerde ayrıca gazete çıkıyorsa orada da olmak üzere iki ayrı gazetede yapılır. İcra dairesinin bulunduğu yerde yayımlanan gazete varsa ilan o gazete ile de yapılır. Ancak, Türkiye genelinde yayımlanan gazete, tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde de yayımlanıyorsa, mahalli bir gazetede yayımlanmasına gerek yoktur. Tebliğ çıkaran merciin bulunduğu yerde mahalli bir gazete yayımlanıyorsa, Türkiye genelinde bir gazete de yapılan ilan yeterlidir (129).

Gazetede ilan yanında, ayrıca tebliğ olunacak evrak ve ilan suretinin tebliği çıkaran merciin herkesin kolayca görebileceği uygun bir yerine de asılması gerekir. Gazetede ilan ve uygun bir yere asılma (130) ilan tebligatın geçerli olmasının esaslı unsurlarıdır. Bunlardan biri eksik olmamalıdır. Her ikisine birlikte uyulmalıdır (131).

Yargıtay'a göre (132), gerekli adres araştırılması yapılmadan, ödeme emrinin ilan tebliği sonucu ödeme emrinin kesinleşmesi durumunda, sonradan icra memuru adresi belirlemişse, bu adrese yeniden ödeme emri gönderemez. Şikayete başvurulmasından sonra, ödeme emri gönderilebilir. Kanımızca, bu karara katılmak mümkün değildir. Çünkü, icra müdürünün kanuna aykırı olarak yaptığı işlemi kendiliğinden düzeltmesi, hukuka uygun olacaktır (133).

Birçok kimsenin ilgilendiği işlemlerin ilanı zorunludur. İcra İflas Kanunu m.127' de, gayrimenkullerin satışı ile ilgili olarak, açık artırmanın duyurulması hususunda tebligatın kime ve nasıl yapılacağı konusunda açık

129 Yılmaz/Çağlar s.363 vd; Afşaroğlu s.40-41; Berkin-İcra s.38-39; 2.HD 31.10.1995, 8635/11308 (YKD 1996/3 s.374-375); bkz. ayrıca: Berkin s.132 vd; İsviçre Hukukunda da, bazı hallerde tebliğin resmi gazete ve diğer uygun vasıtalarla yayımı mümkündür (Walder/Richli s.372).

130 Tebliği çıkaran icra dairesinin "divanhanesinde" belli bir yerde yapılan ilan da, ilan yolu ile tebligattır (Moroğlu/Muşul s.17).

131 4.HD 25.1.1988, 205/746 (İBD 1988/7-8-9 s.540-541).

132 Yılmaz/Çağlar s.348 dn.51'de belirtilen karar.

133 Yılmaz/Çağlar s.348.

bir düzenleme yapılmıştır (134). İlgili hükme göre "ilanın birer sureti boçluya ve alacaklıya ve gayrimenkulün tapu siciline kayıtlı bulunan alakadarların tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur (135). Adresin tapuda kayıtlı olmaması halinde ayrıca adres tahkiki yapılmaz, gazetede ki satış ilanı tebligat yerine geçer". Bu artırma ilanı, borçluya ve alacaklıya, bunların icra takibinde bir vekille temsil edilmeleri halinde, sadece vekile tebliğ edilir (Teb.K.m.11) (136). Vekili bulunan borçlunun veya alacaklının kendisine yapılan tebligat geçerli değildir. İlan, gayrimenkulün tapu sicilinde kayıtlı bulunan ilgililerine (örneğin ipotek alacaklısına) tapuda yazılı bulunan adreslerine tebliğ edilir (137). Satış ilanının, gayrimenkulün diğer hissedarlarına da tebliğ edilmesi gerekir (138). Adresin bilinmesine karşın ilan en tebligat yapılması kanuna aykırıdır (139).

D.TEBLİĞİN MÜMKÜN OLMAMASI

İcra işlerine ait tebligatın yapılamaması halinde, Tebligat Kanunu m.21'deki esaslar geçerli olacaktır. Muhatabın geçici olarak başka yere gitmesi halinde ve tebligatı muhatap adına kabul etmek durumunda olanların tebligatı kabul etmemeleri halinde (Teb.K.m.20), Tebligat

134 Bkz. menkullerin açık artırma ile satışındaki ilan konusunda: Üstündağ s.303 vd; İİK m. 114.

135 İİK m.127'deki tebligat, açık artırmanın geçerliliği için esaslı bir şekil şartı olup, uyulmaması halinde ihalenin feshi için bir sebep teşkil eder (Üstündağ s.315).

136 Vekilin istifası, azli gibi hallerde, satış ilanı asile tebliğ edilir. Müvekkilin ölümü halinde de, satış ilanı asile tebliğ edilir (Kuru C.2, s.1270-1271).

137 "Artırma ilan sureti kendilerine tebliğ edilmemiş olan borçlu ve alakadarların ihaleden malûmatları olduğu farzedilemeyeceği cihetle, bu kabil ihalelerin feshi talebiyle vâki olacak şikayetler için kanunun tayin ettiği müddete herhalde ihale tarihi başlangıç olmayıp, ihalenin vukuuna ittila tarihi mebde" olmak gerekir (İBK 18.11.1942, 2/22, RG.28.1.1943, sa.5316). "Tebliğün usulsüz yapılması nedeniyle borçlunun satıştan haberdar olmaması, kendisinin haiz bulunduğu yetkileri kullanmak imkanından mahrum bırakılmasına sebep olacağından menfaatini zedeler" (Yelekçi/Yelekçi s.366 no.2).

138 Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s.279 vd; Arslan R. İcra-İflas Hukukunda, İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s.46; bkz. ayrıca bu ilan konusunda: Üstündağ s.310 vd; bkz. ayrıca, taşınır ve taşınmaz malların satışı için yapılacak ilanın nasıl ve kime yapılacağı, ilan örneğinin tebliğ ile ilgili fesih nedenleri konusunda: Arslan s.88 vd.

139 Yılmaz/Çağlar s.125; Moroğlu/Muşul s.75 dn.1; ilan en tebliğün unsurları bulunmamasına rağmen, bu yola gidilmişse, icra memurunun bu işlemine karşı şikayet yoluna gidilebilir (Moroğlu/Muşul s.76).

Kanununun 21. maddesinin uygulanması doğru değildir (140). Muhatabın geçici bir zaman için başka yere (örneğin başka şehre) gitmesi halinde, Tebligat Kanunu m.20'deki hükümler gözönüne alınır. Tebligat Kanununun 21. maddesinin uygulanması için, muhatabın tebliğ adresinin bilinmesi, muhatabın veya onun adına tebliği alabilecek kimselerin o sırada adreste bulunmaması gerekir. Adres değiştirilmiş ve yeni adres bildirilmemişse, Tebligat Kanunu m.35 hükmü uygulanır. Adresin değiştirilmemesine rağmen, muhatap veya muhatap adına tebligatı alabilecek kimselerin adreste bulunmaması halinde, Tebligat Kanunu m.21 uygulanması gerekirken, 35. maddenin uygulanması usule aykırı olacaktır (141).

Tebliğin mümkün olmaması ve tebellüğden imtina halinde yapılacak işlemler, Tebligat Kanunu m.21'de belirtilmiştir. Söz konusu maddede belirtilen sıraya uyulması gerekir. Bunlara uyulmaması, yapılan tebligatı usule aykırı hale getirir (142). Bu halde, komşuya ve varsa yöneticiye veya kapıcıya yalnızca haber verilmesi zorunluluğu vardır. Tebligat evrakının bunlara verilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Haber verilmişse, bunların kimliklerine ait bilgilerin tebliğ ilmühaberinde belirtilmesi gerekir. Aksi durum, tebligatı geçersiz kılmaz. Bunlar tebligat sırasında orada yok ise, haber verilmesi gerekmez. Tebliğ görevlisinin, adreste kimseyi bulamaması veya bulunanların tebellüğden kaçınmaları halinde, tebliğ evrakını o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden birine yahut zabıta amir veya memuruna vermesinden sonra, evrakı kime verdiğini belirten ihbarnameyi doğru adresteki binanın kapısına yapıştırması gerekir. Bu halde, yapılan işlemler ve bu işlemlere niçin gerek duyulduğu, tebliğin kime verildiği, kapıya yapıştırıldığı, komşuya haber verildiği, verilememiş ise nedeni tebliğ mazbatasında belirtilmelidir. Bu açıklamaların olmaması tebligatı usulsüz kılar. Bütün bu işlemlerin doğru olarak yapılmış olması halinde, tebligat ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihte yapılmış sayılır (143).

140 İİD 2.3.1970, 2098/2135 (İBD 1970/1-2 s.106-107); Yılmaz/Çağlar s.249; bkz. Tebligat Kanununun 21. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak: HGK 29.12.1993, 18-778/876 (YKD 1994/3 s.351-357); 15.HD 30.12.1997, 5169/5743 (YKD 1998/10 s.1497-1499).

141 İİD 6.7.1971, 7997/7819 (ABD 1972/6 s.1094; RKD 1972/2 s.134-135).

142 15.HD 30.12.1997, 5169/5743 (YKD 1998/10 s.1497-1499); 2.HD 11.10.1996, 9524/10133 (YKD 1997/8 s.1215); bkz. bu halde yapılacak işlemler konusunda: Yılmaz/Çağlar s.256 vd; Moroğlu/Muşul s.73 vd.

143 Yılmaz/Çağlar s.262 vd; Afşaroğlu s.36-37; Olgaç s.137, 173.

E.USULSÜZ TEBLİGAT

İcra hukukunda tebliği gereken işlemlerden bazıları tebliğ edilmedikçe veya usulüne uygun olarak yapılmadıkça tamamlanmış olmaz. Bu hallerde tebliğ, ilgili işlemin yapılmış sayılması için geçerlilik unsurudur. Bu nedenle, tamamlanması tebliğe bağlı işlem tamamlanmadıkça kendisine bağlı sonuçları meydana getirmez. Bazı icra işlemlerin tebliği ise, o işlemin tamamlanma unsuru değil, yalnızca ilgiliye haber verme işlevi niteliğindedir (144).

Usulsüz tebligatı şu şekilde tanımlayabiliriz: ilgili kanunlarda belirtilen usullere uyulmadan yapılan tebliğ işlemi, usulsüz tebligattır. Tebliğ, Tebligat Kanunu ve tebligata ilişkin diğer hukuk kurallarının öngördüğü şekilde yapılmaz ise, tebligat usule uygun değildir. Örneğin, tüzel kişinin yetkili olmayan temsilcisine, birlikte oturmeyen aile efradı ve hizmetçiye, bahçivana; husumet ilişkisi içinde olanlara, görünüşüne göre onbeş yaşından küçük olanlara, vekil varken asile tebligat yapılması, tebliğ imkansızlığının mevcudiyeti halinde kapıya yapııştırma işleminin yapılmaması ve tebliğ evrakının muhtar veya zabıtaya değil, komşuya, kapıcıya verilmesi, adresi meçhul olan kimseye gazete ile ilan yapılmaması, ilanen teligatta evrakın ilan tahtasına asılmaması gibi örneklerde (145) tebligat geçersizdir (146).

İcra tetkik mercii, usulsüz tebliğe dayanılarak yapılmış bir icra işleminin varlığı halinde, bunları iptal eder (147).

Muhatap, usulsüz tebliği öğrenmemişse tebligatın yapılmadığı kabul edilir. Kural bu olmakla beraber; muhatap, usulsüz tebliği öğrenmiş (muttali olmuş) ise, artık tebliğ geçerli hale gelir. Muhatabın usulsüz tebliği

¹⁴⁴Bkz. bu konudaki örnekler için: Moroğlu/Muşul s. 83-84.

¹⁴⁵İcra işlerine ait tebligatta, muhatabın okur-yazar olmaması halinde, Teb. K. m. 24'e göre işlem yapılmaması tebligatı usule aykırı getirir (Olgaç s.403 no. 649). "Ödeme emrinde, mal beyanında bulunulması, aksi halin cezai müeyyideleri icabettirdiği kayıt ve ihtar olunmadığı takdirde 337 nci maddeye göre mahkumiyet kararı verilemez (Yelekçi/Yelekçi s.129 no.2).

¹⁴⁶HGK 27.1.1981, 12-3047/770 (İKİD 1981/252 s.726-727); Avusturya Hukukunda da, usule aykırı tebligat geçersiz olup, bu usule aykırılık giderilebilir (Rechberger/Simotta s.170). Alman Hukukunda, usule aykırı tebligat iptal edilinceye kadar geçerliliğini sürdürür (Brox/Walker s. 96); İsviçre Hukukunda, usulsüz tebligat iptal sebebidir. Tebliğ konusu belgeler, eksikliğine rağmen alınmış ise, tebligat geçerlidir (Amonn/Gasser s. 93).

¹⁴⁷İİD 10.2.1969, 1654/1549 (RKD 1969/10 s.104-105). Usulsüz tebligat, esası ve sonucu etkilememiş ise, bozma nedeni değildir (Olgaç s.403 no.650).

öğrendiği bu tarih, tebliğ tarihi sayılır⁽¹⁴⁸⁾. Muhatap, tebliğ evrakını veya davetiyeyi alır veyahut tebliğin içeriğini öğrenirse tebliğ yapılmış sayılır (Teb.K.m.32; Teb.Tüz.m.51). Yani, usulsüz tebligat mutlaka geçersiz değildir. Bu tür tebliğe rağmen, muhatap (örneğin kendisine ödeme emri gönderilen borçlu) tebliği (ödeme) emrini öğrenmişse⁽¹⁴⁹⁾, tebligat geçerli sayılır⁽¹⁵⁰⁾. Tebligat usulüne uygun olarak yapılmamış olsa bile, muhatap bunu herhangi bir şekilde öğrenmesi sonucu tebligat ile ilgili olarak bazı işlemlere başlarsa, muhatapın tebliği öğrendiği ortaya çıkar. Bu halde, tebliğin geçersizliğini kabul etmek doğru değildir. Bu halde, muhatapın, tebliği öğrenmediğini ileri sürmesi, dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur⁽¹⁵¹⁾. Dürüstlük kuralı, diğer hukuk dallarında olduğu gibi icra ve iflas hukukunda da geçerlidir. Alacaklı ve borçlu, icra ve iflas hukuku kurallarının kendisine verdiği yetkileri dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gerekir. Yargıtay'ın da görüşleri bu doğrultudadır⁽¹⁵²⁾.

Muhatabın usulsüz tebliği öğrenip öğrenmediği ve öğrenmişse, bunun tarihi, kendi bildirmesine göre belirlenir. Yoksa, muhatapın tebliği öğrendiğinin ve bunun tarihinin iddia ve ispat edilmesi mümkün değildir⁽¹⁵³⁾. Yani, kural olarak, muhatapın öğrendiğinin ve bildirdiği öğrenme tarihinin aksi ispat edilemez. Fakat, Tebligat Tüzüğü m.51, III' deki hükmü, İcra İflas Kanunu m. 134, IV karşısında uygulayabilmek mümkün değildir. İİK m.134, IV 'de "satış ilanı tebliğ edilmemiş (ise)...şikayet müddeti ittila

¹⁴⁸5.HD 24.11.1982, 10264/10488 (Yasa HD 1983/4 s.608-609); HGK 13.1.1982, 12-9872/20 (İKİD 1982/262 s.1405-1406); 12.HD 16.3.1982, 1486/1991 (İBD 1983/10-11-12 s.548-549). "Ödeme emri usulsüz tebliğ edilse dahi borçlunun usulsüz tebligata ittila kesbettiği tarihten itibaren Tebligat Kanununun 32 nci maddesi uyarınca itiraz hakkını kullanması gerekir. Böyle bir yola başvurulmadığından kesinleşen takibe itiraz imkanı kalmamıştır" (Yelekçi/Yelekçi s.149 no.33).

¹⁴⁹"Muhatap, her ne suretle olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alır veyahut bunların münderacatını öğrenirse tebliğe muttali olmuş sayılır" (Teb.Tüz.m.51,I c.3); karş. Berkin-İcra s.38-39.

¹⁵⁰"Ödeme emri usulsüz olarak tebliğ edilmişse, itiraza dayanak yapılan protokolde takip konusu dosyadan sözedilip borcun protokole bağlandığı anlaşıldığına göre, borçlu en geç bu tarihte takibi ve usulsüz tebligatı öğrenmiş demektir" (12.HD 22.10.1990; 7625/10305: YKD 1991/7 s.1042-1043).

¹⁵¹Yılmaz/Çağlar s.386; bkz. bu konuda: Muhammet Özkes, Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Manisa Barosu Dergisi, sayı 66, s. 56-63).

¹⁵²Bkz. Arslan R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.135 vd.

¹⁵³Teb.Tüz.m. 51, III; Kuru C.1, s.128; Olgaç s.134; karş. Berkin-İcra s.39.

tarihinden başlar" denilmektedir. Bu "ittila" ise, aksi ispat edilebilen bir iddiadır (154).

İcra işlerine ait tebligat usulsüz ise, gecikmiş itiraz (m.65) yoluna gidilemeyeceği öğretide (155) ve bazı Yargıtay kararlarında (156) kabul edilmektedir.

Ödeme emrine ilişkin tebligatın; borçlunun komşusuna veya yurt dışında çalışan kişiye Türkiye'de yapılması örneklerinde olduğu gibi usulsüz olması halinde, borçlunun başvuracağı itiraz yolu, normal itiraz yoludur. Bu halde, borçlunun gecikmiş itiraz yoluna gitmesine gerek yoktur. Çünkü, usulsüz tebliğde ödeme emrinin tebliğ edildiği tarih, borçlunun usulsüz tebliği öğrendiğini bildirdiği tarihtir (157).

Borçlu hakkında yedi günlük normal itiraz süresi bu tarihten itibaren başlar. Borçlu bu yedi gün içerisinde borca itiraz etmez ise, hakkındaki takip kesinleşeceği gibi, gecikmiş itiraz yoluna da başvuramaz. Gecikmiş itirazın söz konusu olabilmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olması, muhatabın bir engel dolayısıyla süresinde itiraz edememiş olması gerekir. Aksi halde, m.65'e dayanılarak gecikmiş itiraz talebinin kabulü bozma nedenidir (158).

Fakat, borçlu adresinde bulunamadığı için, ödeme emri aynı adresde, muhatap ile birlikte oturan tebligatı kabule yetkili bir kimseye tebliğ edilmesine rağmen, süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edilememişse, borçlu haklı sebeplerin varlığı halinde, sonradan gecikmiş itiraz yoluna başvurabilir. Örneğin, koca yurt dışında olduğu için, ödeme emri eşine tebliğ edilmiş ve borçlu bu tebliği ülkeye döndükten sonra öğrenmiş ise,

154 Yılmaz/Çağlar s.394; Postacıoğlu s.65.

155 Yılmaz/Çağlar s.406; Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Moroğlu/Muşul s.86; Üstündağ s.127; Berkin-İcra s.38; Oskay M., Tebligat Hukuku İle İlgili Sorunlar (YD 1995/4 s.500-511 (506); karş. Berkin s.135.

156 HGK 5.6.1991, 12-258/344 (YKD 1991/8 s.1162-1165); 12.HD 27.12.1982, 9578/9897 (Yasa HD 1983/5 s.750-751); 7.HD 5.4.1962, 3108/3439 (AD 1962/5-6 s. 647).

157 Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Kuru C.1, s.265; Teb.K.m.32; Teb.Tüz.m.51,II. Örneğin, borçluya gönderilen ödeme emri, 1 Temmuzda borçlunun komşusuna tebliğ edilmişse, kural olarak bu tebligat geçersizdir. Komşunun 15 Temmuzda ödeme emrini borçluya vermesi üzerine, borçlu icra dairesine ödeme emrini 15 Temmuzda öğrendiğini bildirirse, tebligat geçerli hale gelir ve yedi günlük itiraz süresi 15 Temmuzdan itibaren işlemeye başlar (Kuru C.1, s.127).

158 Kuru, C.1, s.266 ve s.266 dn.106'da belirtilen kararlar.

kusuruna dayanmayan bu sebepten dolayı (üç gün içinde) gecikmiş itirazda bulunabilir (m.65) (159).

Ödeme emri borçluya ilan yolu ile tebliğ edilmiş ve borçlu kusuru olmaksızın tebligatı öğrenememiş ise, öğretilerdeki bazı görüşlere göre borçlunun ilan tebligatı öğrenemediğini ileri sürerek gecikmiş itiraz yoluna başvurması mümkündür (160). Diğer bazı görüşlere göre (161) borçlu gecikmiş itirazda bulunamaz. Yargıtay da bu görüştedir (162). İlan tebligatı, borçlunun tebligatı en güvenilir bir biçimde öğrenmesini sağlayacak şekilde yapıldığı (Teb. K. m. 29) gibi, ayrıca ödeme emri son ilan tarihinden itibaren yedi gün sonra tebliğ edilmiş sayılır. Hatta, ilan tebliğ karar veren mercii, gerektiğinde daha uzun bir süre belirleyebilir. Ancak, bu süre onbeş günü geçemez (Teb. K. m.31). Bütün bunlara rağmen, borçluya ödeme emrini geç öğrenmesi halinde, gecikmiş itiraz yoluna başvurma hakkı tanınırsa, ilan tebligatının bir önemi kalmaz (163).

İcra dosyasında tebligat parçası bulunmuyor veya borçluya ödeme emri tebliğ edilmediği açıkça anlaşılıyorsa, icra müdürünün haciz işlemi yapması kanuna aykırıdır. Borçluya ödeme emri gönderilerek savunma hakkı verilmesi gerekir. Bunun yapılmaması kanuna ve kamu düzenine aykırıdır. Bu halde, haciz için gelen icra müdürünün haciz işlemine karşı, yapılan işlemlerin iptalini sağlamak için, şikayet yoluna gitmekte borçlunun hukuken korunmaya değer bir yararı mevcuttur (164).

Tebliğ mazbatasından, ödeme emrinin tebliğ çıkmış olduğu açıkça gözükmemesine rağmen, tebligatın usulsüz yapıldığı anlaşılıyor veya tebliğ mazbatasına sahte ise, Tebligat Kanunu m.32'den yararlanılarak borca itiraz yapılabilir (165). Bu halde, şikayet yoluna başvurulmasında hukuki bir yarar

159 Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Kuru, C.1, s.265; Berkin-İcra s.38; 12.HD 29.2.1984, 12566/2230 (Yasa HD 1985/4 s.538); 12.HD 13.3.1984, 126/2919 (Yasa HD 1984/9 s.1290); İİD 5.12.1957, 6858/7083 (AD 1958/5-6 s.399).

160 Postacıoğlu s.98 ve s.170 dn.34.

161 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 131; Kuru, C.1, s. 266.

162 Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Kuru, C.1, s. 266; İİD 5.12.1958, 6576/6517 (Kuru, C.1, s. 266 dn. 108).

163 Kuru, C.1, s. 266.

164 Kuru/Arslan/Yılmaz s.117; Yılmaz/Çağlar s.417; Berkin s.129; Berkin-İcra s. 37; Olgaç s.143-144; ödeme emrinin tebliği usulsüz ise, ödeme emri borçlunun usulsüz tebligatı öğrenmiş olduğu tarihte tebliğ edilmiş sayılır (Kuru/Arslan/Yılmaz s. 119).

165 Usulsüz tebliğin mevcudiyetinde, bu tebliğ öğrenilmesine rağmen, borçlu itiraz ve şikayet yoluna başvurmuş ise, şikayeti inceleyen tetkik mercii, ödeme emrinin (veya icra takibinin) iptaline karar veremez; borçlunun bildirdiği tarihin tebliğ tarihi olduğuna ve

yoktur (166). Fakat, icra müdürü haczi uygulamışsa, şikayet yoluna gidilebilir. İcra müdürü haczi uygulamamışsa, bu yola gitmeye gerek kalmaz (167).

Yargıtay'ın bazı kararlarına (168) göre, icra (iflas) işlerinde, gönderilen ödeme emri, icra emri gibi belgelerin usule uygun tebliğ edilmediğine ilişkin iddianın, icra tetkik mercii tarafından incelenmesi gerekir.

Kanımızca, bizzat tebligatı çıkaran icra organlarının, tebligatın usule uygun olup olmadığını inceleyebilmeleri ve usulsüz bir tebliğin varlığı halinde, ilgiliye yeniden tebligat yapabilmeleri uygun olacaktır (169).

İcra tetkik mercii taraflara usulüne uygun bir davetiye göndermelidir (170). İcra tetkik merciinde görülecek işlerde de, duruşma yapılması zorunlu olan hallerde, taraflar usulüne uygun olarak çağrılmadıkça yokluklarında karar verilmemelidir. İddia ve savunma hakkına uyulmalıdır. Tetkik mercii, duruşma yapılması gereken hallerde dosya üzerinde karar vermemelidir.

(bu tarihten itibaren yedi gün içinde yapılan itiraz ile) icra takibinin durmuş olduğuna karar vermekle yetinmesi gerekir (12.HD 21.10.1976, 8398/10338: YKD 1977/9 s.1264-1265; İD 31.12.1971, 12774/13719: RKD 1972/6 s.272).

166 Örneğin, ödeme emri usulsüz olarak tebliğ edilmesine rağmen, borçlu bu tebliği öğrenmişse, ödeme emrinin iptali için şikayet yoluna başvurmasına gerek yoktur. Borçlunun ödeme emrini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmesi yeterlidir (Kuru, C.1, s.127).

167 Yılmaz/Çağlar s.417.

168 Bkz. Yılmaz/Çağlar s.401 vd. belirtilen kararlar; Olgaç s.115 dn.12'de, s.123 no.172'de belirtilen kararlar; karş. Moroğlu/Muşul s.86.

169 Yılmaz/Çağlar s.406; Uyar T., İcra Hukukunda Şikayet, Manisa 1991 s. 6 vd; tebligatın usulsüz olup olmadığı, başka bir davada (örneğin ihalenin feshi davasında) ileri sürülürse, bu hususun o davada incelenmesi gerekir (12.HD 7.11.1978, 8419/8971: YKD 1979/4 s.532).

170 Bkz. duruşma davetiyesinin borçluya veya vekiline gönderilmesi konusunda: Kuru, C.1 s. 375-376, 394-398. "İİK'nun 68 ve 68a maddelerinde belirtildiği gibi borçlunun ibraz ettiği belgelerdeki imzanın alacaklıya ait olduğunu kabul edebilmek için ya usulen istiktap ve tatbikat yapılması, yahut da (mazeretsiz duruşmaya gelmediği takdirde borçlunun dayandığı belgedeki yazılı miktar hakkındaki itirazın kaldırılması talebinden vazgeçmiş sayılacağı) kaydedilmek suretiyle kendisine davetiye tebliğ edilmesi şarttır. Davetiye bu kayıtları ihtiva etmediği halde alacaklının oturuma gelmediğinden, tediyе belgesini kabul etmiş sayılacağından bahisle belgede yazılı miktar oranında refi itiraz isteğinin reddedilmesi icra Yasasına aykırıdır" (Kuru, C.1, s.363 dn.135).

Borçlunun mazereti kabul edilmiş ise, yeni duruşma günü kendisine tebliğ edilmelidir (171).

SONUÇ

İcra ve İflas Kanununda tebligata ilişkin hükümler mevcuttur. İcra ve İflas Kanunu, tebligata ilişkin hususlarda, Tebligat Kanununa göre özel kanun niteliğinde bulunduğundan, öncelikle Tebligat konusunda, bu (İİK) hükümlerin uygulanması, diğer hallerde Tebligat Kanununun uygulanması gerekir. İcra işlerinde tebliğat, kural olarak alacaklı, borçlu ve diğer ilgililere yapılır. Tebliğ, kural olarak tebliğat adresinde yapılır. Muhatabın kabul etmesiyle, adresin dışındaki bir yerde de mümkündür. Tebliğat, PTT, icra dairesinin kendi memurları aracılığıyla, tevdi yoluyla, noter ve ilan yoluyla yapılır. Birçok kimsenin ilgilendiği işlemlerin ilanı zorunludur (İİK m. 44,114). Bazı hallerde, tebliğin mutlaka muhataba yapılması gerekir (İİK m.57,75). Tebligatın muhataba yapılması kuralının bazı istisnaları mevcuttur. Kanuni temsilci bulunması gereken hallerde, temsilciye yapılır. İcra işleri bir vekille takip ediliyorsa, vekile yapılır. İcra emri ise, vekile veya asile yapılabilir. Tebligat, muhatap dışında, görünüşü itibarıyla onbeş yaş üzerinde gözüken aynı çatı altında aynı adreste oturan aile fertlerine de yapılabilir. Görev yapılan özel veya resmi işyerinde de yapılabilir. Tebligatın İcra ve İflas Kanununda ve Tebligat Kanununda öngörülen usullere uygun olarak yapılması gerekir. Aksi halde, usulsüz tebliğ sözkonusu olacaktır. Bu şekildeki tebliğat ise, muhatabın savunma hakkını kısıtlar. Usulüne uygun olmayan bir tebliğ, herhangi bir şekilde öğrenilmiş ise geçerlidir. Usulsüz tebliğin varlığında, bazı hallerde şikayet ve gecikmiş itiraz yoluna başvurulabilir.

¹⁷¹Bu halde, duruşma gününün kalemde öğrenilmesine şeklinde bir karar verilemez (Olgaç s.114 no.9).

ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Doç. Dr. Şahin AKINCI*

I. Giriş ve Genel Bilgi

İfanın alacaklıyı ilgilendiren yönü, bir edimin usulü dairesinde kabul edilmesidir. Edimin yerine getirilmesinde alacaklının iştiraki gerekli olursa, bu iştirak eylemi bir defaya mahsus olsa bile, alacaklı bunu, usulüne göre gerçekleştirmelidir. Alacaklı, iştirak eylemini yerine getirmediğinde, kendisine ve borçluya önemsiz bir zarar verir. Çünkü, borçlunun karşı talebi, alacaklının kendisine düşen iştirak eylemini yerine getirmemesine rağmen devam eder. Bu durumu bir örnek ile şu şekilde açıklayabiliriz:

Kasap A, B et firmasına aylık 10 tane kesilmiş koyun sipariş ediyor. B, sipariş edilen koyun etlerini zamanında göndermek istiyor, ama kasap A gönderilen koyun etlerini kabul etmiyor.

Bu durumda, B, söz konusu etlerin ne olacağını sormak isteyecektir. Acaba, bu etleri satacak mı, tevdi mi edecek, yoksa muhafaza mı edecek? Muhafaza etmesi gerekirse muhafaza ücretini kim ödeyecek? Muhafaza esnasında sözkonusu etlerin bozulması halinde bundan kim sorumlu olacak? B'nin edim yükümlülüğü devam mı edecek, yoksa sözleşmeyi sona mı erdirecek? Tazminat sorumluluğu sözkonusu olacak mı? Alacaklının temerrüdü halinde bu ve benzeri sorunlarla karşılaşılır.

Borç ilişkisinde tarafların menfaatleri birbirine zıt olduğuna göre, ortaya çıkan menfaatler çatışmasının kesin bir çözüme bağlanması gerekir. Alacaklı temerrüdünün ortaya çıkışında bu düşüncenin önemli bir rolünün olduğunu söyleyebiliriz.

"...Borçlu başkasının iştirakine ihtiyaç duymadan edimini yerine getirebilecekse, alacaklıyı bir yana bırakarak, onu ifa eder. Fakat edimin ifasında yardım gerekli ise, yani alacaklının iştirakine ihtiyaç duyulursa, bir problem sözkonusu olur¹..."

Bu cümleler 1879 yılında Alman Medenî Kanunu (BGB)'nin yürürlüğe girmesi zamanında yapılan tartışmaları karakterize ediyor. Tartışma, alacaklı temerrüdünde kusurun gerekli olup olmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır. Bu problemin çözümü diğer bir soruyla ilgilidir. Bu soru; alacaklının ifa eylemine katılmasının bir mükellefiyet olup olmadığıdır. Acaba

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kohler, J.: Annahme und Annahmeverzug, JherJb. 17, s. 261.

alacaklı yalnızca ediminin yerine getirilmesi hususunda bir talep hakkına mı sahiptir, yoksa, borçlu gibi, ifada iştirak eylemine katılma mükellefiyeti var mıdır²?

Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği zamanlarda edimin, borçlu için bir yükümlülük olduğu gibi, alacaklının ifaya iştirakinin de alacaklı için bir yükümlülük olduğu görüşü hakimdi³. Bu görüş, alacaklı ve borçluyu aynı konuma sokarak, alacaklı ve borçlu temerrüdünü aynı çerçevede görmektedir.

Alman Medenî Kanunu esas itibariyle her zaman bu çözüm tarzını benimsemedi. Daha sonraları Kohler'in ortaya koyduğu çözüm tarzını benimsedi. Kohler'e göre⁴, alacaklının ifaya iştiraki bir yükümlülük değil, bir haktır. Alacaklı bu hakkını dilerse kullanır. Borçlu, alacaklıyı bu hususta zorlayamaz.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Alman Medeni Kanunu'nda, alacaklı ve borçlu temerrüdünün hem şartları hem de sonuçları açık şekilde birbirinden ayrılmıştır. Her iki temerrüt türünde de ifanın gecikmesi ortak özelliktir. Fakat, kanun koyucu, iki özel soruna farklı çözümler ortaya koymuştur. Edim yükümlülüğünün ihlalinde borçlu kusurlu ise, bir tedbir ya da zorlama ile karşılaşır. Yani, edim yükümlülüğü kusurlu şekilde ihlal edilirse, borçlu temerrüdü ortaya çıkar (B.K. m. 101; BGB. Art. 285). Alacaklının temerrüde düşmesi için kusur gerekli değildir⁵. Zira burada alacaklı yalnızca edim üzerindeki hakkından yararlanamaz.

Borçlu temerrüdü yoluyla edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi alacaklıya, edimi kanunî yollarla zorla elde etme hakkını verir. Bu mümkün olmazsa alacaklı, tazminat talep edebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir (BK. m. 102-108, BGB. Art. 286-326). Alacaklı temerrüdünde durum farklıdır. Alacaklının ifaya iştirak etmemesi, borçluya bir dava hakkı ver-

2 Krevzer, K./Stehle, H.J.: Grundprobleme des Glaubigerverzugs, JA. 1984, s. 70.

3 Kohler, 265/266; Hüffer, U.: Leistungsstörungen durch Glaubigerhandeln Berlin, 1976, s. 10.

4 Kohler, s. 261; Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, C.III, İstanbul, 1994, s. 172.

5 Yalman, S.: Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü Halinde Borçlunun Tevdi Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1997, s. 31-32; Eren, s. 176; Tekinay, /Akman/Burcuoğlu/Altop; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul 1993, s. 842.

mediği gibi ne tazminat hakkı bahşeder, ne de borçlunun sözleşmeyi sona erdirmesine imkan tanır⁶.

Alacaklı kendisi için bir külfet (Obliegenheit)⁷ olan ifaya iştirak eylemini yerine getirmezse boçluya, kendi edim yükümünü yerine getirerek karşı edimi talep etme imkanını kendi eliyle verir. Böyle durumlarda borçlu, alacaklının iştiraki olmadan borcundan kurtulabilir.

II. Alacaklı Temerrüdünün Şartları

Alacaklı temerrüdünün temel unsuru borç ilişkisidir. Çünkü alacaklı, borç ilişkisine dayanarak edimi talep edebilir ve borcun ifasında onun iştirakine (kabulüne) ihtiyaç duyulur. Borçlunun, ifayı yerine getirmesi, alacaklının yapması gereken fiil olmadan mümkün olmazsa, (örneğin, kabulden veya yapması gereken fiil ve davranışlardan kaçınma halinde) alacaklı temerrüde düşer⁸. Alacaklı temerrüdü, alacaklının ifaya iştirak etmesinin (katılmasının) gerekli olduğu bir edime dayanır. Bu yüzden kavram olarak borçlu temerrüdü ile alacaklı temerrüdü aynı anlama gelir⁹.

Borç ilişkisinin sözleşmeden veya kanundan doğması önemli değildir. Temerrüde düşüldüğünde, talebin hukukî mahiyeti de önem arzetmez. Çünkü daima bir yükümlülük söz konusudur.

Edimin ifa edilebilmesi için alacaklının ifaya katılması gerekli ise, alacaklı bunu yerine getirmelidir. Aksi taktirde alacaklı temerrüdüne düşer. Bu husus, BK, m. 90-95, OR. Art.91-96 ve BGB. Art. 293-300 de düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu m. 90'da (OR. Art. 91 ve BGB. Art. 293) alacaklı temerrüdü, borçlu açısından uygun bir edim teklifine, alacaklı açısından ise bu teklifin haksız şekilde reddedilmesine dayanır. Bununla birlikte, genellikle sözlü teklif yeterli olmaz. Aynı zamanda borçlu edimi, ifaya hazır halde bulundurmalıdır.

⁶ Eren, s.172; Yalman, s. 11.

⁷ Eren, s. 172; Yalman, s. 32, Heinz-Bommer, C.: Die Annahmepflicht des Kaufers, Bern 1970, s. 67.

⁸ Heinrichs, H.: Becksche Kurz Kommentare Plandt BGB. München 1994, Art. 293, N. 10; Erman, W.: Handkommentar zum BGB. München, 1981, Art. 293, N. 2; Yalman, s. 10; Koç, s. 83.

⁹ Krevzer/Stehle, s.70.

Alacaklı temerrüdü, ifanın yerine getirilmesinde, alacaklıya ihtiyaç duyulan bütün durumlarda sözkonusu olur¹⁰. Fakat, alacaklıya ihtiyaç duyulmadığında (yapma ve yapmama borçlarında) alacaklının temerrüdünden söz etmeye imkân yoktur¹¹. Çünkü böyle durumlarda, borçlu kendi fiil ve davranışlarıyla borcunu ifa edebilme imkânına sahiptir.

A) Borçlu Açısından Aranılan şartlar

Edim, borçlu tarafından uygun şekilde teklif edildiği halde alacaklı, ifanın gerçekleşebilmesi için kendisine düşen işlemleri yerine getirmelidir. Bu durumda borçlu, alacaklıyı temerrüde düşürebilir. Fakat, ne uygun edim teklifi ne de alacaklının yerine getireceği işlemler kanunda açık şekilde öngörülmemiştir¹². Bu sebeple, uygun olmayan edim de uygun edim gibi teklif edilebilir.

1) Edim Hazırlığı

Alacaklı temerrüdünün sözkonusu olabilmesi için, borçlunun ifade kendisine düşen her şeyi yerine getirmiş olması, başka bir ifade ile borçlunun ifaya hazır olması gerekir¹³. İfaya hazır olmak demek, borçlunun, maddî ve hukukî olarak ifaya hazır olması demektir. Maddî anlamda hazır olma, edimin temin edilmesini, hukukî anlamda hazır olma ise, devredilmesi mümkün olan bir eşyaya sahip olmayı ifade eder¹⁴.

Edim temin edilmeden ya da fiilen ifaya hazır olmadan yapılan edim teklifi, alacaklı temerrüdünü doğurmaz¹⁵. Edim hazırlığında, borçlunu subjektif ve objektif edim hazırlığını ortaya koyması gerekir. Objektif edim hazırlığı, borçlunun, sözleşmeye göre neyi taahhüt etmişse, onu ifaya hazır hale getirmesini ifade eder¹⁶. Subjektif edim hazırlığı ise, borçlunun ifa

¹⁰ Eren, s. 170; Weber, R.: Berner Kommentar; Das Obligationenrecht, Band VI Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu Art.68-96 OR, Zürich 1982, Art. 91, N. 14; Feyzioğlu, N. F.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C.II, İstanbul 1977, s. 141.

¹¹ Kreuzer/Stehle, 70; Koç, N.;İsviçre Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü,Ankara 1992, s. 43; Oğuzman, M. K./Öz, T.: Borçlar Hukuku,Genel Hükümler İstanbul 1995, s. 233.

¹² Yalman, s. 13.

¹³ Biederermann, J.: Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Aarau 1944, s. 14.

¹⁴ Becker H.: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu, I. Kısım, Genel Hükümler, (Çev. Tolun, O.), Ankara 1969, m. 91, N.2.

¹⁵ BGE, 28, II, 270.

¹⁶ Yalman, s. 14.

etme iradesini ortaya koymasını, ifaya niyetli olduğunu, ifaya hazırlıklı olduğunu göstermesidir¹⁷. Borçlunun bu ifa niyetinden, doğru yerde, doğru zamanda, doğru nitelik ve çeşitte edimi ifaya hazır hale getirmesi ve bu imkâna sahip olması anlaşılmalıdır¹⁸.

Edimin ifaya hazır hale getirilmesinde alacaklının menfaati bulunduğundan, ifa hazırlıklarıyla ilgili bilgilerin alacaklıya verilmesi gerekir¹⁹. Bununla birlikte, borçlu gelir kaynaklarını alacaklıya göstermek zorunda değildir²⁰.

Alacaklı temerrüdü için gerekli şartların oluşup oluşmadığını borçlu ispat etmek zorunda olduğundan, ifaya hazır olduğunu da kendisi ispat etmek durumundadır²¹.

2) Edim Teklifi

Alacaklının temerrüde düşmesi gerekli olan edim teklifi üç şekilde olabilir. Bunlar; fiilî edim teklifi, sözlü edim teklifi ve teklifin gerekli olmadığı durumlardan ibarettir.

a) Fiilî Edim Teklifi

Borçlunun fiilî edim teklifinde bulunması için, alacaklının iştirak eylemine ihtiyaç yoktur. Borçlu kanunda veya sözleşmede belirtilen şartlarda, edim teklifini yerine getirebilir. Borçlunun, kural olarak edim teklifini fiilen yapması gerekir. Fiilî edim teklifinin uygun bir şekilde yerine getirilmesinden amaç; alacaklının başka bir davranışta bulunmasını gerektirmeyecek şekilde ve yalnızca kabul iradesini açıklamasıyla ifanın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde edimin teklif edilmesidir²². Teklifin, alacaklıyı temerrüde düşürebilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmeye ve kanun hükümlerine uygun olması gerekir. Borçlu veya ifaya yetkili üçüncü şahıs, uygun

¹⁷ Biedermann, s. 15; Meyer, G.: Der Verzug des Glaubiger im Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1906, s. 12-13.

¹⁸ Biedermann, s. 15.

¹⁹ Meyer, s. 13.

²⁰ Oser, H./Schonenberger, W.: İsviçre Medenî Kanunu şerhi, C. V, Borçlar Kanunu, II. Kısım (Çev. Seçkin, R.), Ankara 1950, m. 91, N. 4; Becker, m.91, N. 4.

²¹ Meyer, s. 12; Weber, Art. 91, N. 174; Oser/Schonenberger, m. 91, N. 2.

²² Eren, s. 174; Bucher, E.: Schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Ohne Deliktsrecht, Zürich 1988, s. 320; Weber, Art. 91, N. 98; Koç, s. 117; Yalman, s. 18; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 838.

edimi, doğru zamanda ve doğru yerde alacaklıya veya edimi kabule yetkili üçüncü şahsa teklif edebilir.

Borçlunun doğru edimi teklif yükümlülüğü, sözleşmeyle borçlanılan edimin sunulmasıyla sınırlıdır²³. Bunun için, sözleşmeyle belirtilen nitelikleri kayıtsız şartsız tam olarak ihtiva eden bir edim teklif edilmelidir. Sözleşmede veya kanununda belirtilen edimden başka bir şey veya kusurlu birşey teklif edildiği zaman, uygun bir teklif yapılmış olmaz. Alacaklı böyle bir teklifi reddedebilir ve alacaklı temerrüdü de söz konusu olmaz.

Örneğin; B, mobilyacı M'ye ceviz kaplama yemek odası takımı sipariş ediyor. M, yemek odası takımını gönderdiği zaman, B, gönderilen takımın teslimini kabul etmiyor.

i) Gönderilen yemek takımı ceviz kaplama değildir. (B) malın ayıplı olduğunu ileri sürüyor ve edimi kabul etmiyor.

ii) Yemek odası takımının ceviz kaplama olmadığını ileri sürüyor, fakat gerçekte, yemek odası takımı ceviz kaplamadan oluşuyor.

Yukarıdaki örnekte belirtilen (i) şıkında B, alacaklı temerrüdüne düşmez. Çünkü M, doğru edimi teklif etmiyor, bilakis kusurlu bir edimi teklif ediyor. Burada B'nin, M'nin kusurunu ileri sürüp sürmemesi önemli değildir, çünkü borçlanılan edimin gerçekte aralarında kararlaştırdıkları niteliğe sahip bir şekilde gönderilmesi gerekirdi. (ii) şıkında ise B, alacaklı temerrüdüne düşer. Çünkü gönderilen yemek odası takımı sözleşmede belirtilen niteliklere sahiptir. Bu durumda geri göndermenin hasar ve zararı alacaklıya aittir.

Edim teklifinin ne zaman yapılacağı hususunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'daki ifa yeri ve ifa zamanı ile ilgili hükümler edim teklifinde de uygulanır²⁴. Bu yüzden alacaklı ancak ifa yerinde yapılan teklifi reddettiği zaman temerrüde düşer.

Alacaklının temerrüde düşmesi için gerekli olan edim teklifinin ne şekilde yapılacağı hususunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden edim teklifinin yapılması herhangi bir şekle tâbi değildir.

b) Sözlü Edim Teklifi

Fiiî edim teklifinin mümkün olmadığı veya edimin ifa edilebilmesi için alacaklının öncelikle belirli eylemleri yerine getirmesinin gerekli

²³ Oğuzman/Öz, s. 234; Yalman, s. 19; Koç, s. 118; Krevzer/Stehle, s. 71.

²⁴ Yalman, s.19.

olduğu her durumda, edimin sözle teklif edilmesi yeterlidir²⁵. Çünkü, edimin ifaya hazır hale getirilebilmesi için, alacaklının yapması gereken hazırlık fiilleri bulunduğu zaman, borçlunun borçlanılan edimi fiilî olarak teklif etmesi mümkün değildir. Bundan dolayı alacaklıya, ifa için kendisine düşen fiilleri yapmasının bildirilmesi ancak sözle mümkün olabilir²⁶. Edimin ifaya hazır hale getirilmesine yönelik fiillere "hazırlık fiilleri" denir. Bu fiiller, alacaklı tarafından, ifa için yapılması gereken ön hazırlıklardan veya ifayı mümkün kılan diğer fiillerden meydana gelir²⁷. Örneğin, seçimlik borçlarda, seçme yetkisi alacaklıya aitse, alacaklının seçimini bildirmesi gibi.

Sözlü edim teklifinin herhangi bir üçüncü şahıs tarafından yapılması sözkonusu olamaz²⁸. Çünkü, borçlunun ifa iradesini, hüküm doğuracak şekilde, üçüncü bir şahsın beyan etme yetkisi yoktur. Bundan dolayı sözlü teklifin yetkili kişilerce yapılması gerekir.

Alacaklının, kendisine teklif edilen edimi kabul etmeyeceğini önceden bildirdiği durumlarda ve aranacak borçlarda, yani borçlunun ikametgahının, edimin ifa yeri olduğu borçlarda sözlü edim teklifi yeterli olmalıdır²⁹.

Borçlunun, edimi sözlü olarak teklif ettiği durumlarda da ifayı gerçekleştirmeye hazır olması gerekir. Yani sözlü teklif ile blöf yapılmamalı, ifası mümkün olan edim teklif edilmelidir³⁰.

Sözlü teklif, fiilî tekliften farklı olarak, alacaklının oturduğu her yerde yapılabilir. Oysa fiilî teklif yalnızca ifa yerinde yapılırsa geçerli olur³¹. Bazı yerlerde yapılan sözlü teklif ise geçerli olmaz. Örneğin; ibadete mahsus yerlerde yapılan ifa teklifi veya ticarî işlerde, özel meskende yapılan teklif geçerli değildir³².

25 Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 259; Eren, s. 174; Bucher, s. 320; Weber, Art. 91, N. 124; Serozan, R.: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 106.

26 Meyer, s. 18.

27 Yalman, s. 22.

28 Eren, s. 175; Feyzioğlu, s. 145; Koç, s. 145.

29 Eren, s. 175; Bucher, s. 320; Becker, m. 91, N. 15.

30 Serozan, s. 106; Bucher, s. 320; Koç, s. 127.

31 Yalman, s. 124.

32 Biedermann, s. 74.

c) Teklifin Gerekli Olmadığı Durumlar

Kesin vadeli işlemlerde, yani ifada alacaklıya düşen bir fiilin yapılması için belli bir sürenin tayin edildiği durumlarda, bu süre içinde kendisine düşen fiili yerine getirmeyen alacaklıya herhangi bir teklif yapılmasına gerek yoktur³³. Çünkü, kesin vadeli işlemlerde, borçlu temerrüdü için ihtar gerekmediği gibi (BK.107/III), alacaklı temerrüdü için de teklife gerek yoktur.

Borçlunun alacaklı tarafından, ifadan men edildiği durumlarda da teklif gerekli değildir, borçlu tekliften muaftır³⁴. Örneğin; hizmet süresi dolmayan bir sekreter, patron tarafından "yarından itibaren büroma gelmeni istemiyorum" denilerek işten kovulsa, patronu temerrüde düşürmek için, ertesi gün hizmet teklifinde bulunulmasına gerek yoktur³⁵.

B) Alacaklı Açısından Aranacak Şartlar

1) Edimin Kabulü ve Hazırlık Fiilleri

İfada alacaklının rolü, ya edimin kabul edilmesi ya da ifa ile ilgili hazırlık fiillerinin yerine getirilmesi ile sınırlıdır (BK. m. 90).

Alacaklının ifaya katılması ile ilgili BK. m. 201'de bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, satılan bir malın gönderilmesi durumunda alacaklı, ayıplı malı reddederek geri gönderemez. Aksi takdirde temerrüde düşer. Bu durumdan kurtulmak için alacaklı, kendisine gönderilen malın muhafaza altına alınmasını sağlar, iddia ettiği ayıbı tesbit ettirir ve durumu derhal borçluya bildirirse, hem temerrüde düşmekten kurtulur³⁶, hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanır³⁷.

Alacaklı, ifada kendisine düşen işlemleri veya ifa için gerekli olan hazırlık fiillerini yerine getirmek durumundadır. Hatta aranacak borçlarda, edimi kabul etmek için borçlunun ikametgahına gitmelidir³⁸. Bazı durumlarda, alacaklının ifa işlemine bir defacık olsun katılması yeterli olabilir.

³³ Kreuzer/Stehle, s. 72; Becker, s. m. 91, N. 17; Serozan, s. 106.

³⁴ Biedermann, s.74; Meyer, s. 36.

³⁵ Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, München 1987, s. 391.

³⁶ Yalman, s. 25.

³⁷ Edis, S.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 93; İşeri, A.: Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü, Batıder, 1964, S. 4, s. 660.

³⁸ Örneğin, TTK. m. 624. OR. 1032.

Alacaklının ifaya katılması, yalnızca sözleşmeyle ortaya çıkmaz. Bu husus, sözleşmenin yorumlanmasından, uygulanmasından ya da kanundan da kaynaklanabilir³⁹. Alacaklının edimi ifaya uygun şekildeyse, alacaklının yapmış olduğu bu işlemler hazırlık fiillerinden kabul edilir⁴⁰.

2) Edimin Haksız Şekilde Reddedilmesi

İfaya engel teşkil eden durum, alacaklı tarafından kaynaklanıyor ise alacaklı temerrüdü oluşur. Bu husus BK. m. 90'da düzenlenmiştir. BK. m. 90'a göre "...muhik sebep olmaksızın onu reddederse" alacaklı temerrüdü oluşur. İfa engeli, borçlunun sözleşmeye aykırı bir davranışından ileri gelirse, alacaklının haklı bir sebebe dayalı olarak kaçınması sözkonusu olur. Edimin gereği gibi teklif edilmemesi, alacaklı açısından haklı bir sebep oluşturur⁴¹. Alacaklı edim teklifini sebepsiz olarak reddedemez. Alacaklı, ancak edim teklifini kabulden kaçınmayı haklı gösterecek makul ve objektif bir sebep olduğu zaman reddedebilir⁴². Bu durumda da alacaklı temerrüdü oluşmaz.

Edimin ifasının üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesine borçlu itiraz ederse, böyle bir edim teklifinin alacaklı tarafından kabul edilmemesi haklı bir kaçınma olur ve alacaklı temerrüde düşmez⁴³. Ancak, ifadan üçüncü şahıs da sorumlu ise alacaklı, üçüncü şahsın edim teklifini reddedemez. Eğer üçüncü şahsın teklifini reddederse alacaklı temerrüdüne düşmekten kurtulamaz⁴⁴.

Alacaklının edimi kabulden kaçınması, açık ve örtülü olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Hizmet sözleşmesinde işverenin işi durdurması, edimin kabulünden açık şekilde kaçınmaya, iş vermemesi de örtülü kaçınmaya örnek olarak verilebilir⁴⁵.

Borçlunun yapmış olduğu edim teklifinden alacaklının kaçınması, objektif sebeplere dayanmadığı müddetçe, haklı bir kaçınma sayılamaz⁴⁶.

39 Biedermann, s. 25.

40 Oser/Schönenberger, s. m. 91, N. 10.

41 Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Äev. Edege, C.), C. 1-2, Ankara 1983, s. 537; Becker, m. 91, N. 13; Koç, s. 158.

42 Weber, Art. 91, N. 155; Oser/Schönenberger, m. 91, N. 16.

43 Biedermann, s. 26.

44 Yalman, s. 28.

45 Koç, s. 154; Tunçomağ, s. 845

46 Eren, s. 176; Reisoglu, s. 260; Keller/Schöbi, s. 287.

Alacaklının temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekli değildir. Alacaklı edim teklifini kusursuz olarak reddetse bile, bu red haklı bir sebebe dayanmadıkça, temerrüden kurtulamaz⁴⁷.

Alacaklı edim teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddetse bile borçlu, edimi ifaya hazır bulundurmakla yükümlüdür⁴⁸.

III. Alacaklının Temerrüdünün Sonuçları

Alacaklı temerrüdünün, edim yükümlülüğüne doğrudan bir etkisi yoktur. Bu nedenle, temerrüde rağmen borçlunun edim yükümlülüğü devam eder. Taraflar arasındaki borç ilişkisi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ise, alacaklının karşı edim yükümlülüğü de devam eder. Alacaklının temerrüdü, borçluya ne sözleşmeyi sona erdirme ne de bir tazminat talep etme hakkı sağlar⁴⁹. Çünkü alacaklının teklif edilen edimi kabulden kaçınması bir yükümlülüğün ihlali değil, bilakis bir külfetin (obligenheit) ihlalidir⁵⁰.

Kanun veya sözleşmeye göre, alacaklının ifaya iştiraki bir külfet olmayıp, bir yükümlülük olursa, alacaklı temerrüdü borçluya, hem tazminat talep etme hem de sözleşmeyi sona erdirme hakkını verir⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu'nda alacaklının temerrüdünün bütün sonuçları değil, yalnızca bazı özel sonuçları (BK. m. 91-94) düzenlenmiştir.

Alacaklı temerrüdünün sonuçlarını genel ve özel sonuçlar olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür⁵².

A) Genel Sonuçlar

Alacaklı temerrüdünün genel sonuçları, doktrinde⁵³ kabul edildiği gibi, borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, hasarın alacaklıya geçmesi, masrafların talep edilmesi, ödemezlik def'i, sözleşme faizi, borçlu temerrüdünün ortadan kalkması gibi hususları kapsamaktadır.

⁴⁷ Westermann, s. 73; Bucher, s. 321; Weber, Art. 91, N. 155.

⁴⁸ Koç, s. 171; Reisoglu, s. 263.

⁴⁹ Eren, s. 178; Weber, Art. 92, N. 10; Von Tuhr, s. 538; Yalman, s. 11.

⁵⁰ Von Tuhr, A./Escher, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band, II, Zürich 1974, s. 73; Eren, s. 178; Yalman, s. 32; Serozan, s. 107.

⁵¹ Heinz-Bommer, C.: Die Annahmepflicht des Kaufers, Bern 1970, s. 6-7; Krevzer/Stehle, s. 73.

⁵² Eren, s. 178; Weber, Art. 92, N. 9; Von Tuhr/Escher, s. 73.

⁵³ Eren, s. 178.

1) Borçlunun Sorumluluğunun Hafifletilmesi

Alacaklı temerrüde düşmesine rağmen, borçlunun edim yükümlülüğü devam eder. Fakat borçlunun sorumluluğunda bir hafifleme meydana gelir⁵⁴. Bu sebeple, alacaklı temerrüdü sonucunda borçlu ancak, kasıt veya ağır ihmalden dolayı sorumlu olur⁵⁵.

Akdî sorumluluğu düzenleyen BK. m. 98'de borçlu, borcun ifa edilmemesinden dolayı her türlü kusurundan sorumludur. Borcun ifa edilmemesinde borçlunun kusuru hafif ihmal şeklinde bile olsa, yine bu kural uygulanır.

Alacaklı temerrüde düşmesine rağmen, borçlunun edim yükümlülüğü devam ettiği için borçlu, alacaklı temerrüdünden sonra bile, ifanın imkansız olmasından veya usulüne uygun olarak yerine getirilmemesinden dolayı sorumlu tutulur⁵⁶. Fakat borçlu, muhafaza yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmişse, malın telef olmasından dolayı sorumluluğuna hükmedilmez⁵⁷.

2) Hasarın Alacaklıya Geçmesi

Alman Medeni Kanunu'na göre (BGB. Art. 300/II-324/II), alacaklının temerrüde düşmesi, hasarın kendisine intikal etmesini sağlar⁵⁸. Bu durum Türk Hukuku bakımından da, eser sözleşmesi için BK. m. 368/I'de belirtilmiştir. Ayrıca BK. m. 183 açısından parça borçlarında da aynı çözümün kabul edilmesi gerekir⁵⁹. Buna karşılık, cins(çeşit) borçlarında durum biraz farklıdır. Cins borçlarında temerrüt dolayısıyla hasarın alacaklıya geçmesi için, sözleşme konusu malın benzerlerinden ayrılması veya alıcıya gönderilmesi gerekir⁶⁰. Alacaklı, malın benzerlerinden ayrılmasını veya

⁵⁴ BGB. Art. 300/1.

⁵⁵ Krevzer/Stehle, s. 73; Eren, s. 179; Serozan, s. 109-110.

⁵⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1129; Koç, s. 275.

⁵⁷ Eren, s. 179.

⁵⁸ Eren, s. 179; Bucher, s. 324-325; Weber, Art. 92, n. 38; Serozan, s. 109-110, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1131; Oser/Schönenberger'e göre ise; hasarın alacaklıya geçmesi için, temerrüt yeterli değildir, ayrıca sözleşme konusu edimin tevdi edilmesi şarttır (m. 92, N. 12); ayrıca bkz. Koç, s. 284.

⁵⁹ Eren, s. 179; Serozan, s. 110; Von Tuhr/Escher, s. 74-75.

⁶⁰ Eren, s. 179; Serozan, s. 110.

gönderilmesini önleyerek, temerrüde düşmüş ise, bu andan itibaren hasar kendisine intikal eder. Bunların dışındaki cins borçlarında ve özellikle para borçlarında ise, sözleşme konusu edim tevdi edilmedikçe, hasar alacaklıya intikal etmez⁶¹.

3) Alacaklının Ödemezlik Def'ini İleri Sürememesi

Alacaklı temerrüdünde borçlunun, sözleşme konusu edimi teklif etmesine rağmen, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın onu reddetmesi söz konusudur. Ödemezlik def'inde ise alacaklı, önce borçlunun edimini ifa etmesini veya teklif etmesini talep eder. Halbuki, borçlunun edim teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddederek temerrüde düşen alacaklının bu talebi ileri sürmesi mümkün değildir. Bundan dolayı ödemezlik def'i ileri sürmesi de söz konusu olamaz⁶². Buna karşılık borçlu, karşı edimin yerine getirilmesini alacaklıdan talep edebilir.

4) Borçlu Temerrüdünün Ortadan Kalkması

Alacaklı temerrüdünde temerrüde düşen alacaklı, karşı tarafı temerrüde düşüremez; çünkü alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdünün sona ermesine neden olur⁶³.

5) Borçlunun Masrafları Alacaklıdan Talep etmesi

Alacaklı temerrüdünde borçlunun, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın edim teklifini reddetmesi durumunda da edim yükümlülüğü devam eder. Ancak borçlu, mütemerrit alacaklının yararına yapmış olduğu masrafları ondan talep etme hakkını haiz olur. Bu masraflar, malın güvenliğini sağlamak amacıyla yapılan sigortanın primleri veya sözleşme konusu malın muhafazası için ödenen paralardır⁶⁴.

Borçlu, bu masrafları vekaletsiz işgörme (BK. m. 413) hükümleri çerçevesinde talep edebilir⁶⁵.

61 Eren, s. 179; Koç, s. 284; Tekinay/ Burcuoğlu/ Akman/ Altop'a göre ise; cins borçlarında mal henüz belli hale getirilmeden önce de, alacaklının temerrüde düşmesi mümkündür. Bu sebeple, böyle durumlarda hasarın temerrütten itibaren alacaklıya geçmesi gerekir, s. 1131.

62 Eren, s. 180; Weber, Art, 91, N. 28; Von Tuhr/Escher, s. 75.

63 Schleup, G.: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 1991, N. 2508; Eren, s. 180; Weber, Art. 92, N. 25; Feyzioğlu, s. 152; Yalman, s. 55.

64 Eren, s. 181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1132.

65 Koç, s. 290; Feyzioğlu, s. 151.

6) Sözleşmeden Doğan Faizlerin İşlemeye Devam Etmesi

Borçlunun, sözleşmeden doğan faizi ödeyip ödemeyeceği tartışmalıdır. Hakim görüşüne göre⁶⁶, sözleşmeden doğan faiz, alacaklı temerrüde düştükten sonra da devam eder. Bunun nedeni de faizin, muhafaza edilen paranın borçlu tarafından kullanılmasının bir karşılığı olmasıdır.

B) Özel Sonuçlar

Borçlar Kanunu'nun 91-94. maddeleri arasında, alacaklı temerrüdünün özel sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, alacaklı temerrüdünün özel sonuçları üçe ayrılır. Bunlar; eğer edim maddi nitelikte ise, her türlü risk alacaklıya ait olmak üzere edimin tevdi edilmesi, yani borçlunun tevdi hakkı; borca konu olan edimi satma veya sattırma hakkı ile edim maddî nitelikte değilse sözleşmeden dönme hakkıdır.

1) Tevdi Hakkı

Alacaklının temerrüdü halinde borçlunun tevdi hakkı BK. m.91'de düzenlenmiştir. Tevdi hakkı, yalnızca maddî nitelikteki edimler için söz konusu olur. Maddî nitelikte olmayan edimlerin, özellikle yapma ve yapmama edimlerinin tevdi edilmesi mümkün değildir. Tevdi hakkı, borçlunun borcundan kurtulmasını sağlar⁶⁷. Ayrıca tevdi, borçluya, kendi fiili ile borçtan kurtulma imkanını da tanır. Bu özelliğinden dolayı tevdi, kural olarak, borçlu için bir yükümlülük değil, haktır⁶⁸.

a) Tevdiin Şartları

Tevdi hakkının doğabilmesi için, öncelikle, alacaklının temerrüde düşmesi gerekir. Ayrıca, borç konusu edim, maddî nitelikte ve tevdi de elverişli olmalıdır. Fakat, Alman Medeni Kanunu'nu (BGB. Art. 372), aksine, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'nda hangi edimlerin tevdi elverişli olduğu düzenlenmemiştir. Alman Medeni Kanunu madde 372'de, yalnızca para, kıymetli evrak ve değerli eşyanın tevdiine imkân tanınmıştır⁶⁹. Bundan dolayı, üzerinde mülkiyet ya da fiilî hakimiyet kurulabilen ve bir yerden

⁶⁶ Eren, s. 181; Von Tuhr/Escher, s. 75; Yalman, s. 56; Meyer, s. 95; Weber, Art. 92, N. 23; Biedermann, s. 65.

⁶⁷ Weber, Art. 92, N. 5; Yalman, s. 146.

⁶⁸ Eren, 181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1124; Yalman, s. 54.

⁶⁹ Brox, H.: Allgemeines Schuldrecht, München 1993, s. 101; Medicus, D.: Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, München 1993, s. 124.

başka bir yere taşınabilen şeyler (menkuller) tevdi elverişli sayılırlar⁷⁰. Tevdi elverişli olan menkullere, para, kıymetli evrak, altın, gümüş gibi şeyler örnek olarak gösterilebilir.

Tevdi, BK. m. 91'de belirtildiğine göre, ticarî ilişkiler hariç olmak üzere, hakim belirlediği tevdi yerinde gerçekleştirilir. Tevdi yerini tesbit edecek hakim, ifa yerindeki hakimdir. Ticari ilişkilerde ise borçlu, hakimden tevdi yerini talep etmek zorunda değildir. Kendisinin uygun gördüğü bir ardiye veya depoya tevdi edebilir.

Şeyi tevdi edenle tevdi alan arasındaki hukukî ilişki, üçüncü kişi yararına yapılmış bir vedia sözleşmesidir⁷¹.

b) Tevdiin Sonuçları

Usulüne uygun şekilde yapılan bir tevdi ile borçlu, alacaklı edimi teslim almamasına rağmen borcundan kurtulur. Bundan dolayı tevdi bir ifa ikamesidir⁷².

Borçlu, BK. m. 93'e dayanarak tevdi ettiği şeyi geri alma hakkını hazirdir. Bundan dolayı tevdiin doğurduğu, borçtan kurtarıcı sonuç geciktiricidir. Borçlunun, tevdi edilen şey üzerindeki geri alma hakkı sona erinceye kadar bir askı, bekleme durumu söz konusudur⁷³. Borçlu, tevdi edilen şeye ait geri alma hakkını kullandığı zaman, alacak ile birlikte bütün fer'i haklar yeniden doğar (BK.m.93). Borçlunun geri alma hakkının da belli sınırları vardır. Buna göre, alacaklının kabul beyanı ya da bir rehnin sona ermesi söz konusu ise veya borçlu geri alma hakkından daha önceden feragat etmişse, geri alma hakkı sona erer⁷⁴.

⁷⁰ Eren, s. 182; Koç, s. 181-182; Yalman, s. 76; Weber, Art. 92, N. 73; Von Tuhr/Escher, s. 77.

⁷¹ Eren, s. 183; Serozan, s. 111; Yalman, s. 124; Honsel/Wogt/Wiegand: Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 92, N. 9; Weber, Art. 92, N. 105.

⁷² Eren, s. 183; Weber, s. Art. 92, N. 113; Yalman, s. 137; Koç, s. 219; Von Tuhr/Escher, s. 81; Biedermann, s. 193.

⁷³ Eren, s. 183; Weber, s. Art. 92, N. 116; Von Tuhr/Escher, s. 79 dipnot 27; Honsel/Wogt/Wiegand, s. Art. 92, N. 12; Biedermann, s. 220; Meyer, s. 63.

⁷⁴ Eren, s. 183; Yalman, s. 99-104; Weber, Art. 94, n. 22, Honsel/Wogt/Wiegand, Art. 94, N. 4.

Tevdi edilen edim, bütün hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere tevdi edildiğinden, her türlü sorumluluk alacaklıya aittir⁷⁵.

Tevdi ile borcun sona ermesi fer'i borçlarında sona ermesine neden olur. Ancak, yanlış yere yapılan veya usulüne uygun yapılmayan tevdi borçluyu borcundan kurtarmaz⁷⁶.

2) Satma Hakkı

Borçlunun borca konu olan edimi satma hakkı, BK. m. 92'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmeye konu olan şeyin niteliği veya işin türü tevdi elverişli değil ya da verilecek şey bozulmaya maruz veya muhafaza edilmesi masraflı ya da tevdi edilmesi büyük masraf yapılmasını gerektirecek ise, borçlu önce ihtarda bulunduktan sonra hakimin izni ile şeyi sattırarak bedelini tevdi edebilir. Verilecek şey borsada kayıtlı veya cari fiyatı mevcut ya da yapılacak masraflara oranla değeri az ise satışın alenî yapılması gerekmediği gibi, ihtara da gerek olmaksızın hakim satışa izin verebilir.

Tevdide olduğu gibi (BK. 91), satma hakkının kullanılabilmesi için de BK. m. 92'de belirtilen şartların oluşması gerekir. Ancak bu şartlar oluştuğu zaman borçlu, satma hakkından yararlanabilir. Satış hakkı ile ilgili şartların belirlenmesinde, borçlanılan şeyin niteliği önem arzeder. Yukarıda da belirtildiği üzere, eşyanın tevdi edilmesi halinde çok fazla muhafaza ücreti ödenecek veya bakım masrafı fazla olacaksa ya da mal tevdi edildiğinde bozulacak ve eşyanın niteliği tevdi elverişsiz hale gelecekse, borçluya borç konusu şeyi satma yetkisi verilmelidir⁷⁷. Borç konusu şeyin tevdi elverişli olup olmayacağı hususundaki karar, eşyanın niteliğine, tevdi yerine, tevdi yerinin yeterli olup olmadığına ve eşyanın uygun bir depoya verilip verilemeyeceğine bağlıdır⁷⁸. Zaten bu hususlar BK. m. 92'de açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Şartları oluşmadan yapılan bir satış ile elde edilen paranın tevdi edilmesi, borçluyu borcundan kurtarmaz. Satışın geçerli olması, satış şartlarının oluşmasına bağlıdır.

⁷⁵ Eren, s. 184; Yalman, s. 138; Weber, Art. 92, N. 122; Koç, s. 214; Von Tuhr/Escher, s. 79 dipnot 28.

⁷⁶ Eren, s. 84; Yalman, s. 97; Oğuzman/Öz, s. 271; Von Thur/Escher, s. 78.

⁷⁷ Strieder/ Baumgaeter: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, München 1991, s. 471; Heinrichs, Art. 383, N. 1-2; Eren, s. 185; Medicus, s. 126; Brox, s. 103.

⁷⁸ Yalman, s. 82; Biedermann, s. 94.

Satma hakkının kullanılması, tek başına ifanın yerine geçmez; bilakis tevdi uygun olmayan eşya, tevdi uygun hale dönüştürülmüş olur. Ancak bundan sonra yapılan tevdi ile, yani satıştan elde edilen paranın tevdi edilmesi ile borçlu borcundan kurtulur⁷⁹. Satış hakkı kullanılmadan önce alacaklı edimi talep ederse borçlu, artık edimi ifa etmek zorundadır.

Borç konusu şeyin tevdi edilmesinde, teklife ihtiyaç duyulmamasına rağmen, satış hakkının kullanılması için önceden alacaklıya ihtar yapılması gereklidir. Fakat, verilecek şey borsada kayıtlı veya cari fiyatı mevcut ya da yapılacak masrafa oranla değeri az ise, satışın aleni yapılması gerekmediği gibi hakim, ihtara gerek görmeden de satışa izin verebilir. Ayrıca hakim, muhtemel bir ihtarın ve satışın gerekli olup olmadığına da karar vermedir⁸⁰. Hakimin izni alınmadan yapılan bir satış hiçbir değer ifade etmez.

Satış hakkının kullanılması ile tevdi uygun olmayan edim, tevdi uygun hale getirilir. Borçlunun edimi, para edimi haline dönüşür⁸¹. Borçlu, satış hakkını kullanarak değil, satıştan elde edilen şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.

3) Sözleşmeden Dönme Hakkı

Alacaklı temerrüdü sonunda borca konu olan edim, bazı durumlarda ne tevdi edilmeye ne de satıma uygun olmayabilir. Bu durum daha çok, borç konusu edimin, yapma edimi olduğu zamanlarda ortaya çıkar. Böyle durumlarda kanun koyucu, BK. m. 94'de borçluya, borçlu temerrüdü hükümlerinden yararlanarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını tanımıştır. Örneğin, borcun konusu bir hizmetin yapılması olup da alacaklı (işveren), borçluya (işçiye) işin yapılması için gerekli talimatı vermez, hatta işçiyi işyerine sokmazsa, borçlu sözleşmeden dönebilir. Çünkü böyle bir durumda borçlunun, edimini tevdi etmesi veya satması mümkün değildir⁸². Bunun gibi, eser sözleşmesinde, iş sahibinin kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmeyerek, müteahhidin esere başlamasını engellemesi veya tamamlanan

⁷⁹ Eren, s. 184; Weber, s. Art. 93, N. 48; Von Tuhr/Escher, s. 8; Tekinay/ Burcuoğlu/ Akman/ Altop, s. 843; Serozan, s. 111; Koç, s. 243.

⁸⁰ Eren, s. 186; Koç, s. 253; Von Tuhr/Escher, s. 83; Weber, Art. 93, N. 31.

⁸¹ Eren, s. 186; Bucher, s. 324; Weber, Art. 93, N. 48.

⁸² Eren, s. 187; Bucher, s. 325; Serozan, s. 111-112.

eserin bedelini ödemedede temerrüde düşmesi durumunda müteahhit, sözleşmeden dönebilir⁸³.

Borçlunun, BK. m. 94'e göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi bazı şartların oluşmasına bağlıdır. Buna göre, öncelikle alacaklı mütemerrit olmalıdır. Bundan başka borçlunun, BK. m. 106'ya göre alacaklıya, kendisinin veya hakimin tayin edeceği uygun bir süre vermesi gerekir. Bu süre zarfında da alacaklı herhangi bir işlemde bulunmazsa borçlu, derhal sözleşmeden dönme iradesini beyan etmelidir⁸⁴. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır⁸⁵. Alacaklı temerrüdünde, borçluya sözleşmeden dönme hakkı, borçlu temerrüdü hükümlerine göre verilmektedir (BK. m. 94). Ama borçlunun, sözleşmeden dönme dolayısıyla uğrayacağı zararların nasıl giderileceği hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, BK. m. 94 ile m. 106-108'e yapılan yollama dolayısıyla, borçlunun menfi tazminat isteme hakkı kabul edilmelidir⁸⁶. Çünkü aynı durumda BK. m. 370/I'de, borçluya menfi tazminat isteme hakkı açıkça tanzim edilmiştir. Fakat, menfi tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının kusurlu olması gerekir.

IV. Sonuç

Alacaklının temerrüde düşmesiyle iki türlü sonuç ortaya çıkar. Bunlardan birincisi temerrüdün genel sonuçlarıdır. Buna göre temerrütle birlikte borçlunun sorumluluğu hafifler, hasar kural olarak alacaklıya geçer, alacaklı ödemelik def'i ileri süremez, daha önce borçlu temerrüde düşmüşse temerrüt hali sona erer. Ayrıca borçlu, mütemerrit alacaklı yararına yaptığı masrafları talep edebilir. Bununla beraber, borçlunun sözleşmeden doğan faiz ödeme borcu işlemeye devam eder.

BK. m. 91-94 arasında ise alacaklı temerrüdünün özel sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre borçlu, borcundan kurtulabilmek amacıyla edimi tevdi edebileceği gibi, bazı şartlar altında satma hakkına da sahiptir. Ancak satışla borç sona ermez. Satış parasının tevdi edilmesi gerekir. Ayrıca, yapma borçlarında borçlunun sözleşmeden dönme hakkı da mevcuttur.

83 Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 366; Weber, Art. 95, N. 11; Eren, s. 187.

84 Eren, s. 188; Weber, Art. 95, N. 15; Koç, s. 269.

85 Eren, s. 188; Serozan, s. 62.

86 Eren, s. 188; Serozan, s. 649; Koç, s. 273.

BÂD-I HEVÂ VERGİLERİNE BİR ÖRNEK: RESM-İ ÂRUS

Doç. Dr. Gül AKYILMAZ*

I. GİRİŞ

Osmanlı malî sistemi içinde devletin en önemli gelir kaynağını teşkil eden vergilerin “tekâlif-i şer’iye” ve “tekâlif-i örfiye” olmak üzere iki ana bölüme ayrıldığı görülmektedir. Bu vergilerin bir kısmı, doğrudan merkezi hazineye aktarılırken bir kısmını toplama yetkisi de sipahilere havale edilmiştir. Burada dikkat çekici olan husus şer’i vergilerin sayısı son derece sınırlıyken gelenek-görenek vergileri olarak da adlandırılan¹ örfi vergilerin büyük bir çeşitlilik göstermesidir. Osmanlılar bir yandan fethettikleri yeni topraklarda eskiden beri uygulanan vergi düzenini kendi sistemine uyarlayacak düzenlemeler yaparak yürürlükte bırakarak, öte yandan da bazı yeni vergileri uygulamaya koymuştur. Böylelikle bu vergiler öylesine çok ve bölgeden bölgeye çeşitlilik göstermiştir ki bunların tam bir listesini çıkarmak adeta imkânsızlaşmıştır².

Tekâlif-i Örfiye içinde yer alan önemli bir kalem de bâd-ı hevâ vergileridir. Makalenin konusunu teşkil eden resm-i ârus da bâd-ı hevâ vergileri içinde en dikkat çekenidir. Çünkü bu resim, bazı yazarlarca Osmanlı Tımar Sisteminin feodal düzenle ilişkisini sağlayan önemli delillerden biri olarak görülmekte ve feodal sistemde serflerden alınan “formarriage”e benzetilmektedir. Bu sebeple makalenin sınırları içinde, öncelikle Osmanlı uygulamasında karşımıza çıkan resm-i ârus hakkında bilgi verilecek sonra da feodal sistemdeki formarriage ile karşılaştırılması yapılacaktır.

II. RESM-İ ÂRUS

Resm-i ârusun da içinde yer aldığı bâd-ı hevâ vergisi bir Osmanlı maliye terimi olarak, ne zaman tahakkuk edip, tahsil edileceği belli olmayan bazı resimleri ifade etmek için kullanılmıştır³. Mufassal tahrir defterlerinde şehir, kasaba, köy, mezra veya cemaat gibi sayım ünitelerine ait gelirlerin dökümü verilirken genelde bu gelirlerin en son kalemını bâd-ı hevâ vergileri

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 221.

² Bu vergilerden bazıları şunlardır: Adet-i Ağnam, Yaylak ve Kışlak Resmi, Otlak ve Yatak Resmi, Değirmen Resmi, Kovan Resmi, Bennâk Resmi, Mücerret Resmi, Resm-i Nikâh, Resm-i Kismet, Resm-i Hüccet, İhtisap Resmi, Kasaphane, Kellehane, Paçahane, Ciğer Resimleri, bâd-ı hevâ Vergileri. ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 221; CİN Halil/AGGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.1, Konya 1989, s. 308-309.

³ SAHİLLİOĞLU Halil, “bâd-ı hevâ”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 4, İstanbul 1991, s. 416.

oluşturmuştur⁴. Bu kayıtlarda diğer vergilerin tahsil vakti ve mevsimi belli iken bâd-ı hevânınki belirtilmez.

Genel kanunnâmelerde ve bazı sancak kanunnâmelerinde bâd-ı hevâ vergileri olarak resm-i ârus, cürm-ü cinayet, ev yeri tapusu, tapu-ı çiftlik, tütün resmi ve deştibâni zikredilmektedir⁵. Ayrıca tahrir defterlerinde hasıl kısmında aynı başlık altında birkaç resim daha sayılmaktadır⁶. Bu bilgiler ışığında bâd-ı hevâ vergilerinin resm-i ârus, cürm-ü cinayet⁷, çiftlik tapusu⁸, ev tapusu⁹, tütün ya da duhan resmi¹⁰, abd-i âbık ve kenizek muştuluğu¹¹, yave ve kaçgun resmi¹², deşt-i bâni¹³ ve beytülmal mâl-i gaip ve mâl-i mefkut¹⁴ dan oluştuğu anlaşılmaktadır.

Resm-i ârus, ârûsiyye, ârusane ve gerdek resmi adlarıyla defterlere kaydedilen ve düğün ya da gerdek sırasında alınan vergi de bâd-ı hevâ vergileri kapsamında yer almaktadır. Bazı yazarlarca feodal karakterli bir vergi olarak nitelendirilen¹⁵ resm-i ârusa Osmanlı hakimiyetine giren bölgelerin Kanunnâmelerinde de rastlanmaktadır¹⁶. Bu topraklar Osmanlı hakimiyetine girince resm-i ârus ile ilgili hükümler bir süre aynen muhafaza edilmiş, daha

⁴ Makalemizin sonunda hicri 986 (1579) tarihli Çankırı Mufassal Defteri'nden bir örnek yerel maktadır.

⁵ "Bad-ı hevâ deyu defterde kaydolunan resm-i arus ve cürm-ü cinayet ve tapu-ı çiftlik ve ev yeri tapusu ve hariçten gelüp kışlayanların tütün resmidir". Celalzâde Kanunnâmesi, III, m. 250, AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuyki Tahlilleri, C. 7, İstanbul 1994, s. 350; "Resm-i arus, cürm-ü cinayet, ev tapusu ve hariçten gelüp kışlar olası tütün resmi ve deştibâni, bu cümlesine bad-ı hevâ derler". BARKAN Ö. L., XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukuki ve Malî Esasları, C. 1: Kanunlar, İstanbul 1943, s. 332.

⁶ Yave ve kaçgun, Abd-i Abık ve Kenizek Muştuluğu, Beytülmal mâli gaip ve mâli mefkud gibi. SAHİLLİOĞLU, bad-ı Hevâ, s. 417.

⁷ Sövmeye ve adam öldürme arasında suçları işleyenlerin af durumunda ödedikleri para cezalarıdır.

⁸ Sipahinin miri arazinin tasarruf hakkını reyaya tefviz ederken topladığı vergidir.

⁹ Sipahinin tımârında reyanın ev yapması durumunda ödediği vergidir.

¹⁰ Sipahinin üzerinde yazılı olmayan ve başka sancaktan gelip timara yerleşen reyadan alınan vergidir.

¹¹ Kaçan erkek ve kadın kölelerin yakalandığı sipahi toprağında sahibi gelinceye kadar takdir edilen günlük nafakası ve iade edilmesi karşılığında alınan vergidir.

¹² Kaçak hayvanların yakalanması ve bakımı karşılığında alınan vergidir.

¹³ Sipahinin ekinine hayvan salan veya hayvanı başkasının ekinine sokan kimseden zararı tazmin maksadıyla alınan para cezasıdır.

¹⁴ Miras hukuku ile ilgili olarak alınan vergilerdir.

¹⁵ BARKAN Ö. L., "Tımar", Türkiye'de Toprak Meselesi, Toplu Eserler 1, İstanbul 1980, s. 836; SAHİLLİOĞLU Halil, "Arûs Resmî", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 3, İstanbul 1991, s. 423.

¹⁶ Mesela, Akkoyunlu ve Dulkadiroğlu Beyliği'ndeki Kanunnâmelerde resm-i arus ile ilgili düzenlemeler vardır. 1519 tarihli Sis sancağı tahrir Defterinde bulunan Sultan Kayıtbay Kanunu da böyle bir verginin Memlûkler'de olduğunu göstermektedir.

sonra kendi sistemine uyacak düzenlemelerle değiştirilmiştir. Şu halde feodal karakterli gibi görünen bu verginin ilk doğuş şekli ne olursa olsun, düğün dernek gibi mutlu bir olay dolayısıyla devlete yahut devletin temsilcisi olan tımar sahibinin bir gelir sağlamak amacıyla konulduğu anlaşılmaktadır¹⁷.

Gerdek resmi ile ilgili olarak gerek genel, gerekse sancak kanunnâmelerinde yapılan düzenlemelere bakıldığı zaman herkesin aynı miktarda ödeme yapmadığı görülmektedir. Kanunnâme hükümleri incelendiğinde resm-i ârusun miktarının belirlenmesinde üç faktörün etkili olduğu anlaşılmaktadır: Gelin adayının bakire ya da dul olması, evlenecek kadının dini (müslim ya da gayrimüslim olması), kızın babasının malî durumu (zengin-orta halli-fakir).

Genellikle kanunnâmelerde müslüman bir bakire kız için altmış akçe, dul kadın (seyyibe) için otuz akçe arus resmi takdir edilmiştir: “Ve resm-i ârusane cihâzlu kızdân altmış ve avretten kırk akçe; fakirlerden nısf-ı resm-i ganiyye ve mutavassıt’ül halden beyne beynedir”¹⁸. Bununla birlikte az sayıdaki örnekte bakire ve duldan aynı miktarda resm-i ârus alındığı da görülmektedir: “Ve resm-i ârus, bakireden ve seyyibeden kırk akçe”¹⁹. Yine bazı yörelerde genel ortalama olan altmış-otuz akçenin üzerinde resm-i ârus toplanması örneklerine rastlanılmaktadır: “Ve eğer, sipihlerden ve azeplerden ve tatarlardan bir kimesnenin bakire kızına nikâh olsa, resm-i ârus deyü yüzseksen akçe alınır. Ve eğer dul hatuna nikah olursa doksan akçe alınır”²⁰. Daha önce Dulkadiroğulları Beyliği’ne ait olan Kars-ı Maraş Sancağı Kanunnamesinde ise dört-beş altın gibi yüksek miktarda alınan resm-i ârus altmış-otuz akçe seviyesine çekilmiştir: “Ve resm-i ârusane mukaddema ziyade tağliz olunursa dörder beşer altın alınır idi. Ol dahi ref’ buyurulup iki baştan altmışar akçe, seyyibeden otuz akçe alınır”²¹. Kanunnâmeler incelendiğinde bazı yörelerde genel ortalamadan daha düşük miktarda gerdek resmi toplandığı da görülmektedir. Mesela, 932 (1526) tarihli Çukur-Âbad (Adana)

¹⁷ BARKAN, Tımar, s. 837; SAHİLLİOĞLU, Arus, s.423.

¹⁸ II. Beyazıt’ın Umumi Kanunnâmesi, m. 125. AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 2, İstanbul 1990, s. 59-60. Benzer hükümler Kanuni’nin Umumi Kanunnâmesi I, m. 160, AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 4, İstanbul 1992, s. 315. Kanuni’nin Umumi Kanunnâmesi II, m. 125. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 384; III. Murad’ın Umumi Kanunnâmesi, m. 135. AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 8, İstanbul 1994, s. 121.

¹⁹ Sadr-ı Suveyb Sancağı (Basra Eyalet Sancağı) Kanunnâmesi, m. 21. Osmanlı Kanunnâmeleri C. 8, s. 244.

²⁰ Kefe Sancağı (Kırım Hanlığı’nın Merkezi) Kanunnâmesi, m.149, AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 6, İstanbul 1993, s. 589.

²¹ Kars-ı Maraş Sancağı Kanunnâmesi m. 12 AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 7, İstanbul 1994, s. 182.

Kanunnâmesine göre bakiraden kırksekiz akçe dullardan ise yirmidört akçe resm-i ârus alınacaktır²². Aynı düzenleme 943 (1536) tarihli Sis (Kozan) Sancağı Kanunnâmesi'nin 9. Maddesinde de mevcuttur²³. 930 (1523) tarihli Adana Sancağı Kanunnâmesi'nde de bekârlardan yüzyirmi halebî akçe dullardan altmış halebî akçe arusiyye alınacağı²⁴ belirtilmektedir ki bu da aşağı yukarı aynı miktara karşılık gelmektedir. 889 (1484) tarihli Kili Sancağı Kanunnâmesi'nde ise gerdek resminin iyice aşağı çekilerek bakireden oniki akçe duldan altı akçe olarak alınacağı hükme bağlanmaktadır²⁵. Bölge halkının gayrimüslim olduğu bu sebeple müslümanların yarısı kadar gerdek resmi ödeyecekleri düşünülse bile kanunnâmede yer alan miktar bu oranın da altındadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Osmanlı kanunnâmelerine göre ödenecek resmin miktarını belirleyen ikinci faktör evlenecek kızın babasının servetidir. Mesela, ailesi zengin bir bakireden altmış akçe alındığı halde, orta halli bir kızın gerdek resmi otuz-kırk , fakirin on-yirmi akçe civarındadır: "Ve gerdek değeri alâsı altmış, evsât'ül-hâl olursa kırk ya da otuz, fakir olsa yigirmi ya on akçe alına"²⁶. Kefalonya Kanunnâmesine göre ise zenginlerden otuz akçe, orta hallilerden yirmi akçe, fakirlerden on akçe alınacaktır²⁷. Oranların düşük olmasının sebebi bölge halkının gayrimüslim olmasından kaynaklanmaktadır.

Evlenecek kız ya da kadının mensup olduğu din de resm-i ârus miktarını etkilemektedir²⁸. Kanunnâmelerde gayrimüslim kadın ve kızlardan

²² "Ve resmi arusiyye bakireden kırksekiz akçe ve bîreden nısf-ı sahib-i cemaat ala". Çukur-Âbad Kanunnâmesi m. 8 AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. 5, İstanbul 1992, s. 615.

²³ Sis Sancağı Kanunnâmesi m. 9. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 192.

²⁴ "Ve resmi arusiyye bıkrden yüzyirmi halebî akçe, seyyibeden altmış halebî akçe alına" Adana Sancağı Kanunnâmesi m. 11. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 5, s. 596; aynı hüküm 930 (1523) tarihli Tarsus Sancağı Kanunnâmesi'nde de mevcuttur. m. 8. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 196.

²⁵ "Ve gerdek resmi kızıoğlan ise oniki akçe,...avret olsa altı akçe". Kili Sancağı Kanunnâmesi m. 13. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 435.

²⁶ Fatih'in Umumi Kanunnâmesi m. 21. AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlili, C. 1, İstanbul 1990, s. 350. Benzer bir düzenleme aynı Kanunnâme'nin 57. Maddesinde karşımıza çıkmaktadır: "Ve gerdek değeri müslümanların gayet bağından altmış akçe alına ...gayette bağının atası validesi -Tabe Serahuma- zamanundan beri otuz akçedir. Andan aşağısı yigirmi akçe ve andan aşağıki gayette fakir ola on akçedir". s. 356. "Ve resm-i arusane cihazlu kızdan altmış akçe ve avretten kırk akçe fakirlerden nısf-ı ganiyye ve mutavasıt'ül halden beyne ve beynedir. Kanuni 'nin Umumi Kanunnâmesi I, m. 160. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 315. Aynı hüküm Kanuni'nin Umumi Kanunnâmesi II, m. 125 Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 384.

²⁷ Kefalonya Sancağı Kanunnâmesi, m. 16. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2 s. 424.

²⁸ GIBB H./BOWEN H., Islamic Society and The West, Vol. 1, London 1957, s. 242.

müslümanların yarısı kadar gerdek resmi alındığı görülmektedir: “Ve resm-i ârusun ki, müslümandan ki, kız ola, âlası altmış, edna otuz alınur ve kefereden âlası otuz, ednası onbeş akçe alınur. Ve dul avret ola müslümandan âlası otuz, ve ednası onbes akçe alınur ve kefereden mutlak onbeş akçe alınur”²⁹. “Ve resm-i ârus müslümanlarda bakire için altmış akçe ve seyyibe için otuz akçe alına; kefereden bakire için otuz akçe, dul için onbeş akçe alına”³⁰. Bununla beraber kanunnâmelerde karşımıza çıkan örneklerden anlaşıldığı üzere bazı durumlarda müslim ve gayrimüslimlerden eşit miktarda resm-i ârus alındığı da olmaktadır: “ve resm-i ârusı müslümanların ve keferenin dul avretinin otuz akçe ve bakireden altmış akçe alına”³¹.

Esas itibariyle resm-i ârusun miktarını belirleyen faktörler yukarıda üzerinde durduğumuz ölçüler olmakla birlikte bazı kanunnâmelerde reaya kızları ile sipahi kızlarının özenle birbirinden ayrı tutulduğu ve sipahi kızlarından iki kat daha fazla gerdek resmi alındığı görülmektedir: “Ve resm-i ârusane sipahinin bibr kızından altmış akçe ve dul avretinden otuz akçe ve şehirlü ve reayanın bibr kızlarından otuz akçe ve dul avretinden onbeş akçe alınur. Keferenin bibr ve bivelerinden dahi kezalik alasından otuz ve ednasından onbeşer akçe resm alınır”³². Hükümde de görüleceği üzere müslüman ve gayrimüslim reyadan eşit miktarda gerdek resmi alınırken sipahi kızlarından bunun iki katı vergi istenmektedir.

İlgi çekici olan noktalardan birisi de bazı yerlerde yaşayan halkın resm-i ârusdan muaf tutulmalarıdır: “Ve resm-i ârus babında filorici olduğu halde resm-i ârus verü-gelmediği ecilden resm-i ârus hasıl kayd olunmadı”³³.

Kanunnâme hükümlerine göre bir kimse cariyesini kölesine nikah etse resm-i nikah ve resm-i gerdek alınmaz: “Eğer bir kimesne cariyesini abdine verse resm-i nikah ve resm-i gerdek alınmaya. “Eğer âzâdlu kimesneye verse bekâr ise nısf-ı bekâr-ı hürre, seyyibe ise nısf-ı resm-i seyyibe-i hürre alınır”³⁴. Maddenin devamından da anlaşılacağı üzere eğer kadın köle azad edilmiş bir köleye nikahlanırsa hür bir kadın ya da kızın gerdek resminin yarısı alınır.

Boşandığı eşi ile yeniden nikah akdeden bir erkekden resm-i ârus talep edilmez: “ Ve bir kimesne mutallâkasına tekrar nikah etmelü olsa gerdek

²⁹ Serez Sancağı Kanunnâmesi m. 11, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 503.

³⁰ Lipve ve Betova Sancakları Kanunnâmesi m. 20, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 103.

³¹ Rodos Sancağı Kanunnâmesi, m.8, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 5, s. 432.

³² Kilis Sancağı Kanunnâmesi, m. 23. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 691. Aynı hüküm 973 (1565) tarihli Bosna Sancağı Kanunnâmesi'nde de mevcuttur. m. 2 9 Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 459.

³³ Karadağ Sancağı Kanunnâmesi m. 42, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 566.

³⁴ Celâlzâde Kanunnâmesi m. 255, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 351.

resmin almak kanuna muhaliftir. Alınmaya"³⁵. "Ve dahi bir kimesne avretine tâlâk verse yine nikâh ettürse resm-i nikâh alınur ve resm-i ârusane alınmaya, şöyle bileler"³⁶.

Arus resmini hangi tarafın ödediğine dair Kanunnâmelerde açık bir ifade bulunmamakla birlikte, resmi toplayacak taraf ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Tahsil işi köyün tasarruf şekline göre has, zeamet, tımar sahibine; vakıf köy ise vakfın mütevellisine aittir. Bakire kızın gerdek resmi nerede ikâmet ederse etsin babası, hangi sipahinin raiyyeti ise ona ödenir. Buna karşılık dul kadın hangi tımarın toprağında ikâmet etmekte ise resmi ârusunu o tımarın sipahisi alır: "Bakirenin resm-i ârusanesi babasına tabidir; yani babasının sipahisi alır, ne çıkarsa çıksun. Amma avrette toprak muteberdir; kimin tımarında nikâh vâki olursa resm anundur"³⁷.

Tımarlarda toplanan resm-i ârusun kime ait olacağını belirleyen en önemli faktör tımarın serbest olup olmamasıdır. Çeşitli ayrımlara tabi tutulan tımarlar idari-malî açıdan da serbest tımarlar ve serbest olmayan tımarlar olmak üzere ikiye ayrılmışlardır. Padişah hasları ile vezir, beylerbeyi, sancakbeyi, nişancı, defterdar, çavuşlar, çeribaşları, subaşılar, dizdarlar vb yüksek rütbeli memur ve askerlerin has ve zeametleri serbest tımar olarak tevcih edilmiştir³⁸. Buna karşılık sayı olarak daha fazla olan sipahi tımarları serbest olmayan tımar statüsündedir. Serbest tımarlar basit bit tanımla gerdek, tapu, cürm-ü cinayet, yaylak ve kıştal deştabanlık, yave ve kaçgun, koyun, tütün resmi gibi miktarı önceden belli olmayan bâd-ı hevâ vera rüsum-u serbestiye denilen vergileri tımar sahibinin toplama yetkisine sahip olduğu tımarlardır³⁹. Buna karşılık sahibinin bad-ı heva vergilerini toplama hakkına sahip olmadığı veya bu vergileri sancak beyi ve subaşı ile paylaşmak zorunda olduğu tımarlara da serbest olmayan tımarlar denilmiştir⁴⁰. Resm-i ârus da

³⁵ Aydın Sancağı Kanunnâmesi, m. 51 Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 160.

³⁶ III. Murad Kanunnâmesi, m. 140, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 8, s. 121.

³⁷ III. Murad Kanunnâmesi, m. 136, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 8, s. 121. Benzer hüküm Kanuni'nin Umumi Kanunnâmesi I, m. 161 de de mevcuttur. Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 315. Aynı yönde hükümler için bkz. BARKAN, Kanunlar, s. 282,393.

³⁸ BARKAN Ö. L., "Feodal Düzen ve Osmanlı Tımarı", Türkiye'de Toprak Meselesi Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 883; BARKAN, Tımar, s. 839; BARKAN, Kanunlar, s. 104; Silistre Sancağı Kanunnâmesi m. 15, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 3, s. 467

³⁹ CİN Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 81; BARKAN, Tımar, s. 839; "ve badehu zeamet ve seraskerler ve çavuşlar ve dizdarlar tımarları serbest olmak kanun-ı mukarrerdir. Mezkurunun tımarlarına sancak beyi, subaşıları ve gayrikanun üzere olan rüsumu serbestiyesine dahl etmeyeler". Silistre Sancağı Kanunnâmesi, m. 15 Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 3, s. 467.

⁴⁰ CİN, s. 81; BARKAN, Tımar, s. 839. Ayrıca serbest tımarlarda tımar sahibinin şeriye mahkemesinin kararı kesinleştikten sonra suçluları takip, tutuklama, cezaları infaz ve para cezalarını kendi nam ve hesabına toplama yetkisi de vardır.

bâd-ı hevâ vergileri içinde yer aldığından eğer tımar serbestse tamamı sipahiye ait olur, tımar serbest değilse sipahi gerdek resmini sancak beyi veya subaşı ile bölüşürdü: “ve erba-ı tımarın kanun muccebince tımarı serbest olunması emrolunan kimesneler tımarlarından kız çıkırsa, anlar altmış akçe alalar. Sancak beyi tarafından dahl olunmaya. Ve çıkan kız sair erbab-ı tımarın tımarlarından olsa altmış akçenin otuzun sancak başıları alup ve otuzun sahibi tımar ala”⁴¹. “bâd-ı hevâ deyü defterde kaydolunan resm-i ârus ... serbest olmayan tımarların nısf-ı sahib-i raiyetin, nısf-ı ahar-ı hariçten dahl eyliyen sancak beylerinin veyahut hariçten dahl eyleyen subaşılarmındır”⁴².

Malikâne-divanî sistemin⁴³ uygulandığı yerlerde çift resmi, bennâk ve mücerret resmi, adet-i ağnam, resm-i cürm-ü cinayet, tapu resmi gibi toprak üzerinde yaşayan reayanın vermeye mecbur olduğu bütün vergi ve resimler divânî adı altında devleti temsil eden sipahiler tarafından toplanırdı. Bu çerçevede resm-i ârus da divânî kapsamına girdiği için sipahiler tahsil ederdi⁴⁴.

Osmanlı Devleti’nde resm-i ârus reayadan istenen bir mükellefiyet değildir. Sipahi, müsellemler, piyade, hisareri, sancakbeyi, beylerbeyi gibi yönetici sınıf içerisinde yer alan görevlilerin kızları evlenirken de gerdek resmi ödemek kanundur. Sipahi kızları evlenirken resm-i ârusanelerini subaşı veya sancakbeyleri; hisareri kızlarınınkini dizdarlar; müsellemler ve piyade kızlarınınkini tımar sahibi ya da sancak beyi; sancakbeyi kızlarınınkini ise beylerbeyi almıştır. Beylerbeyi kızlarının resm-i ârusaneleri ise padişah adına Hazine-i Amireye ait olmuştur⁴⁵: “Ve dahi sipahi taifesinin kızı çıkırsa resm-i

⁴¹ Hama Sancağı Kanunnâmesi m. 6, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 5, s. 665.

⁴² Kanunînin Umumi Kanunnâmesi II, m. 124, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 384.

⁴³ Malikâne-divanî sisteminde aynı toprağın bir malikâne ve bir de divânisine tasarruf eden iki sahibi vardır. Toprağın kuru mülkiyeti (rakabe) malikâne sahibinin elindedir. Malikâne sahibi gerçek bir şahıs ya da vakıf olabilir ve tarla bağ, bahçe, bostan gibi yerlerden elde edilen ürünün onda, yedide veya beşte biri ile kovan ve değirmenlerden alınan resmin yarısını toplama hakkına sahiptir. Divânî hissesini devlet adına tahsil eden sipahiler ise toprağın verimine göre oranı değişen ve ürün üzerinden alınan verginin ikinci onda, yedide veya beşte biri ile kovan ve değirmen resimlerinin diğer yarısını ve her türlü örfi vergiyi toplarlardı. BARKAN Ö. L., “Malikâne-Divânî Sistemi” Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 154 vd; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s.238-239.

⁴⁴ BARKAN, Divânî, s. 154-155; CİN/AKYILMAZ, S. 239; “Ve şol nesne ki, resm-i çift ve resm-i bennak ve caba ve resm-i arusane ve resm-i ağnam ve bâd-ı hevâ ve sair rüsum-u örfiyye her ne ise ol makule erbab-ı tımarındır; vakıf ve mülk sahipleri dahl eylemeyeler”. Malatya Emlâk ve Evkaf Kanunnâmesi, m. 2, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 272.; “Ve cümle karyenin örfiyatı ki, resm-i çift ve bennak ve caba ve resm-i ganem ve resm-i arus ve resm-i tapu ve deştibânidir, sipahiye mahsustur; sahib-i mülk ve vakfa bundan hisse yoktur”. Karaman Eyaleti Kanunnâmesi, m. 112, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 3, s. 328.

⁴⁵ BARKAN, Tımar, s. 838; CİN/AKYILMAZ, S. 308.

ârusanesi ise subaşı alup ve sancakbeyi alur ve dahi beylerbeyi kızı çıkısa resm Hizane-i Âmireye alunur ve dahi müselleme ve piyade kızları çıkısa resm-i ârusiyesi çiftlik üzerinde olursa sancağı beyleri alur ve illâ olmazsa sahib-i tımarındır⁴⁶. “Erbab-ı tımarın kızlarını resm-i gerdeği sancak beyle-
rinin ve mertdan-ı kal’anın kızlarının resm-i gerdeği dizdarlarıdır⁴⁷.”

Bir tımarında oturan eşkinci, yamak, tatar, cambaz vb gibi özel bir teşkilata bağlı askeri zümrelerde gerdek resimleri bu teşkilatın kendi reisleri (genellikle subaşı) tarafından alınmıştır. Resm-i ârusaneden pay alamayan sipahi ise bunun karşılığında toprak hakkı olarak altı akçe almıştır⁴⁸. Aynı şekilde şahinci, çakırcı, atmacacı, doğancı vb saray için avcı kuşu yetiştiren zümrelerin kızlarının arusaneleri sipahiye ait olmayıp miri (devlet hazinesi) için toplanmıştır⁴⁹.

Gerdek resmi ile ilgili olarak kanunnâmelerde karşımıza çıkan bir diğer ilgi çekici nokta bazı bölgelerde reyanın resm-i ârusunun doğrudan doğruya merkezi hazine için toplanması ve yöneticilerin de altı akçe civarında bir toprak hakkı almalarıdır. Mesela, Ebu Arbe Sancağı (Basra Eyaletine bağlı) ve Remle Sancağı (Basra Eyaletine bağlı) nda resm-i ârus devlet hazinesi için toplanmakta ve altı akçe de resm-i subaşılık alınmaktadır: “Ve resm-i arâs bakireden altmış akçe ve seyyibeden otuz akçe miriye ve her birinden altı akçe resm-i subaşı alunur⁵⁰. “Ve resm-i arâs bakireden seksen akçe ve seyyibeden kırk akçe miriye ve altı akçe resm-i subaşılık alunur⁵¹.”

III. RESM-İ ÂRUS İLE “FORMARRIAGE” İN MUKAYESESİ

Avrupa’da Ortaçağ’a damgasını vuran feodal sistemde feodal bey serf üzerinde önemli şahsi haklara sahiptir. Feodal beyin serfin sahibi olduğunu simgeleyen en kayda değer uygulamalardan birisi “ius primae noctis” yani ilk gece hakkı ve bunun doğal uzantısı olan “formarriage” dir. Kılıçbay’ın değimiyle her iki örfî hukuk kuralı da barona serfi tamamen denetim altında tutma ve emek-rantın tamamına el koymanın sürekliliğini sağlamaktadır⁵².

⁴⁶ III. Murat Kanunnâmesi, m. 138, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 8, s. 121.

⁴⁷ Vidin Kanunnâmesi, m. 960, BARKAN Ö.L., “Osmanlı İmparatorluğu’nda Çiftçi Sınıflarının Hukuki Statüsü”, Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 754.

⁴⁸ “Eşkinci ve yamak ve tatar vecanbaz taifesinin resm-i arusanesi subaşındır; sipahî heman toprak hakkı altı akçe alır. Silistre Sancağı Kanunnâmesi, m. 81, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 720.

⁴⁹ “Çakırcı ve şahinci ve atmacacı ve sair doğancının resm-i arusanesini emr-i şerifle der’i devletten gelen kullar miri için cem ederler”. Silistre Sancağı Kanunnâmesi, m. 18, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 7, s. 715.

⁵⁰ Ebu Arbe Sancağı Kanunnâmesi, m. 2, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 8, s. 227.

⁵¹ Remle Sancağı Kanunnâmesi, m. 8, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 8, s. 241.

⁵² KILIÇBAY Mehmet Ali, Feodalite ve Klasik Dönem Osmanlı Üretim Tarzı, Ankara 1982, s. 242. Malikâmeden kaçan serfi senyörün takip hakkı “droit de poursuite” ve “main

“Ius primae noctis”, evlenen serf kadınlarının ilk gecelerini senyörün yanında geçirmelerini gerektiren bir kuraldır. İlk gece hakkı feodal beyin doğacak çocuklar üzerinde hak sahibi olduğunun da sembolik bir göstergesidir. Uygulamada senyör bu hakkını kullanmamakta ancak gelecek kuşak serflerin üzerindeki egemenliğinin sembolü olarak bir hukuk kuralı biçiminde muhafaza etmektedir⁵³.

İlk gece hakkının tamamlayıcısı niteliğinde olan “formarriage” kuralı ise malikâne (manoir)⁵⁴ dışından evlenmek isteyen bir serfin lordundan izin alması mecburiyetini ifade eder⁵⁵. Feodal düzende kural serfin malikâne içinden evlenmesidir. Eğer serf kızlarından birisi malikâne dışından evlenmek isterse senyöre “formarriage” adı verilen çok yüksek tutarda bir bedel ödemek zorundadır⁵⁶. Bu bedel ise bir serfin kolay kolay ödeyemeyeceği kadar fazladır. Formarriage kuralının amacı mümkün olduğunca malikâne dışı evlenmelerin önlenmesidir. Çünkü feodal düzende kadın serf kocasını izleyeceği için kendi malikânesini terkedip kocasının malikânesine yerleşecektir. Bu durumda senyör, hem işgücü kaybına uğrayacak hem de doğacak çocuklar üzerinde hak iddia edemeyecektir⁵⁷. Teorik olarak serfin formarriage i ödedikten sonra malikânedan ayrılma hakkı vardır, fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere bunu ödeyecek parası hiçbir zaman olamayacağından bu uygulama baron açısından bazı yazarların savunduğu gibi bir gelir kaynağı⁵⁸ olmaktan çok emek arzının azalmasını önleyici bir tedbir halini almaktadır⁵⁹. Bu nedenle senyörler genellikle maliânelerindeki serf kadınların manoir dışından evlenmelerine izin vermemişler ve zaman zaman

morte” ilkesi olarak bilinen serfin tek mirasçısının baron olması ilkeleri de ilk iki kuralla birlikte feodal beyin serf üzerindeki hakimiyetini tartışmasız ortaya koyan uygulamalardır.

⁵³ KILIÇBAY, s. 242.

⁵⁴ Feodalitede fiefin normal olarak aldığı fiziki biçime malikâne ya da manoir denir. Malikânenin merkezinde senyörün şatosu vardır. Bunun dışında malikâne ekilebilir topraklarla bunların kıyısındaki mer’a, otlak, orman ve ekilemeyen araziden –taşlık, kumluk, kıraç alanlar ve bataklıklar- oluşurdu. Malikânenin ekilebilir toprakları ise iki ana bölüme ayrılırdı: Doğrudan doğruya senyöre ait olan tarlalar (demesne, domain) serflerin tasarrufuna bırakılan topraklar (tenure). HUBERMAN Leo, Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla, (çev. BELGE Murat), İstanbul 1991, s. 12; CİN/AKYILMAZ, s. 61-62.

⁵⁵ BLUM Jerome, The End of the Old Order of Rural Europe, Princeton 1978, s. 83; BISHOP Morris, The Pelican Book of the Middle Ages, Harmondsworth 1983, s. 254.

⁵⁶ Serf eğer malikâne dışından evlenmezse formarriage yükümlülüğü yoktur. Tıpkı Batı Avrupa’da olduğu gibi Doğu Avrupa ülkelerinde de serfler evlenirken feodal beylerden izin almak zorundadılar. Ancak Avusturya, Prusya gibi monarşilerde feodal bey, sadece bazı özel sebeplerin varlığı halinde (sabika kaydı, dikbaşlılık, tembellik, sefahat vb) izin isteğini geri çevirebilirdi. BLUM, s. 84.

⁵⁷ BLUM, s. 84; CİN/AKYILMAZ, s. 58, 308.

⁵⁸ BISHOP, s. 254.

⁵⁹ KILIÇBAY, s. 242.

serflerini istekleri dışında birbirleriyle evlenmeye zorlamışlardır. Feodal beyler kimi durumlarda formarriage müessesesini serflerinin iyiliği için kullandıklarını iddia etmekten de geri kalmamışlardır. Mesela, Kont Bernstorff, bir serfin kızının ikiz çocuklarının babası olan malikâne dışından bir erkekle evlenmesine izin vermemiştir. Gerekçesi ise “adamın bir alkolik olduğu ve serfin kızı ile çocuklarının baba evinde kalmalarının kendileri için daha hayırlı olacağı”dır⁶⁰.

Formarriage ile ilgili olarak yukarıda verdiğimiz bilgiler de göstermektedir ki Osmanlı Devleti’nde örfi bir vergi olarak toplanan resm-i ârusun feodal nitelikli formarriage ile benzer yönlerini bulmak zordur. Herşeyden önce Osmanlı Devleti’nde tamamen şahsi hürriyet alanı içinde kalan nikah akdine sipahinin müdahale hakkı yoktur. Reaya istediği ile evlenir. Sipahi, tımar sistemi çerçevesinde reaya üzerindeki haklarını ancak bir devlet memuru sıfatıyla ve devlet adına kullanmaktadır. Öte yandan Osmanlı Devleti’nde evlenmek isteyen erkeklerin alacağı kadının sipahisine gerdek resmi ödemeye mecbur tutulması için onun başka bir tımar sahibinin raiyeti olması gibi bir şart mevcut değildir. Resm-i ârus, tımar içinden ya da dışından evlenen her kız ve dul kadında alınmıştır⁶¹. Osmanlı Kanunnâmelerinden sadece Bozok Kanunnâmesi’nde iç ve dış evlenme arasında ayırım yapılması ve buna göre resm-i ârusun miktarının farklılaşması da bu görüşlerimizi doğrular niteliktedir: “Bir raiyetin bakire kızı yine kendü boyundan bir kimseye verülür olsa, ber-mucebi şer’i mutahhar akd-i nikâh olunduktan sonra bera-tında resm-i ârus kaydolan sipahiye yüz akçe vere. Ve eğer ahar boy hal-kına verülür olsa vakt-i nikâhta sipahiye ikiyüz akçe vere”⁶². Zaten 966 tarihli Bozok Sancağı Kanunnâmesi’nde bu hüküm değiştirilerek iç ve dış evlenme arasındaki fark kaldırılmış ve Osmanlı sistemine uygun bir düzenleme yapılmıştır: “Vilâyet-i mezburede resm-i ârusane şimdiye değin şol vech üzerine alınırdı ki bir kimesnenin kızı kendü sipahisinin reayasından hariç gayri sipahinin reayasından kimesneye verilse, ikiyüz akçe alınıp kendü sipahisinin reayasına verse yüzyirmi akçe alınırdı. Haliyâ fermân-ı

⁶⁰ MAGER F. Geschichte des Bauerntums und der Boden Kultur im Lande Mecklenburg, Berlin 1955, s. 170.

⁶¹ BARKAN, Tımar, s. 837; BARKAN, Feodal Düzen, s. 882; CİN/AKYILMAZ, s. 308.

⁶² Bozok Sancağı Kanunnâmesi, m. 62, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 231. Aynı hüküm için bkz. BARKAN, Çiftçi Sınıflar, s. 754. Bu istisnanın iki nedeni olabilir: Birincisi Bozok Livası göçebelerin yoğun olarak buldukları bir bölgedir ve bazı göçebe boylarında dış evlilik yasaklanmıştır. İkincisi ise bazı sipahilere göçebelerin vergilerinin bir tımar halinde ve sahib-i raiyet sıfatıyla verilmiş olmasıdır. Sipahiye hasıl yazılan göçebe raiyetten birinin dıştan evlenmesi yerleşik reayada olduğunun tersine yerine hemen başka birinin gelmesinin imkânsız olmasından ötürü sipahiye gelir kaybına uğratacağından böyle bir hüküm konulmuştur. KILIÇBAY, s. 386.

şerif birle ref olunup lâ alet-tayin her kime verirse bakireye altmış ve seyyibeden otuz akçe alınmak ferman olmuştur⁶³.

Ayrıca bu vergi sadece reayadan toplanmamış, sipahi, sancakbeyi, beylerbeyi gibi askeri sınıf üyelerinin kızları evleneceğinde de resm-i ârus alınmıştır: “Ve dahi sipahi taifesinin kızı çıksa resm-i ârusanesi subaşılıkta ise subaşı alur, eğer sancak altında ise sancakbeyi alur ve dahi sancak beyinin kızı çıksa beylerbeyi alur ve beylerbeyinin kızı çıksa Hizane-i Amireye alınur⁶⁴. Bu hüküm de bize resm-i ârusun feodal nitelikli olmadığını ispatlayan bir başka delildir.

Resm-i arus ile formarrriage in birbirinden farklı olduklarını ortaya koyan bir başka nokta da Osmanlı devleti’nde bir sosyal gurup olarak ortaya çıkan “ortakçı kul” ların hukuki statüsüdür. Ortakçı kullar reayadan tamamen ayrı bir hukuki statüye sahip, ayrı defterlere kayıd edilmiş özel şartlara tabi guruplardır. Bunlar kölelikle hür köylüler arasında bir yerdedirler ve bu açıdan feodal düzendeki serflerle büyük benzerlikler göstermektedirler. Ortakçı kullara sadece XIV ve XV. Yüzyıllarda Trakya Bölgesi’nde Edirne ve İstanbul haslar kazasıyla Bursa ve Biga civarında ve Batı Anadolu ve Rume- li’deki bazı vüzere vakıflarında rastlanmıştır⁶⁵. Ortakçı kullar zamanla reaya içinde eritilmişler, XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren de tamamen kaybolmuşlardır. Zaten mevcut oldukları süre zarfında Osmanlı sosyo-ekonomik düzenini etkilemeyecek kadar ufak bir azınlık oluşturmuşlardır⁶⁶.

Osmanlı Devleti’nde ortakçı kullarla ilgili olarak özel kanun ve ni-zâmlar vazedilmiştir. Ayrıca umumi kanunnâmelerde de ortakçı kullarla ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere tıpkı serfler gibi ortakçı kullar da kendi aralarından evlenmek zorundadırlar. Rızalarıyla aynı beylîğe mensup bir ortakçı kul ile evlenmek istemeyen kadınlar, kullar arasından seçilecek bir kimseyle zorla evlendirilir- ler⁶⁷. Kulların ihtiyacından fazla oldukları için dışarıdan evlenmelerinde bir

⁶³ Bozok Sancağı Kanunnâmesi, m. 5, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 239.

⁶⁴ Kanuni’nin Umumi Kanunnâmesi I, m. 162, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 315.

⁶⁵ BARKAN Ö.L., “XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu’nda Toprak İşçiliğinin Organizasyon Şekilleri Ortakçı Kullar”, Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 577-578.

⁶⁶ İNALCIK Halil, “Servile Labour in the Ottoman Empire”, Studies in Ottoman Social and Economic History, London 1985, s. 32-33; BARKAN, Kullar, s. 578.

⁶⁷ “Ve avret-i fevt olan hassa kullar ve hizmete yararı mücerret kullar hassa cariyelerden tezevvüc talep ettikte ekseri rıza vermeyüp harice varmak havasında olurlarmış. Şimdi emr olundu ki min ba’d hassa kullardan gayrı harice cariyeye verilmeye”, İstanbul Hasları Kanunnâmesi, m. 20, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 311. Aynı hüküm BARKAN, Kullar, s. 761. “Ve kullarla cevâri arasından min ba’d cebr-i şer’i câri olup, tezvice kabil olan cariyeleri ki evlenmek mühimmi olan kullara ihtiyarlarıyla varmaya veya fevt olan e-rinden baştinasına hizmet eder oğulları kalmaya fil cümle bunların emsali bir özr-i kavî ile

serflerini istekleri dışında birbirleriyle evlenmeye zorlamışlardır. Feodal beyler kimi durumlarda formarriage müessesesini serflerinin iyiliği için kullandıklarını iddia etmekten de geri kalmamışlardır. Mesela, Kont Bernstorff, bir serfin kızının ikiz çocuklarının babası olan malikâne dışından bir erkekle evlenmesine izin vermemiştir. Gerekçesi ise “adamin bir alkolik olduğu ve serfin kızı ile çocuklarının baba evinde kalmalarının kendileri için daha hayırlı olacağı”dır⁶⁰.

Formarriage ile ilgili olarak yukarıda verdiğimiz bilgiler de göstermektedir ki Osmanlı Devleti’nde örfi bir vergi olarak toplanan resm-i ârusun feodal nitelikli formarriage ile benzer yönlerini bulmak zordur. Herşeyden önce Osmanlı Devleti’nde tamamen şahsi hürriyet alanı içinde kalan nikah akdine sipahinin müdahale hakkı yoktur. Reaya istediği ile evlenir. Sipahi, tımar sistemi çerçevesinde reaya üzerindeki haklarını ancak bir devlet memuru sıfatıyla ve devlet adına kullanmaktadır. Öte yandan Osmanlı Devleti’nde evlenmek isteyen erkeklerin alacağı kadının sipahisine gerdek resmi ödemeye mecbur tutulması için onun başka bir tımar sahibinin raiyeti olması gibi bir şart mevcut değildir. Resm-i ârus, tımar içinden ya da dışından evlenen her kız ve dul kadında alınmıştır⁶¹. Osmanlı Kanunnâmelerinden sadece Bozok Kanunnâmesi’nde iç ve dış evlenme arasında ayırım yapılması ve buna göre resm-i ârusun miktarının farklılaşması da bu görüşlerimizi doğrular niteliktedir: “Bir raiyetin bakire kızı yine kendü boyundan bir kimseye verülür olsa, ber-mucebi şer’i mutahhar akd-i nikâh olunduktan sonra beratında resm-i ârus kaydolunan sipahiye yüz akçe vere. Ve eğer ahar boy halına verülür olsa vakt-i nikâhta sipahiye ikiyüz akçe vere”⁶². Zaten 966 tarihli Bozok Sancağı Kanunnâmesi’nde bu hüküm değiştirilerek iç ve dış evlenme arasındaki fark kaldırılmış ve Osmanlı sistemine uygun bir düzenleme yapılmıştır: “Vilâyet-i mezburede resm-i ârusane şimdiye değin şol vech üzerine alınırdı ki bir kimesnenin kızı kendü sipahisinin reayasından hariç gayri sipahinin reayasından kimesneye verilse, ikiyüz akçe alınıp kendü sipahisinin reayasına verse yüzyirmi akçe alınırdı. Haliyâ fermân-ı

⁶⁰ MAGER F. Geschichte des Bauerntums und der Boden Kultur im Lande Mecklenburg, Berlin 1955, s. 170.

⁶¹ BARKAN, Tımar, s. 837; BARKAN, Feodal Düzen, s. 882; CİN/ AKYILMAZ, s. 308.

⁶² Bozok Sancağı Kanunnâmesi, m. 62, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 231. Aynı hüküm için bkz. BARKAN, Çiftçi Sınıflar, s. 754. Bu istisnanın iki nedeni olabilir: Birincisi Bozok Livası göçebelerin yoğun olarak buldukları bir bölgedir ve bazı göçebe boylarında dış evlilik yasaklanmıştır. İkincisi ise bazı sipahilere göçebelerin vergilerinin bir tımar halinde ve sahib-i raiyet sıfatıyla verilmiş olmasıdır. Sipahiye hasıl yazılan göçebe raiyetten birinin dıştan evlenmesi yerleşik reayada olduğunun tersine yerine hemen başka birinin gelmesinin imkânsız olmasından ötürü sipahiye gelir kaybına uğratacağından böyle bir hüküm konulmuştur. KILIÇBAY, s. 386.

şerif birle ref olunup lâ alet-tayin her kime verirse bakireye altmış ve seyyibeden otuz akçe alınmak ferman olmuştur⁶³.

Ayrıca bu vergi sadece reayadan toplanmamış, sipahi, sancakbeyi, beylerbeyi gibi askeri sınıf üyelerinin kızları evleneceğinde de resm-i ârus alınmıştır: “Ve dahi sipahi taifesinin kızı çıksa resm-i ârusanesi subaşılıkta ise subaşı alur, eğer sancak altında ise sancakbeyi alur ve dahi sancak beyinin kızı çıksa beylerbeyi alur ve beylerbeyinin kızı çıksa Hizane-i Amireye alınur⁶⁴. Bu hüküm de bize resm-i ârusun feodal nitelikli olmadığını ispatlayan bir başka delildir.

Resm-i arus ile formarrriage in birbirinden farklı olduklarını ortaya koyan bir başka nokta da Osmanlı devleti’nde bir sosyal gurup olarak ortaya çıkan “ortakçı kul” ların hukuki statüsüdür. Ortakçı kullar reayadan tamamen ayrı bir hukuki statüye sahip, ayrı defterlere kayıd edilmiş özel şartlara tabi guruplardır. Bunlar kölelikle hür köylüler arasında bir yerdedirler ve bu açıdan feodal düzendeki serflerle büyük benzerlikler göstermektedirler. Ortakçı kullara sadece XIV ve XV. Yüzyıllarda Trakya Bölgesi’nde Edirne ve İstanbul haslar kazasıyla Bursa ve Biga civarında ve Batı Anadolu ve Rume- li’deki bazı vüzere vakıflarında rastlanmıştır⁶⁵. Ortakçı kullar zamanla reaya içinde eritilmişler, XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren de tamamen kaybolmuşlardır. Zaten mevcut oldukları süre zarfında Osmanlı sosyo-ekonomik düzenini etkilemeyecek kadar ufak bir azınlık oluşturmuşlardır⁶⁶.

Osmanlı Devleti’nde ortakçı kullarla ilgili olarak özel kanun ve ni-zâmlar vazedilmiştir. Ayrıca umumi kanunnâmelerde de ortakçı kullarla ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere tıpkı serfler gibi ortakçı kullar da kendi aralarından evlenmek zorundadırlar. Rızalarıyla aynı beyliğe mensup bir ortakçı kul ile evlenmek istemeyen kadınlar, kullar arasından seçilecek bir kimseyle zorla evlendirilirler⁶⁷. Kulların ihtiyacından fazla oldukları için dışarıdan evlenmelerinde bir

⁶³ Bozok Sancağı Kanunnâmesi, m. 5, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 6, s. 239.

⁶⁴ Kanuni’nin Umumi Kanunnâmeleri I, m. 162, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 4, s. 315.

⁶⁵ BARKAN Ö.L., “XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu’nda Toprak İşçiliğinin Organizasyon Şekilleri Ortakçı Kullar”, Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 577-578.

⁶⁶ İNALCIK Halil, “Servile Labour in the Ottoman Empire”, Studies in Ottoman Social and Economic History, London 1985, s. 32-33; BARKAN, Kullar, s. 578.

⁶⁷ “Ve avret-i fevt olan hassa kullar ve hizmete yararımış mücerret kullar hassa cariyelerden tezevvüc talep ettikte ekseri rıza vermeyüp harice varmak havasında olurlarmış. Şimdi emr olundu ki min ba’d hassa kullardan gayrı harice cariyeye verilmeye”, İstanbul Hasları Kanunnâmeleri, m. 20, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 311. Aynı hüküm BARKAN, Kullar, s. 761. “Ve kullarla cevâri arasından min ba’d cebr-i şer’i câri olup, tezevvev kabul olan cariyeleri ki evlenmek mühimmi olan kullara ihtiyarlarıyla varmaya veya fevt olan erinden baştınasına hizmet eder oğulları kalmaya fil cümle bunların emsali bir özr-i kavî ile

sakinca görülmeyen ortakçı kul kadınlarla evlenmek için de özel izin alınması ve “ağırlık” adı altında bir ödemenin yapılması gerekmektedir⁶⁸. Ayrıca ortakçı kul statüsündeki bir kadınla evlenmek isteyen erkeğin ortakçılık şartlarını kabul etmesi ve Padişaha ait bir kul kadının hizmetlerinden yararlanma mukabili “bedel-i himet-i cariyeye” ödemesi mecburidir.

Görüldüğü üzere ortakçı kulların evlilikle ilgili tâbi oldukları hükümler feodal sistemdeki düzenlemelere çok benzemektedir. Feodalitede feodal beyin, ortakçı kullarda ise Padişah haslarının veya vakıfların yöneticilerinin evliliklere müdahale hakları vardır. Ayrıca her ikisinde de iç ve dış evlenme ayrımı yapılmış ve bu ayrıma bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Kul statüsünde bir kadınla evlenmek isteyen ve kendisi kul olmayan bir erkekten istenen ağırlık adındaki ödeme, amaç ve biçim açısından form marriage e çok benzemektedir. Zaten ortakçı kulların ağırlık dışında evlenirken resm-i ârus ödemek zorunda olmaları da⁶⁹ resm-i ârusla form marriage in birbirinden tamamen farklı olduklarını ortaya koymaktadır.

IV. SONUÇ

Osmanlı Devleti’nde tekâlif-i örfiyye kapsamına giren bâd-ı hevâ vergileri içinde yer alan resm-i ârus, Tanzimat Dönemi’ne kadar reyadan toplanmıştır. Gerdek resminin miktarının tesbitinde gelin adayının bakire ya da dul olmasının, dininin ve kızın babasının malî durumunun belirleyici olduğu görülmektedir. Bununla beraber bazı özel örneklerde genel ortalamanın altında ya da üstündeki miktarlarda da resm-i ârus toplanabilmiştir. Tımarın serbest olup olmamasına göre ya gerdek resminin tamamını tımar sahibi kullanmış ya da sancak beyi subaşı gibi merkezi idarenin temsilcileriyle paylaşmıştır.

Makalemizde ortaya koyduğumuz gibi resm-i ârusun feodal beye serflerin evlenirken ödedikleri form marriage ile bir bağlantısı yoktur. En başta tımar topraklarında yaşayan raiyet evlenirken tımar sahibinin iznini almak zorunda değildir. Öte yandan bir reaya kadın rahatlıkla başka bir tımar

ki mazur olmaya, cebr ile tâlib olan kula verile”. İstanbul Hasları Kanunnâmesi , m. 21, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 311.

⁶⁸ BARKAN, Kullar, s. 761; İNALCIK, s. 33; “Şimdi emr olundu ki min ba’d hassa kullardan gayrı harice cariyeye verilmeye meğher ki anların hacetinden fazla olup hariçten yarar kefillerle ortak hizmetine iltizâm eder kimesne talip buluna ki haline göre ağırlığı alunup ortak hizmeti teklif oluna. Ol vakit verilmek caiz ola”. İstanbul Hasları Kanunnâmesi , m. 20, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 311. Aynı hüküm, BARKAN, Kullar, s. 761.

⁶⁹ “Ve kullardan resm-i arus bakire için otuzar akçe ve bive için onbeşer akçe ve kuldan gayrıdan bakire için altmışar akçe, b,ve için otuzar akçe alınmak mamul kanunmuş gerü ol mucep üzre mukarrer olup...” İstanbul Hasları Kanunnâmesi , m. 23, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 2, s. 311-312.; “Ve gerdek değeri ne ise vereler”. İstanbul Haslarının Ber’atı Sutei, m. 2, Osmanlı Kanunnâmeleri, C. 1, s. 460.

yaşayan erkekle evlenebilir. Bunun için ne izne ne de özel bir ödemeye ihtiyacı yoktur. İçten de dıştan da evlense ödeyeceği gerdek resmi miktarı aynıdır. Osmanlı Devleti, Dulkadiroğulları Beyliği'ne ait toprakları ele geçirdiği zaman bir süre bölgede geçerli olan Bozok Kanunnâmesi'ni yürürlükte bırakmış, ancak daha sonra Kanunnâmede yer alan iç ve dış evlenme farkını kaldırarak kendi sistemine uygun bir düzenleme yapmıştır. Kanunnâmenin orijinal halinde dışarıdan bir erkekle evlenecek bir kadın normalin iki katı gerdek resmi ödemek zorunda iken daha sonra bu hüküm değiştirilmiştir. Bunların dışında resm-i ârus ödeme mükellefiyeti sadece reayaya ait değildir. Yönetici sınıf içerisinde yer alan sipahi, subaşı, sancakbeyi, beylerbeyi kızları evlenirken de gerdek resmi ödenmesi mecburidir. Son olarak Osmanlı Devleti'nde reayadan ayrı bir sosyal gurup teşkil eden ortakçı kul statüsündeki kadınlarla evlenmek isteyen erkeklerin vermek zorunda oldukları formarriage e çok benzeyen ağırlık adındaki ödenti de gerdek resmi ile formarriage in farklı oldukları görüşümüzü doğrular niteliktedir.

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

در باره ...

OSMANLI DEVLETİNDE EGEMENLİK KAVRAMININ GELİŞİMİ

Doç Dr. Gül AKYILMAZ*

I. GİRİŞ

Farklı anlamlarda karşımıza çıkan, bu sebeple de nisbi bir karaktere sahip olan¹ egemenlik kavramı, uzun yıllar nüfus ve ülke ile birlikte devleti oluşturan temel unsurlardan birisi ve onun ayırıcı özelliği olarak değerlendirilmiştir². Devletin oluşabilmesi için belirli bir toprak parçasında yerleşmiş, ortak özellikleri bulunan insanlar üzerinde tek ve üstün bir siyasi otoritenin kullanılması gerekir. Üstün ve sınırsız bu yetki; emir, kumanda ve yaptırım uygulama yetkisi şeklinde karşımıza çıkan egemenliktir³.

Devlette egemenlik tek olmakla birlikte iç ve dış görünümü söz konusudur. İç egemenlik devlet kudretini yani, devletin siyasi iktidarının, diğer iktidar sahibi gerçek ve tüzel kişilerin üzerinde ve emretme, yön verme yetkisine sahip olmasını ifade ederken, dış egemenlik kısaca bağımsızlık bir başka deyimle devletin kendi hür iradesiyle kabul ettiği sınırlamalar dışında uluslararası alanda başka hiç bir sınırlamaya tabi tutulamaması şeklinde ortaya çıkar⁴.

Egemenlik kavramının Doğu ve Batı'daki gelişimi farklılıklar göstermekle birlikte günümüzdeki egemenlik anlayışının, daha çok 16. yüzyıl sonrası Avrupa merkezli olduğu bir gerçektir. Tarih ve hukuk kitaplarında eski devletlerden ve ünlü filozofların devletin "menşei" ile ilgili görüşlerinden bahsedilse de kamu hukukunda "devlet" dediğimiz siyasi

-
- * Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
- ¹ SCHINDLER Dietrich, Verfassungsrecht und Soziale Struktur, Zürich 1950, s. 105, Egemenlik devletler hukuku açısından ise mutlak bir karakterdedir. SEIDLER Gustav, Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechten, Wien 1929, s. 70-71.
- ² Bu anlamda egemenlik insan (nüfus) ve ülke unsurundan ayrı üçüncü bir unsur olarak karşımıza çıkar. OKANDAN Recai G., Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1968, s. 738 v.d.; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 1973, s. 41 v.d.; YAYLA Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 18; ALDIKAÇTI Orhan, Milli Egemenlik Kavramının Fikri Gelişmesi Paneli, 22. 05. 1986, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları, No. 23, s. 28.
- ³ GÜRBÜZ Yaşar, Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi Paneli, İzmir 12.05.1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 23, s. 28.
- ⁴ BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, c. 1, İstanbul 1960, s. 178-179; ISENSEE Joseph, "Gemeinwohl und Staatsaufgabenim Verfassungsstaat", in Handbuch des Staatsrecht der Bundes Republik Deutschland, B. III, Das Handeln des Staates, (Hrg. ISENSEE Joseph-KIRCHHOF Paul), Heidelberg 1988, p. 57, rdn 31; OSSENBUHL Fritz, "Gesetz und Recht-Die Rechts quellen demokratischen Rechtsstaat" in aynı p. 61, rdn 31, ZABUNOĞLU, s. 42-43.

örgüt 16. yüzyılın ürünüdür. Devletin bir unsuru olarak kabul edilen egemenlik kavramı da genel olarak bugünkü anlamıyla yine aynı yüzyılda ortaya çıkmıştır⁵.

Biz bu çalışmamızda egemenlik kavramının Batı'da İslamiyetten önceki Türk Devletleri ve İslam dünyasındaki gelişimine kısaca değindikten sonra esas itibariyle Osmanlı Devleti'ndeki egemenlik anlayışını inceleyeceğiz.

II. EGEMENLİK KAVRAMININ BATIDA GELİŞİMİ

Egemenliğin kaynağı başlangıçta Tanrı'da ve kutsal kaynaklarda aranmıştır. Bu konudaki görüşler Tanrı-Kral fikrinden başlayarak bir evrim geçirmiştir⁶. Avrupa'da Ortaçağ'a damgasını vuran feodal rejimde ise egemenlik sadece krala özgü olmaktan, yani kralın tekelinden çıkmıştır. Merkezi hükümet felce uğramış, kral sadece teorik olarak feodal hiyerarşinin başında yer almıştır⁷. Feodal sistemde egemenlik devlete ait olmayıp, toprak sahibi soylular arasında paylaşılmıştır. Kralın sahip olduğu yetki, imtiyaz ve fonksiyonların büyük bir bölümü kendi topraklarında feodal beylere geçmiştir⁸. Devletin ve onu temsil eden kralın elinde toplanması gereken yasama, yürütme, yargı, vergi ve asker toplama gibi hak ve yetkiler senyörlere devredilmiştir. Ülke farklı büyüklükte, çeşitli parçalardan oluşan yamalı bir bohça görünümündedir ve her bir parça ayrı bir hakimiyeti temsil etmektedir⁹. Ortaçağın sonları, yeniçağın başlarında uzun bir zaman şeridi içerisinde kral ve feodal beyler arasındaki güç mücadelesi Avrupa'da yapısal bir değişikliğe yol açmış¹⁰ ve bu değişiklik, güçlü bir merkezi otoritenin bulunmadığı feodal rejimden, güçlü merkezi krallıklara geçilmesine sebep

⁵ TEZİÇ Erdoğan, Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi Paneli, İstanbul 05.05.1986, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 21, s. 10; KÖNİ Hasan, Milli Egemenlik Kavramının Fikri Gelişmesi Paneli, Samsun, 22.04.1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 17, s. 36; KAPANİ Münci, Politika Bilimine Giriş, Ankara 1983, s. 38; Bazı yazarlar ise söz konusu konularla ilgili görüşlerin 18. Yüzyıldan sonra ortaya çıkmaya başladığını kabul etmektedirler. KODAMAN Bayram, Milli Egemenlik Kavramının Fikri Gelişmesi Paneli, Samsun, 22.04.1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 17, s.25; ALDIKAÇTI, s. 15.

⁶ CİN Halil, Milli Hakimiyet ve Atatürk, Konya, 1985, s. 2; KAPANİ s. 48; GÜRBÜZ, S. 29.

⁷ ÖZÇELİK Selçuk, "Avrupa Feodalitesinin Siyasi ve İktisadi Mahiyeti", İ.H.F.M., c. XVI, sy. 1-4, 1950, s. 325.

⁸ CİN Halil / AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 30; STRAYER Joseph R., "Feudalism in Western Europe", Feudalism in History, Connecticut 1965, s. 18; SARICA Murat, Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekaletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş, İstanbul 1969, s. 10-11.

⁹ CİN / AKYILMAZ, s. 31; ÖZÇELİK, s. 325-326.

¹⁰ SEIDLER, s. 71.

olmuştur. Böylelikle ulus devlet doğmuştur¹¹. Bu uzun ve çetin mücadele sırasında egemenlik kavramı, krallar tarafından ülke içinde kendi iktidarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında da kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade eden bir hukuki formüle dönüşmüştür¹².

Egemenlik kavramını tanımlayarak, sistematik bir hale koyan ve bir teori haline getiren Fransız hukukçu Jean Bodin¹³ olmuştur. Bodin, "Devletin Altı Kitabı" (Les Six Livres de la Republique) isimli eserinde egemenliği, içte insanlar üzerinde sınırlanamayan mutlak ve üstün bir iktidar, dışta ise bağımsız bir kudret olarak tanımlamıştır¹⁴. Ancak Bodin'in ortaya attığı egemenlik kavramı bugün anladığımız manada bir egemenlik kavramı değildir, yalnızca güçlü bir kralın gücünü daha da artırmak, merkezi gücü daha da geliştirmek amacına hizmet etmektedir¹⁵. Dolayısıyla bu tanım bölünmez, devredilmez, tek elde toplanan bir egemenlikten bahsetmektedir.

Egemenliğin tek sahibini kral olmaktan çıkararak ve egemenliğe halkı ortak edenlerden birisi İngiliz düşünür John Locke'dur. Locke, toplumsal sözleşme kavramından hareketle, liberal devlet teorisini oluşturmuş ve kuvvetler ayrılığı fikrinin modern çağda ilk belirtilerini ortaya koymuştur¹⁶. Fransız düşünür Montesquieu ise 1748'de yayımlanan "Kanunların Ruhunu" (De l'Esprit des Lois) isimli eserinde, bir devlette fertlerin hak ve hürriyetlere sahip olabilmelerinin, hürriyet düzeni içerisinde yaşayıp, hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınmasının yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrılmasıyla mümkün olabileceğini savunmuştur¹⁷.

¹¹ TEZİÇ, s. 10.

¹² KAPANİ, s. 35.

¹³ SCHINDLER, s. 112; BENN Stanley / PETERS Richard, Social Principles and the Democratic State, London 1958, s. 257.

¹⁴ AKIN F. İlhan, Kamu Hukuku, İstanbul 1980, s. 95-96; ÖZAY İl Han, "XVI: Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar - Çağrışımlar", İHİD, y. 1, sy. 2, 1980, s. 75; OKANDAN, s. 523; KAPANİ, s. 35.

¹⁵ KÖNİ, s. 34.

¹⁶ ALDIKAÇTI Orhan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi Paneli, İzmir, 12.05.1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 23, s. 17. AKYILMAZ Bahtiyar, "Tarihin Gelişimi İçinde ve Özellikle Montesquieu'da Kuvvetler Ayrılığı", Prof. Dr. Halil CİN'e . Hizmet Yılı Armağanı, s. 21. Locke'un teorisinde en üstün iktidarın yetkileri keyfi ve sınırsız değildir. Siyasi toplum bir sözleşme sonucunda teşkil edilmiştir ve belli bir amacı vardır. Bu amaç da siyasi toplumun kurucusu ve üyesi olan fertlerin topluma dahil olurken kendilerine sakladıkları vazgeçilmesi imkansız olan can güvenliği, mülkiyet gibi haklarının serbestçe kullanılmalarının sağlanması ve teminat altına alınmasıdır. Eğer devlet, kendisine tanımış olan üstün iktidarı bu amaçlara aykırı şekilde kullanırsa, toplumsal sözleşmeye uymamış ve onu bozmuş olur. OKANDAN Recai Galip, Devletin Menşei, İstanbul 1945, s. 94; AKBAY Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara 1958, s. 31; DEL VECCHIO Del Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri (Çev. Sahir Erman), İstanbul 1952, s. 98; KAPANİ, s. 32.

¹⁷ ALDIKAÇTI, s. 17; Geniş bilgi için bkz. AKYILMAZ, s. 49 v.d.

Halk egemenliği teorisi¹⁸,nin kaynağını ise Jean Jacques Rousseau'nun "Sosyal Sözleşme" (Contract Sociale) isimli eseri oluşturmaktadır. Rousseau'nun sosyal sözleşme teorisine göre insanlar tabiat halinde fiilen sahip oldukları bütün haklarından toplum lehine vazgeçerek bu hakların hepsini topluma devretmektedirler¹⁹. Sosyal sözleşme ile bütün kuvvet ve kudretlerini "genel irade" denilen tek bir iradenin yüksek idaresi altında birleştiren halk kolektif bir varlık vücuda getirmektedir ve toplumda herkes genel iradeye tabidir. Sosyal sözleşmeye göre kurulmuş devlette kanunlar genel iradenin ifadesidir. Genel irade topluluk içinde egemen kudrete sahiptir ve egemenlik halkın genel iradesi demektir. Bu nedenle bölünemez, devredilemez, sınırlanamaz²⁰. Rousseau'ya göre 10 bin vatandaştan oluşan bir devlette egemenlik kolektiftir, her vatandaş egemenliğin 10 binde 1'ine sahiptir; her vatandaş aynı zamanda hem egemen hem de üstün egemenliğe boyun eğendir. Kendisi egemenliğin 10 binde birine sahiptir ama bu hisseyle egemenliğin tümüne katıldığından tümünün gücüne de sahip olur²¹.

Rousseau'nun halk egemenliği kavramına karşılık Fransız İhtilali'ni gerçekleştiren ve burjuva olarak nitelendirilen öncü güç, egemenliğin bütün bir millete ait olduğunu ifade etmiştir²². Fransız İhtilali'nin ürünü olarak kabul edilen milli egemenlik teorisinde egemenliğin, yani ülke içindeki en yüksek buyurma kudretinin sahibi millettir. Bu teoride millet, bir tüzel kişi olarak nitelendirilmekte ve halk kavramından ayırđ edilmektedir. Halk belli bir anda belli bir ülkede yaşayan insanların toplamı olduğu halde millet, sadece halkla özdeşleştirilemeyen, milli topluluğun geçmişini ve geleceğini içine alan ayrı bir varlık, bir tüzel kişidir²³.

26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'nin 3. Maddesinde de "Egemenlik millete aittir. Hiç bir fert veya

¹⁸ Milli egemenlik ile halk egemenliği kavramının birbirinden ayrı olduğu Carre de Malberg tarafından ileri sürülmüş ve pek çok kamu hukukçusu tarafından da kabul görmüştür. ÖZÇELİK s. 80.

¹⁹ ABADAN Yavuz, Devlet Felsefesi, Seçilmiş Okuma Parçaları, Ankara 1959, s. 367; ERİM Nihat, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara 1942, i, 192.

²⁰ ROUSSEAU, Sosyal Sözleşme, (Çev. Vedat Günyol), MEB Yayınları, No. 875, İstanbul 1989, s. 31; LÜTEM İlhan, Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Ankara 1947, s. 22; SABINE George, Yeni Çağ, (Çev. Alp Ökten), c. 3, Ankara 1969, s. 278-279; ARSAL Sadri Maksudi, Hukuk Felsefesi Tarihi, Ankara 1946, s. 217-218; HUGHES Paul / FRIES Robert, Readings in Western Civilization, Ames-Iowa, 1956, s. 146-147.

²¹ GÜRBÜZ, s. 31; TEZİÇ, s. 11; HUGHES / FRIES, s. 146-147.

²² TEZİÇ, s. 12.

²³ ÖZBUDUN Ergun, 3. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Paneli, Ankara 24.04.1987, TBBM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No 31, s. 20.

uzuv ve makam milletten gelmeyen otoriteyi kullanamaz"²⁴; ilkesi konularak milli egemenlik pozitif bir hukuk müessesesine dönüştürülmüştür. 3 Eylül 1791 tarihli Fransız Anayasası da "egemenlik tekdir, bölünemez, vazgeçilemez, zamanaşımına uğramaz. Egemenlik millettir, halkın hiç bir bölümüne, bir kişiye devredilemez, bütün yetkiler yalnızca millettendir"²⁵ derken aynı ilkeyi vurgulamıştır.

III. ESKİ TÜRKLERDE EGEMENLİK ANLAYIŞI

İslamiyet'ten önceki Türk Devletlerinin egemenlik anlayışı Osmanlı Devleti'nin egemenlik anlayışını biçimlendiren en önemli unsurlardan birisi olmuştur. Bu sebeple Türk devletlerinin egemenlik anlayışlarının üzerinde durmak yararlı olacaktır.

Türklerin İslam öncesi egemenlik düşüncesinde egemenliğin kaynağı ilahidir ve Gök Tanrı'dır²⁶. VII-IX. Yüzyıllarda Göktürkler ve Uygurlardan kalan belgeler, yazıtlar ve kağanların ünvanları, yalnız hanlık egemenliğinin değil, han'ın şahsının da kutsal karakter taşıdığını belirtmektedir²⁷. Belgelere göre han kut taşımaktadır ve aynı anlayış Milattan önceki Hun İmparatorluğunda da mevcuttur. Bilge Kağan Orhun Kitabelerinde "Tengri yarlıkadun için (ö)züm katum bar için kağan olırtım" derken hanlığını Tanrının inayetine ve şahsındaki kuta dayandırmaktadır²⁸.

Asya Hun İmparatoru'nun ünvanı, "Gök Tanrı tarafından tahta çıkarılmış Hunların büyük hakanı" olarak geçmektedir²⁹. Aynı ünvan ve anlayış değişik ifadelerle de olsa diğer Türk devletlerinde de devam etmektedir. Bilge Kağan Orhun Kitabelerinde kendisini "Ben Tanrı'ya benzer Gök tarafından tahta çıkarılmış Bilge Kağan" ifadeleriyle tanıtırken,

²⁴ Art. 3 "The source of sovereignty lies essentially in the Nation. No corporate body, no individual may exercise any authority that does not expressly emanate from it". BRAHAM Randolph L., Documents on Major European Governments, New York 1966, s. 58.

²⁵ GÜRBÜZ s. 30.

²⁶ ARSAL Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 265-266; CİN / AKYILMAZ, s. 169; KODAMAN, S. 28.

²⁷ İNALCIK Halil, "Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hakimiyet Telakkisiyle İlgisi", SBFD, c. XIV, sy. 1, 1959, s. 73; MUMCU Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 36.

²⁸ İNALCIK, s. 74. Karşı görüşe göre hakan mukaddes bir kimse değil, ulu mübarek bir kimsedir. Hakanın Allah tarafından seçilerek kendisine kut verilmesi teokratik bir anlam taşımayıp daha ziyade Allah'ın böyle takdir etmiş olmasıyla açıklanabilir. AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1996, s. 13.

²⁹ ÖGEL Bahattin, Türklerde Devlet Anlayışı, (13. Yüzyıl Sonlarına kadar), Ankara 1982, s. 40.

Uygurlarda “Gün ve Ay Tanrı’dan kut bulmuş kağan” ünvanına rastlanmaktadır³⁰.

Eski Türklerde han ünvanını ancak Tanrı’nın kut göndermiş olduğu bir soy taşıyabilir, dolayısıyla hanlık belirli bir aileye verilmiştir ve bu ailenin üyeleri irsi olarak yöneticilik hakkına sahiplerdir³¹. Kendisine Tanrı tarafından kut verilmiş olan ailenin bütün erkek üyeleri aynı kanı taşıdıklarından, hepsi hükümdar olmak bakımından eşit konumdadırlar³². Bu sisteme eski Türklerde “Ülüş” sistemi denilmiştir³³. Böylelikle egemenliğin kaynağı tek olmakla birlikte, siyasi hayatta egemenlik parçalanabilmekte ya da bölünebilmektedir. Ülüş sistemi gereğince ülke doğu-batı (Göktürkler), güney-kuzey (Hunlar), iç-dış (Oğuzlar) şeklinde ikiye ayrılmakta ve bir kısmının idaresi hakana bırakılırken, diğer kısım hükümdar ailesinden bir kişi genellikle de hakanın kardeşi tarafından idare edilmektedir³⁴. Burada kayda değer olan nokta imparatorluğun hanedan üyeleri arasında özel mülk kurallarına tabi tutularak üleşilmesidir³⁵. Oğuz Han menkıbesi, ülkenin oğullar arasında taksimi geleneğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Önemle vurgulanması gerekir ki her ne kadar Türk devletleri ikiye ayrılmakta ise de egemenlik daima bir tarafta olmakta, diğeri ona tabi bulunmaktadır. Örneğin Göktürklerde hakan doğuya hükmetmekle birlikte, batı da ona tabi bulunmaktadır. Ögel bu tür idareye “koşulu kağanlık” ismini vermiştir ki burada koşulu diğer tarafa bağlı anlamındadır³⁶. Yalnız ülüş sisteminin Türk devletlerinin kısa zamanda parçalanmasına sebep olduğu da bir gerçektir.

Bir diğer önemli nokta İslamiyet’ten önceki Türk devletlerinde saltanatın intikali konusunda bir kuralın oluşmaması ve han olmanın hanedan üyelerinin talihine kalmasıdır³⁷. Yani eski Türklerde hanedan içindeki en yaşlı erkek üyenin ya da hanın oğullarından en büyüğünün tahta geçmesi gibi bir ilke yerleşmemiş, oğullar ve kardeşlerin aynı derecede tahta geçme hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir. İşte bu nokta da hakan öldüğü zaman yerine kimin geçeceği konusunda kurultay ve seçilecek kişinin şahsi özellikleri önemli rol oynamaktadır. Han öldüğü zaman beylerden oluşan kurultay hakanı seçer hatta bazı kaynaklara göre bu seçime

³⁰ ÖGEL, s. 40-56; AYDIN, s. 13.

³¹ İNALCIK, s. 74; MUMCU, s. 36; CİN Halil, Milli Hakimiyet ve Atatürk, Konya 1985, s. 3.

³² MUMCU, s. 186.

³³ İNALCIK, 82 v.d.

³⁴ AYDIN, s. 14.

³⁵ İNALCIK, s. 83.

³⁶ ÖGEL Bahattin, Türk Kültürünün Gelişme Çağları, İstanbul 1988, s. 440-441.

³⁷ MUMCU, s. 186; İNALCIK, S. 70, Bilge Kağan kendisine ait kitabede “Tanrı irade ettiği için ve kendi talihim olduğu için hakan mevkiine oturdum” der.

kurultayın toplandığı yerdeki halkta katılabilir³⁸. Burada unutulmaması gereken nokta herkesin seçilme hakkına sahip olmaması, seçimin han ailesine mensup kişiler arasında yapılmasıdır. Kutadgu Bilig'e göre "Tanrı kime beylik işini verirse, ona işi ile mütenasip akıl ve gönül de verir"³⁹. İyi bir han memleketini düzene sokar, halkını zenginleştirir, devletin hazinesini doldurur, düşmana boyun eğdirir, yeterli bilgi ile memleketi idare eder⁴⁰. Tüm bu özelliklerden anlaşılacağı üzere Han'ın belirlenmesinde liyakatin özel bir önemi vardır. Bunu takdir edecek olan da kurultaydır. Yeni hakanın seçildiği kurultayda hakan ak bir keçenin üzerine oturtulur ve dört uruğ beyi ak keçenin birer ucundan tutarlar ve hakana ne kadar süre görevde kalacağı sorulur, adil bir yönetim göstereceğine dair söz verdirilir. Bu tören sırasında yapılanlar adeta bir çeşit yetki devri niteliğindedir⁴¹.

Eski Türk devlet anlayışına göre il'in (devlet) mevcudiyeti hakimiyetin varlığına bağlıdır ve hakimiyet esas itibariyle birlikte Han'da toplanmakla birlikte beyler ve halk (budun) da kısmen hanın egemenliğini sınırlandırabilmektedir. Arsal'a göre hakimiyetin odak noktası handır, beyler daha sınırlı bir şekilde, halksa muayyen zamanlarda egemenlik yetkisini kullanabilir⁴².

Eski Türklerde hanın yetkilerine baktığımız zaman, siyasi ve idari yapının en üstünde bulunan ve mutlak yetkilere sahip olan bir şahsiyet olduğunu görürüz. Herkes hana itaat etmekle mükelleftir. Han ili törelere göre idare eder, yeni kanunlar koyabilir, yüksek memurları tayin ve azledebilir, savaş zamanı ordunun kumandanıdır, yargı yetkisi vardır, gerek gördüğünde bazı suçluları bizzat kendisi yargılar⁴³. Bu yapıda kurultay sahip olduğu egemenlik parçasını hakanı görevlendirerek kullanır. Burada bir seçim ya da onama mekanizması söz konusudur ve hakanın meşruiyet temelini hazırlamaktadır⁴⁴. Bunun dışında yılda üç kez toplanan kurultaylarda idari ve askeri kararlar alınsa ve törede değişiklikler yapılsa da esas itibariyle egemenliğin sahibi Han'dır. Han ile budun (halk) arasındaki ilişki ise egemenliğin paylaşılmasından ziyade Han'ın millete karşı ödevlerinin, sorumluluklarının olması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Türk devlet geleneğine göre Hakan'ın en önemli görevi ise adil bir yönetim

³⁸ ARSAL, s. 270.

³⁹ Yusuf Has Hacib, Kutadgu Bilig, (Çev. Reşit Rahmeti Arat), Ankara 1988, md. 193.

⁴⁰ Kutadgu Bilig, md. 1925-1927.

⁴¹ HASSAN Ümit, "Eski Türk Devletlerinde Halk-Yönetim İlişkileri", 3. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Paneli, Ankara, 24.4.1997, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 31, s. 42.

⁴² ARSAL, s. 226.

⁴³ ARSAL, s. 269; MUMCU s. 23; AYDIN, s. 15.

⁴⁴ HASSAN, s. 41.

izlemek, adil davranmaktır⁴⁵. Siyasal tahlilde Hakan ve beyler bir tarafta, kendilerine budun denilen halk öte yandaymış gibi statik ayrımlar da çok fazla anlamlı değildir. Zira Hakan sürekli olarak budunla sıcak ilişkiler içinde olmayı, onların mutluluk ve refahını sağlamayı hedeflemektedir.

IV. İSLAM HUKUKUNDA EGEMENLİK ANLAYIŞI

İslam'a göre egemenliğin sahibi Allah'tır. Kur'an bu konuyu çok açık ve kat'i bir şekilde ortaya koymaktadır⁴⁶. Kur'an Allah'ın insanlar üzerinde ortağı, rakibi olmaksızın hakimiyet hakkına sahip olduğunu tekrar tekrar beyan eder⁴⁷. Kur'an'a göre kadir-i mutlak olan Allah'tır. Hiç kimseye başvuramaz, hiç kimseye hesap vermez. Bütün otoritenin kaynağı ve sebebi O'dur. Otoritesi ve kudreti sınırlanamaz, kısıtlanamaz olan tek O'dur⁴⁸.

İslam'da hakimiyetin gerçek sahibi Allah olmakla birlikte İslam toplumunu yönetmek üzere bir vekil tayin edilmiştir ki bu da halifedir. Halife hiç bir zaman egemenlik hakkının gerçek sahibi değildir. Çünkü Allah bu hakkı kimseye devretmemiştir. Halife en fazla, Allah'ın resulü olan peygamberin halefi olmak sıfatıyla, İslam toplumunu yöneten bir devlet başkanıdır. Toplumunu yönetme hakkı da şeriatla sınırlanmıştır. Yetkileri hiç bir zaman sınırsız değildir, çünkü halife egemenliğin doğrudan doğruya sahibi değildir⁴⁹.

İslam hukukuna göre halife seçilecek kişilerin belirli özelliklere sahip olmaları gerekir⁵⁰. Ancak gerek Kur'an-ı Kerim'de gerek Peygamberin sünnetinde devlet başkanının seçimi ile ilgili doğrudan bir hüküm yoktur. Sünni hukukçular halifenin tespitinde seçim ve veliahd usulünü (yani halifenin kendisinden sonra gelecek kişiyi tayin etmesi) meşru yollar olarak kabul etmişlerdir⁵¹.

⁴⁵ HASSAN, s. 42.

⁴⁶ MEVDUDİ Ebul-a'la el, İslam Anayasası Tedvini Esasları, (Çev. İhsan Toksarı, İstanbul 1969, s. 20 v.d.; KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuk, c. I, İstanbul 1986, s. 58-59.

⁴⁷ Allah'ın mutlak hakimiyetini ifade eden ayetler Kur'an-ı Kerim'in çeşitli yerlerine serpiştirilmiştir. "De ki: Ey mülkün sahibi Allah, mülkü kimden dilersen ondan alırsın, kimi dilersen onun kadrini yükseltir, kimi dilersen onu alçaltırsın, hayır yalnız senin elindedir; şüphesiz ki Sen her şeye kaadirsın" Al-i İmran: 3/26; "Haberiniz olsun ki yaratmak da emretmek de O'na mahsustur", El-A'raf, 54. Ayet; "Dilediğini yapıcıdır", Hud, 107. Ayet.

⁴⁸ MEVDUDİ, s. 20; Ebu'l-a'la MEVDUDİ, İslam Nizamı, İstanbul 1978, s. 291.

⁴⁹ ÜÇÖK Coşkun / MUMCU Ahmet / BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 169; MEVDUDİ, İslam Nizamı, s. 295; MUMCU s. 185.

⁵⁰ Halife olacak şahıs müslüman, temyiz kudretine sahip, baliğ, erkek, adil, kifayet sahibi, vücutça sağlam ve bazı tartışmalar olmakla birlikte Kureyş kabilesinden olmalıdır.

⁵¹ ÖZÇELİK Selçuk, "İslam Hukukuna Göre Hükümdarın Hukuki Durumu", İ.Ü.H.F.D. Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 551 v.d.; CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. I, Kamu Hukuku, İstanbul 1990, s. 208-209; AYDIN, s. 129 v.d.;

Nazari olarak halifelik hemen hemen tamamen dünyevileştirilmiş bir kurumdur ve halife tek olmalıdır. Yani İslami anlayışa göre egemenlik bölünemez⁵². Halife olacak şahsın devlet reisliği makamına geçmesini temin eden siyasi bir mukavele (imamet sözleşmesi), söz konusudur. Bu sözleşme hükümdarı seçme özelliği ve yetkisi olan ehl-i hall ve'l akd⁵³ ile halife olmak için gerekli şartlara sahip olan şahıs arasında inikad eder⁵⁴. İmamet sözleşmesi biraz önce belirttiğimiz gibi biat ve veliaht usulü ile kurulur, halife halifelik özelliklerini kaybederse aradaki sözleşme de sona erer.

İslam devletinde halifeler her ne kadar egemenliğin gerçek sahibi olmasalar da geniş yetkiler kullanmışlardır. Halifeler sınırlı yasama yetkisinin yanısıra⁵⁵ yürütme ve yargı yetkisine sahip olmuşlardır.

IV. OSMANLI DEVLETİ'NDE EGEMENLİK ANLAYIŞI

Osmanlı Devleti'nin egemenlik anlayışı değişik dönemlerde farklı özellikler göstermiştir. Fatih'e kadar hakim olan egemenlik anlayışı Fatih'le birlikte önemli değişikliklere uğramıştır. Ancak 1876'da Kanuni Esasi yürürlüğe konuluncaya kadar esas itibariyle egemenliğin tek sahibi olarak padişah görülmüştür. Bununla beraber 1860'lardan itibaren Fransız İhtilali'nin de etkisiyle millet egemenliği-halk egemenliği kavramları bir kısım Osmanlı aydınları tarafından telaffuz edilmeye başlanmıştır. 1876 yılında Kanuni Esasi'de her ne kadar hakimiyetin Osmanlı sülalesine ait olduğu belirtilse de yavaş yavaş egemenliğe yeni ortaklar belirlenmeye başlamıştır. II. Meşrutiyet döneminde yapılan 1909 değişiklikleri ile ise artık egemenlik padişahdan halka doğru yola çıkmıştır.

1. Fatih'e Kadar Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Anlayışı

Osmanlı Devleti'nin kurucusu olan Osman Gazi bir taraftan Kayı boyu ve Oğuz kolu yoluyla Türk hakimiyet anlayışına⁵⁶, öte taraftan da

AYDIN Mehmet Akif, "Devlet Başkanının Tayin Usulü", İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 145 v.d.

⁵² MUMCU, s. 185.

⁵³ "Ehl-i hall ve'l akd" kelime anlamı olarak bir meseleyi bağlayıp çözenler demektir. Maverdi ve Ebu ya'la el-Ferra halifeyi seçecek kişilerin alim, adil, rey ve tedbir sahibi olmaları gerektiği görüşündedirler. AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 129-130. Sünni hukukçular halifeyi seçecek ehl-i hall ve'l akd'in sayısı konusunda görüş birliği içinde değillerdir. Bir kişinin seçmesi yeterli diyenler olduğu gibi, seçici heyetkilerin çoğunluğunun ya da devlet merkezindeki ehl-i hall ve'l akd'in seçmesi gerekir diyenler de vardır. AYDIN, Devlet Başkanının tayin usulü, s. 145-146.

⁵⁴ ÖZÇELİK, Hükümdar, s. 144; KHADDURI Majid, War and Peace in the Law of Islam, Baltimore 1955, s. 11 v.d.; AYDIN, Devlet Başkanının Tayin Usulü, s. 145 v.d. MEVDUDI, İslam Nizami, s. 312.

⁵⁵ İslam hukukunda kanun koyucu Allah ve O'nun peygamberi olduğu için halifenin yasama yetkisi sınırlıdır ve asli kaynaklar da düzenleme yapılmamış olan konularda örfi hukuk yapma yetkisi vardır.

kendisine hakimiyetin sembolü olan bayrak, kılıç, at ve davul yollayan ve otoritesini Abbasi halifesinden alan Selçuklu Sultanı vasıtasıyla İslami hakimiyet anlayışına bağlanarak bir senteze ulaşmaya çalışmıştır⁵⁷. Ancak Fatih'e kadar olan dönemde eski Türk devletlerinin egemenlik anlayışı kabul edilerek hanedanın bütün erkek üyelerinin padişah olma konusunda eşit hakka sahip oldukları ilkesi geçerli olmuş (ülüş sistemi) ve tahta kimin geçeceği konusunda kesin bir kural konulamamıştır⁵⁸. Burada önemle vurgulanması gerekir ki Osmanlı Devleti'nde hükümdar olabilme ve dolayısıyla egemenlik hakkı Osmanlı ailesinin erkek üyelerine aittir. Bu egemenlik anlayışı o kadar yerleşmiştir ki Osmanlı hanedanını devletin başından uzaklaştırmak yolunda Osmanlı tarihi boyunca ciddi bir harekete rastlanmamaktadır⁵⁹. Eğer bir hoşnutsuzluk varsa bu tahttaki padişaha karşı gösterilmiş, o tahttan indirilirken Osmanlı ailesinden bir başka kişi padişah olmuştur⁶⁰.

Fatih'e kadar olan dönemi egemenlik kavramı açısından tahlil edersek üç önemli özelliğin altını çizmemiz gerekir. Bu özelliklerden birincisi yukarıda da belirttiğimiz gibi ülkenin hükümdar ailesinin ortak malı kabul edilmesi, buna karşılık tahta kimin geçeceği konusunda kesin bir kural konulamamasıdır. Eski Türklerdeki üleş sistemi geçerliliğini korumaktadır. Bu yüzden Osman Bey yönetimi ele geçirme hakkını kendisinde gören amcası Dündar Bey'i öldürmek zorunda kalmıştır⁶¹. Olay son derece dikkate değerdir ve devletin kuruluş anında Orta Asya egemenlik anlayışına bağlı olduğunu göstermektedir. Zira amca da yeğeni kadar beylikte hakkı olduğunu iddia etmiştir. Osman Bey'in yerine büyük oğlu Orhan Bey

⁵⁶ Bu konudaki rivayetler özellikle II. Murad'ın ilk saltanat yıllarında ortaya çıkmış olan tarihi terkiplerde görülmektedir. Bu terkiplerde Osman Bey'in soyunu Oğuz Han'a çıkaran bir şecere düzülmüştür. Osman Gazi, Oğuz Han'ın büyük oğlu Günhan'ın oğlu Kayı Han'dan inmektedir. İNALCIK, s. 78.

⁵⁷ KODAMAN, s. 28-29.

⁵⁸ Hükümdar çıkarma hakkını elinde tutan bir ailenin hangi üyesinin tahta oturacağını belirlemek için çeşitli yöntemler vardır. Bunlar; 1. Hükümdarın en büyük oğlunun onun yerine geçmesi (Primogenitur yöntemi) 2. Ailenin en yaşlı üyesinin tahta çıkması (Seniorat yöntemi) 3. Hükümdarın yerine geçecek olan kişiyi ailenin önceden belirlemesi 4. Devlet ileri gelenlerinin aile içinden birini seçmeleri.

⁵⁹ Günümüzde bazı çalışmalar II. Mahmud döneminde Kavalalı Mehmed Ali Paşa'nın düpedüz bir hanedan değişikliği denemesinde bulunduğunu iddia etmektedirler. Bkz. Mehmet Şükrü, *The Foreign Policy of Mahmud II and the First Mehmed Ali Crisis 1808-1833*, London School of Economics 1989 (Doktora Tezi)

⁶⁰ UÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 182.

⁶¹ UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi c.I*, Ankara 1988, 103-104; DANİŞMEND İsmail Hami, *İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, c.I*, İstanbul 1947, s. 6-7.

babasının vasiyeti ve Ahiler topluluğunun kararıyla hükümdar olmuştur⁶² (1324). Orhan Bey'in tahta geçmesi ülüş sisteminin büyük oğula tanıdığı imtiyazın bir sonucudur⁶³. Orhan Bey'den sonra ise Murad, İbrahim Bey'den küçük olduğu halde, güçlü kişiliği dolayısıyla devlet ileri gelenlerinin (ahiler-vezirler) önerisi ile hükümdar olmuştur. Fakat Murad'ın kardeşleri Halil ve İbrahim bu seçime itiraz ederek başkaldırmışlardır⁶⁴. I. Murad'ın oğlu Savcı Bey'in babasına isyan etmesi ve bunun sonucunda katlettilmesi Osmanlı egemenlik anlayışı açısından son derece dikkate değerdir ve padişahın oğlunun, babası hayattayken bile egemenlik üzerinde hak iddia etmesinin mümkün olduğunu göstermektedir⁶⁵.

I. Murad'ın oğlu olan Yıldırım Bayezid büyük evlat olduğu için değil, üstün nitelikleri dolayısıyla savaş alanında devlet ileri gelenlerince padişah seçilmiş ve gene onların kararı ile saltanatta söz sahibi olmaması için kardeşi Yakub Bey'i öldürtmüştür⁶⁶.

I. Bayezid'i takip eden Fetret Devri, eşit derecede egemenlik hakkına sahip şehzadelerin kanlı didişmelerine yol açmış, Çelebi Mehmed tarafından İsa ve Musa, Musa tarafından da Süleyman katledilmiş ve I. Mehmed devletin birliğini yeniden kurmuştur⁶⁷. 1421 yılında Ölmeden önce büyük oğlu Murad'ı padişah yapmalarını devlet büyüklerine öneren I. Mehmed'in isteği kabul edilmişse de II. Murad'a karşı amcası ve kardeşi direnmişlerdir. II. Murad'ın yerine hükümdar olan ve çok güçlü kişiliği ile merkezi Osmanlı padişahı tipini yaratan II. Mehmed bile tahta geçme konusunda belirli bir kural koyamamıştır.

Fatih'e kadar büyük oğlun hükümdar olması konusunda bir eğilim mevcut olsa da bir kural halini alamamıştır. Eski Türk adetlerine göre büyük oğula sınır kuvvetlerinin kumandası verildiğinden beyliğe genellikle büyük oğullar geçmiştir. Osmanlı Devleti'nde de ilk devirlerde esas kuvvetler

⁶² UZUNÇARŞILI, c.I, s. 496-497; ÖZCAN Abdülkadir, "Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi", İ.Ü.E.F. Tarih Dergisi sy. 33, İstanbul 1982, s.17.

⁶³ İNALCIK, s. 87-88.

⁶⁴ UZUNÇARŞILI, c.I, s.160 v.d.; DANIŞMEND, c.I, s. 33; İNALCIK, s. 91.

⁶⁵ MUMCU, s. 190; DANIŞMEND, c. I, s. 69; UZUNÇARŞILI, c. I, s. 142 v.d.; ÖZCAN s. 17.

⁶⁶ ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 183; ÖZCAN, s. 17-18; MUMCU, s. 190-191; İNALCIK, s. 82; İNALCIK Halil, Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, SBFD, c. XIII, sy. 2, 1958, 115; DANIŞMEND, c. I, s. 83. Kosova savaşı devam ederken düşmanla savaşıyan Yakup Çelebi'nin öldürtülmesinin sebebi Orta Asya devlet anlayışıdır. Bu kardeşin de tahtta eşit hakkı bulunduğunu bilen devlet erkanı, o kritik durumda ordunun bir bölümünü elinde tutan bu şehzadenin babasının ölümünden haberdar olmasını yerinde görmeyerek boğdurulmasına karar vermiştir.

⁶⁷ UZUNÇARŞILI, c. I, s. 338-344; DANIŞMEND, c. I, s. 152-166.

Osmanlı Devleti'ne yerleştirmektir. Ancak henüz Osmanlı ailesi içinden kimin tahta geçeceği konusunda kesin bir kural geliştirilememiştir.

Fatih'in merkezi otoriteyi güçlendirmek ve egemenliğe ortak olabilecek yeni grupların ortaya çıkmasını önlemek için aldığı tedbirlerden birisi de "kul"⁷⁶ sistemini yaygın bir biçimde uygulayarak önemli devlet adamlarını ve özellikle vezir-i azamları kullar arasından seçmesidir⁷⁷. Fatih devrine kadar önemli devlet görevlileri özellikle vezirler ve vezir-i azamlar Müslüman-Türk soylu aileler arasından seçilmiştir. Güçlü ailelere sahip olan bu devlet adamları bir yandan padişahların geniş yetkilerini sınırlayan bir kontrol mekanizması görevini görürlerken öte yandan da bir önceki alt başlıkta üzerinde durduğumuz gibi hanedan ailesi içinden kimin tahta geçeceğini belirlemede büyük rol oynamışlardır. Hatırlanacağı üzere Çandarlı Halil Paşa II. Mehmed'in ilk hükümdarlığı döneminde tahttan inip bir kez daha babası II. Murad'ın tahta çıkmasına etkili olmuştur. Fatih İstanbul'u fethettikten sonra bu olayın sağladığı büyük prestijle iktidarını fiilen sınırlandıran Çandarlı Halil Paşa'yı ortadan kaldırmıştır⁷⁸. Bu olaydan sonra da vezir-i azamlar güçlü Türk ailelerden değil, kullar arasından seçilmiştir. Padişahın kulu olan devşirme kökenli devlet adamlarına çok geniş yetkiler devredilmiş, buna karşılık padişahın kölesi olarak kabul edildikleri için hakim-i mutlak olan padişahın karşısında can ve mal güvenlikleri olmamıştır. Padişah kullarını herhangi bir direnme ve sorunla karşılaşmadan görevlerinden azledebilmiş, müsadere yoluyla tüm mal varlıklarına el koyabilmiş, yargılanmadan idam edebilmiştir⁷⁹. Çandarlı Halil Paşa'yı azledebilme gücünü Fatih'in ancak İstanbul'u fethettikten sonra bulduğu ve buna rağmen önemli tepkilerle karşılaştığı⁸⁰ düşünülürse,

⁷⁶ Kul sisteminin temeli I. Murad döneminde atılmıştır. Hristiyan reyanın erkek çocukları belirli kurallar çerçevesinde devşirilerek Müslüman-Türk kültürü üzerine yetiştirilmişler, bunların daha yetenekli olanları Saray'daki Enderun Mektebi'nde devlet hizmetleri için eğitilirken, bir kısmı da Acemi Oğlanlar Ocağı'nda yetiştirilerek Yeniçeri Ordusu'na katılmışlardır.

⁷⁷ Çandarlıların işbaşından uzaklaştırılmalarından sonra XVI. Yüzyılın sonlarına kadar Karamani Mehmet Paşa, Çandarlızade İbrahim Paşa, Piri Mehmet Paşa ve Manısalı Mehmet Paşa dışında 34 vezir-i azam devşirme kökenli olup kul sistemi içinde yer almışlardır. UZUNÇARŞILI İ.H., Osmanlı Tarihi, c. II, Ankara 1988, s. 11; Lord KINROSS, The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of the Turkish Empire, New York 1977, s. 147.

⁷⁸ İNALCIK Halil, Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I, Ankara 1987, s. 132-136; İNALCIK, "Mehmet II", s. 511.

⁷⁹ MUMCU, s. 62 v.d.; ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 175-176.

⁸⁰ II. Mehmed Çandarlı'yı öldürmek için kuvvetli sebepler icat etmek mecburiyetinde kalmıştır. Onun İstanbul'un fethedilmesini istemediği ve Bizans'tan rüşvet aldığı yolunda söylentiler yayılmıştır. Ancak buna rağmen ölümü büyük üzüntü uyandırınca kamuoyuna taviz vermek için Çandarlı'nın düşmanlarını yönetimden uzaklaştırmış ve Osmanlı tarihinde devlet adamları için ilk defa görülen bir şey yaparak, müsadere edilen mal

kullardan seçilen vezir-i azamların padişahın gücünü ne kadar çok artırdığı kolayca anlaşılabilir. Bu şekilde padişahın karşısında egemenliği ve iktidarı paylaşacak bir kuvvet bırakmayan Fatih, diğer yandan vezir-i azamın kudretini arttırarak onu padişahın “vekil-i mutlak”ı haline getirmiş⁸¹ ancak hükümdar karşısındaki rolünü hiçe indirerek devlet idaresindeki merkezçiliği ve mutlaklığı koyulaştırmıştır⁸².

Devletin kudreti ve hükümdarın otoritesi arttığı ve egemenliğin bölünmezliği ilkesi kabul edildiği oranda Osmanlı padişahı insan-üstü bir nitelik kazanmaya başlamış, Saray’da dahi ancak sınırlı sayıda kimselere onunla konuşabilme, temas edebilme izni verilmiştir. Fatih, Divan-ı Hümayun toplantılarına başkanlık etmekten vazgeçerek⁸³ tebaasının işlerini kendisine ancak hükümet erkanının arzedebileceğini kanunlaştırmış, kendisi ile konuşma, elini öpme, bir mesele hakkında arzda bulunma haklarını ancak hükümet erkanına ve bazı yüksek Saray hizmetkarlarına bahsetmiştir⁸⁴.

Fatih döneminden başlayarak “egemenliğin bölünmezliği” anlayışının kabul edildiğini söylemiştik. Burada belki şu soru akla gelebilir: Acaba padişah ülkeyi yönetirken egemenliği paylaştığı bir organ var mıdır? Bilindiği üzere yine bu dönemde kurumsallaşmasını tamamlamış olan Divan-ı Hümayun’un hem yasama, hem yürütme hem de yargı yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla padişahla birlikte egemenliğe ortak olduğu düşünülebilir. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki çağdaşı devletlerde ortaya çıkan Curia Regis, Magnum Concilium gibi organlar feodal beylerden oluştuğu için kralın egemenlik hakkına ortak olan kurumlar olarak belirdikleri halde, padişahın egemenlik ve yönetim hakkının kullanılmasına yardımcı olan, bizzat padişah tarafından tayin edilen görevlilerden oluşan Divan-ı Hümayun’un böyle bir fonksiyonu yoktur⁸⁵.

Fatih’in ölümünden sonra yerine büyük oğlu II. Bayezid geçmiş ancak kendisini ağabeyi ile tahta geçmekte eşit gören kardeşi Cem Sultan’la yıpratıcı bir mücadele içine girmiştir. II. Bayezid’in daha hayattayken, küçük

varlığını mirasçılara geri vermiştir. MUMCU, s. 65; UZUNÇARŞILI, c. I, s. 219-220, c. II, s. 9 v.d.

⁸¹ ÖZCAN, s. 33-34; İNALCIK Osmanlı Padişahı, s. 77.

⁸² MUMCU, s. 39; İNALCIK, “Mehmet II”, s. 512; İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 77.

⁸³ Fatih döneminden itibaren padişahlar yavaş yavaş divandan çekilseler de Kanuni Süleyman’a kadar zaman zaman Divan-ı Hümayun toplantılarına başkanlık ettikleri görülmektedir. Hükümdarın Divan-ı Hümayun başkanlığından kesinlikle ayrılması Kanuni döneminde olmuştur. MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986, s. 40.

⁸⁴ İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 72. Fatih’in yaptığı değişikliklere örnek olarak kanunnamesinden şu madde nakledilebilir: “Ve Cenab-ı Şerifim ile kimesne ta’am yemek kanunum değildir. Meğer ki ehli iyalden ola. Ecdad-ı izamım vüzerasıyle yerler imiş. Ben ref etmişimdir. ÖZCAN, s. 45.

⁸⁵ CİN/AKYILMAZ, s. 197.

oğlu Selim'in aynı anlayışla başkaldırıp, babasını tahttan indirerek hükümdar olması ilginç bir gelişmedir⁸⁶. Yavuz Sultan Selim Memluklere karşı ilk zaferi kazanır kazanmaz Hadim'ül-Haremeyn-iş-Şerifeyn (Mekke ve Medine'nin Hadimi) unvanını kullanmış ve Abbasi soyundan gelen halife Al-Mütevekkil'i yanına alarak İstanbul'a göndermiştir. Selim Kahire'yi aldıktan sonra Mekke Şerifi Abu Numeys oğlu ile Haremeyn'in anahtarlarını göndererek bağlılığını bildirmiştir. Selim, Hilafetin başlıca alametleri sayılan peygamberin hırkası, bayrağı ve diğer mübarek emanetleri İstanbul'a göndererek özel bir hazineye koydurmuştur. Ardından da Al-Mütevekkil Ayasofya Camii'nde hilafeti resmen Selim'e terk ve ferağ etmiştir⁸⁷. Böylelikle Osmanlı padişahlarının güçleri ve egemenlik alanlarının sınırları daha da genişlemiştir.

1520 yılında Yavuz Sultan Selim ölünce Süleyman'dan başka erkek çocuğu olmadığı için kimin padişah olacağı sorunu da ortaya çıkmamıştır. I. Süleyman'ın tahta çıkmasıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde egemenlik anlayışı açısından önemli bir gelenek başlatılmıştır. Artık Osmanlı padişahları aynı zamanda halife unvanını da taşıdıkları için tahta çıkmaları esnasında (cülusta) halifelerin göreve başlamaları için gerekli olan biat merasiminin aynen uygulandığı ve buna "cülus merasimi" dendiğini görüyoruz⁸⁸. İslam hukukuna göre hilafet müslüman halk ile halife olacak şahıs arasında karşılıklı rıza ve icap-kabul beyanlarıyla kurulan bir çeşit akittir. Bu akdin kuruluş şekillerinden birisi de "biat" olarak adlandırılan seçim usulüdür. Bu usule göre İslam ülkesinde seçme ehliyetine sahip olan kişiler ki bunlara "ehl-i hall ve'l akd" denmektedir, müslüman halk adına

⁸⁶ II. Bayezid ikinci oğlu Ahmet'i veliahd yapmak yolunda bazı adımlar atınca en küçük oğlu Selim ve kendisini saltanatta aynı derecede hak sahibi gördüğü için babasından "şehzadelerden hiç birisini diğerine tercih ile veliahd yapmayacağına dair" söz almıştır. Ancak bazı olaylar yüzünden II. Bayezid tahttan çekilmek isteyerek "muaccelen Ahmet Han' getirün ve benim fermanımı yerine getirün, Mülkü sahibine virem, tahtı varisine teslim kılam" diyerek ikinci oğluna tahtı terketmek istemişse de geçerli olan egemenlik anlayışı yüzünden emri uygulanmamış ve Selim yeniçerilerin desteği ile tahtı ele geçirmiştir. UZUNÇARŞIL, c. II, s. 230 v.d.; DANİŞMEND, c. I, s. 414 v.d.; MUMCU, s. 195. Bu olay henüz Osmanlı Devleti'nde tahta geçmek için bir kuralın geliştirilemediğinin bariz örneğidir.

⁸⁷ Bu konudaki bilgilere XIII. Yüzyıldan önceki kaynaklarda rastlanmamaktadır. İnalçık'a göre halife unvanının kazanılıp kazanılmamasının fazlaca bir önemi yoktur. Zira XIII. ve XIV. Yüzyıllardan itibaren bütün İslam alemi üzerinde imam ve emir'ül mü'minin olarak bir tek halife görüşü terkedilmiş bulunuyordu. Her müslüman Sultanı şeriatın koruyucusu olarak halifet-ullah unvanını kullanabilmekteydi. Selim'de yeni ve önemli olan şey halife unvanını kullanmış olması değil, eski hilafet alametlerini tasarrufu altına alması ve Mısır sultanlarının Hadim'ül-Haremeyn-iş-Şerifeyn unvanını kullanmasıdır. İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 70.

⁸⁸ CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 185; İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 72.

gerekli özelliklere sahip olan kişiyi halife olarak seçmektedirler⁸⁹. Ancak uygulamada "biat"ın "halifeyi seçimle tesbit etme" anlamından daha geniş manada kullanıldığını görmekteyiz. Halife bir başka usulle örneğin veliahd tayini usulü ile de tesbit edilse kendisine devlet ileri gelenlerince biat edilmesi, yani halifelüğün onaylanması gerekmektedir. Osmanlı Devleti'nde de bu çerçevede Kanuni'den başlayarak her padişah tahta çıkışında bu ilkeye uyulmuştur.

1520'den sonra padişahlar tahta çıkarılarken kendisinin gerekli niteliklere sahip olduğu konusunda bir cülus hatt-ı hümayunu yayınlanır⁹⁰ ardından da Peygambere ait hırkanın saklandığı odada kendisine biat olunurdu. Bilindiği üzere Peygamber'in hırkası, Abbasi halifeleri tarafından hilafetin en önemli işaretlerinden biri olarak tören esnasında taşınırdı. Cülus merasimi ehl-i hall ve'l akd'in biat merasimi niteliğindedi ve devletin yönetici sınıf içinde yer alan en önemli görevlileri törende hazır bulunurlardı⁹¹. Biat merasiminin ardından padişaha Eyüb Sultan Türbesi'nde devrin belli başlı bir din adamı veya şeyhülislam tarafından kılıç kuşatılırdı⁹². Padişahın göreve başlarken önce biat merasimi ardından da kılıç kuşatılması törenlerinin gerçekleştirilmesi Osmanlı egemenlik anlayışının İslamiyetle eski Türk devlet geleneklerinin bir sentez halinde beraberce uygulandığının en güzel örneğini teşkil etmektedir.

Sultan Süleyman kendisini Orta Asya'dan Hindistan'a ve Sumatra'ya kadar bütün müslümanların hamisi olarak görmüş ve Mekke Şerifi'ne yazdığı cülus mektubunda hadim-u beyt-illah ve'l harem (Mekke ve Medine Hadimi) unvanını kullanarak kendisinin hilafet'ül-kübra makamına oturduğunu bildirmiştir⁹³. Gene Kanuni Süleyman'dan itibaren Osmanlı padişahları için Dünya Halifesi (Halife-i Ruy-ı Zemin) ve bütün müslümanların halifesi (Halifet'ül Müslimin) unvanları yerleşmiştir⁹⁴. Tüm bunlar halifelüğün Osmanlı egemenlik anlayışı içinde önemli bir yer tutmaya başladığını göstermektedir.

⁸⁹ AYDIN, Devlet Başkanı, s. 145 v.d.; MEVDUDİ, İslam Nizamı, s. 312; KARAMAN, c. I, s. 90.

⁹⁰ Hatt-ı Hümayun "Şevketlü kerametlü Efendimiz Hazretleri bil-irs ve'l-istihkak varis-i saltanat-ı seniyye olmaları..." şeklinde başlardı. CİN/AKGÜNDÜZ, s. 185.

⁹¹ UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı, Ankara 1984, s. 181 v.d.

⁹² Bu geleneğin ahilik veya gaza ile ilişkili olduğu ileri sürülmüştür. WITTEK P., The Rise of the Ottoman Empire, London 1938, s. 38-40. Gelenek çerçevesinde Osmanlılarda ilk olarak Şeyh Edebalı'nın Osman Gazi'ye kemer kuşattığı iddia edilmektedir. Diğer taraftan Orta-Asya Türk ve Moğol geleneğinde de kemer hakimiyeti ifade etmekteydi.

⁹³ İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 70.

⁹⁴ Bütün müslümanların halifesi sıfatı II. Abdülhamit zamanında ve ondan sonra siyasi amaçlar için kullanılmak istenmiş ve hilafete Osmanlılarda o zamana kadar düşünülmemiş bir mahiyet atfolunmuştur.

Kanuni Süleyman devrinde de henüz saltanatın intikali konusunda kesin bir kural geliştirilememiş olduğu için padişahın iki oğlu Mustafa ve Bayezid babalarına karşı saltanat hakkı ileri sürerek ayaklanmışlar, fakat babaları onları öldürtmüş ve hayatta kalan tek oğlu II. Selim 1566'da tahta çıkmıştır. II. Selim döneminde şeyhülislam Ebussuud Efendi ve Kemal Paşazade'nin de katkılarıyla egemenlik anlayışı şer'i hukuka daha yakın hale getirilmeye çalışılmış bir yandan "egemenliğin bölünmezliği" ilkesi tam anlamıyla yerleşirken öte yandan saltanatın intikalinde belli bir kurala doğru adım atılmıştır⁹⁵. II. Selim'e kadar bütün şehzadeler Orta-Asya devlet geleneğinin etkisiyle valilikle görevlendirilirdi. Vali olan şehzadeler gittikleri yerlerde adeta bir hükümdar gibi yaşarlar, hem yönetim sanatını öğrenirler, hem de padişah olduktan sonra tahta geçmenin hazırlığını yaparlardı. Özellikle Fatih'ten sonra ilk önce İstanbul'a gelip kapıkullarını elde eden padişah olmuştur. II. Selim'den itibaren şehzadelerin en büyüğü sancağa çıkartılarak vali olarak atanmıştır⁹⁶. II. Selim öldüğünde yalnızca büyük oğlu Murat sancakta bulunduğundan, İstanbul'da bulunan kardeşlerinden herhangi birisi yerine ona haber verilmiş ve III. Murat derhal İstanbul'a gelerek tahta çıkmıştır⁹⁷. Bu olay iki önemli sonucu beraberinde getirmiştir. Bunlardan birincisi büyük oğulun egemenlikte hakkı olduğu kabul edilerek primogenitur kuralının (padişahın en büyük erkek evladının tahta çıkması) yerleşmeye başlamasıdır. Egemenlik hakkının sadece büyük oğula ait olması ilkesinin yerleşmeye başlamasıyla birlikte "egemenliğin bölünmezliği" ilkesi de Osmanlı Devleti'ne daha güçlü bir şekilde kabul edilmiştir.

III. Mehmet zamanında büyük şehzadenin sancağa çıkarılması geleneği de son bulmuştur. 1603 yılında I. Ahmet tahta çıktığı zaman çocuk denebilecek bir yaştadır ve henüz evlenip çocuğu olabilmesi mümkün değildir. Hayatta bir tek kardeşi vardır. I. Ahmet kanun gereğince kardeşini öldürtmek istemişse de I. Ahmet'in çocuğu olmadan ölmesi durumunda tahta çıkacak kimsenin kalmayacağından korkan devlet erkani buna engel olmuşlardır. Daha sonra çocukları olduğu zaman I. Ahmet Mustafa'yı yeniden öldürtmek istediye de devlet ileri gelenleri bu kez de Mustafa'nın akılcıca zayıf olduğunu ve kendisinden herhangi bir zarar gelmeyeceğini söyleyerek katline engel olmuşlardır. I. Ahmet genç yaşta öldüğü zaman çocukları henüz çok küçük oldukları için kardeşi Mustafa tahta çıkmıştır

⁹⁵ İNALCIK, Osmanlı Padişahı, s. 71; ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 184; MUMCU, s. 197.

⁹⁶ UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s. 46; ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 184; MUMCU, s. 197.

⁹⁷ DANIŞMEND İsmail Hami, İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, c. II, İstanbul 1948, s. 423; UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. III/1, Ankara 1988, s. 42, İNALCIK, Ottoman Empire, s. 60.

(1617)⁹⁸. Böylece padişahların hanedan ailesinin en yaşlı erkek üyeleri arasından seçilmesi geleneğinin (seniorat sistemi) ilk adımı atılmıştır. Artık Osmanlı Devleti'nde Orta-Asya egemenlik anlayışı yalnızca bir sembol haline gelmiş ve ülüş sisteminin son kısımları da ortadan kalkmıştır. Buna karşılık İslam hukukunun ortaya attığı egemenliğin bölünmezliği anlayışı kuvvetlenmiş, devlette hükümdarın şahsi egemenliğine ortak olabilecek başka hiçbir kimse kalmaması yönünde bir görüş yerleşmiştir. Tahta geçiş kurallarındaki gelişim egemenlik anlayışının değişmesi ile sıkı sıkıya ilgilidir. Egemenliğin aileye değil kişiye ait olması gerektiği görüşü pekişirken, padişahın egemenliğin kayıtsız şartsız sahibi olduğu ilkesi de topluma yerleşmiştir. Bu anlayışın doğal bir uzantısı olarak da "seniorat" sistemi gelişmiştir. Başlangıçta bu sisteme karşı bazı tepkiler görülmüş, II. Osman ve IV. Murat, bazı kardeşlerini öldürmüşlerdir⁹⁹. Ancak geçiş dönemi sonunda seniorat sistemi iyice yerleşmiş Abdülmecid ve Abdülaziz'in "primogenitur" sistemine geri dönme çabaları başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Nihayet Kanuni Esasi'nin 3. maddesinde "seniorat" usulü yazılı hukuk kuralı haline gelmiştir.

Egemenlik hakkını mutlak olarak kendilerinde toplayan Osmanlı padişahları yukarıda incelediğimiz dönemde yasama, yürütme ve yargı güçlerinin başı olarak kabul edilmişlerdir. Aile hukuku, miras hukuku, had cezaları, şahsa karşı işlenen cürümler, borçlar hukuku v.b. İslam hukukunun temel kaynaklarında ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş konularda Osmanlı Devleti'nde birkaç istisna hariç şer'i hükümlerin dışına çıkılmamıştır¹⁰⁰. Dolayısıyla ilgili alanlarda padişahın tam anlamıyla yasama yetkisinden söz etmek zordur. Bu çerçevede padişah sadece mevcut şer'i hükümleri kanun haline getirebilmiş ya da içtihadî konularda mevcut içtihatlardan birini tercih edip, uygulamaya esas olarak alabilmiştir. Buna karşılık şer'i hukuk padişaha sınırlı bir yasama yetkisi de tanımıştır ki Osmanlı Devleti'nde bu hak "örfi hukuk" şeklinde ortaya çıkmıştır. İslam hukukuna göre devletin en yüksek otoritesini temsil eden ulul'emrin içi boş bir yasama yetkisi vardır. Böylelikle Osmanlı padişahları, sadece çerçeve hükümlerin va'zedildiği, ayrıntılı düzenlemeler yapma yetkisinin zamanın ulul'emrine bırakıldığı idare ve anayasa hukuku, tazir cezalarının tespiti ve toprak rejimi ile ilgili konularda örfî hukuk düzenlemeleri yapabilmişlerdir¹⁰¹.

⁹⁸ UZUNÇARŞILI, c. III/1, s. 132; MUMCU s. 198.

⁹⁹ İNALCIK, Ottoman Empire, s. 60-61.

¹⁰⁰ SCHACHT Joseph, "Şeriat", İslam Ansiklopedisi, c. XI, İstanbul 1979, s. 429-431; KARAMAN, c. I, s. 25 v.d.; CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 91.

¹⁰¹ Örfî kanunlar "siyaseti sultani" veya "yasak-ı padişahi" adını da alabilmektedirler ve ulul'emrin müslüman cemaatinin hayrı düşüncesi ile şer'i kaynak ve prensipler dışında, kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunlar anlamındadır. İNALCIK Halil, "Örf", İslam Ansiklopedisi, c. IX, İstanbul 1988, s. 480. Örfî hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.,

Egemenlik hakkını kullanan Osmanlı padişahları yürütme gücünün de gerçek anlamda başıdır. Her türlü kararın padişahın onayından geçmesi gerekmektedir.¹⁰² Osmanlı sisteminde yargı gücünün başı olarak da padişah kabul edilmiş ve kadıların yargı yetkisini padişahın devraldıkları düşünülmüştür. Cezaların infazı için padişahın onayı gerekli olduğu gibi, padişah Divan-ı Hümayun'a başkanlık ederek dava dinleyip, adalet dağıtabilmiştir.¹⁰³

Yukarıda incelemeye çalıştığımız dönemde Osmanlı Devleti'nde padişahın sahip olduğu egemenlik hakkı Batı'da olduğu gibi ne din adamlarının meşrulaştırmasına ne de feodal çıkar temsilcilerinin (aristokratlar) tanımasına bağlı kalmıştır.¹⁰⁴ Fakat bu dönemde egemenlik halktan da alınmamıştır. Ancak aynı dönemde adalet vasfı padişahlar için büyük bir öneme sahip olmuş ve devletin en önemli ilkesi olarak "halka adil davranılması" kuralı benimsenmiştir. I. Bayezid'in ilk Karaman seferi sırasında "kimsenin bir çöpünü zulm ile almayalar" emri bile padişahların adil olma vasfı konusunda bilgi verebilir.¹⁰⁵

Kanun-u Esasi yürürlüğe konmadan önce ortaya çıkan üç önemli belgeden birisi 1808 tarihinde Sultan II. Mahmut ile ayanlar arasında imzalanan Sened-i İttifak'tır. Bir misak şeklinde kaleme alınan bu belgede taraflar –padişah (devlet) ve ayanlar- birbirlerine karşı verdikleri sözleri yeminle teminat altına almışlardır. Mutlak haklarına saygı gösterilecek padişahın şahsı bu yemin dışında tutulmakla birlikte devlet ve sadrazamın ayanlara karşı taahhütleri sonuç olarak padişahın taahhütleridir. Sened-i İttifak, taşrada iktidarı ele alan ayanlar tarafından padişahın mutlak otoritesi karşısında kendi durumlarını garanti altına almak gayesi ile kabul ettirilmiş

İNALCIK Halil/ANHEGGER R., Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani, Ankara 1956; İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş Örf-i Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk Dergisi, c. XIII, No-2, 1958.

¹⁰² Savaş açmak, barış yapmak yetkilerinden, en küçük atamalara kadar yürütme gücü ile ilgili her konuda teorik olarak tek yetkili padişahı. Tüm askeri ve sivil yönetim örgütünün gerçek başı oydu. Padişahlar teorik olarak yalnız şer'i konulara karışmazlarsa da şeyhülislam ve kazaskeri tayin ve azil yetkisine sahip olduklarından bu alana da bir ölçüye kadar müdahale ettikleri söylenebilir. İNALCIK, Osmanlı Padişahı, 68-79; ŞABANOF F., "Osmanlı İmparatorluğun'da Hükümdarlığın Hukuki Esasları", VI. Türk Tarih Kongresi, Ankara 1967, s. 428-430.

¹⁰³ Osmanlı Devleti'nde "vatandaşın devletten adalet talep etme ve adaletsizlikleri gidermeyi isteme" hakkı vardır. Osmanlı vatandaşları her türlü şikayetlerini ve uğradıkları haksızlıkları padişahın divanı olan Divan-ı Hümayun'a bir dilekçe ile arz edebilirlerdi. Arzuhaller divan toplantılarında tek tek görüşülürdü. MUMCU, Divan, s. 97-98

¹⁰⁴ BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978, s. 31.

¹⁰⁵ MUMCU Ahmet, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, Ankara 1972, s. 38.

bir belgedir¹⁰⁶. Belgenin ilk dört maddesinde padişahın mutlak otoritesi teyid edilip, emirlerine herkes tarafından uyulması gerektiği, asker ve vergi toplama yetkilerinin yalnız kendisine ait olduğu belirtildikten sonra 6. maddede “hanedan ve ayanın teessüs etmiş hakları ve durumlarının devletin keyfi hareketlerine karşı emniyet altına alınması istenmektedir”¹⁰⁷.

Sened-i İttifakın niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Örneğin İnalçık bir yandan belgenin feodal nitelikli olduğunu savunurken öte yandan “ayan halkın temsilcisi ve koruyucusu rolünü üzerine aldığından, belgenin bir bakıma merkezi idarenin ve onun temsilcilerinin keyfi hareketlerine karşı genel bir direnme teşebbüsü olarak yorumlanabileceğini” ve bu açıdan “belgeye tarihimizde istibdat ve mutlakiyeti sınırlama gayesini güden hareketler içinde yer verilebileceği” düşüncesini savunmaktadır¹⁰⁸. Onar ise belgeye gereken önemin verilmediğini oysa Sened-i İttifak’ın “Osmanlı İmparatorluğu’nda ilk amme hukuku kaidesi ve hukuk devletine doğru gidiş” olduğu fikrindedir¹⁰⁹. Ziya Gökalp daha da ileri giderek “Türkiye’de derebeylik devrinin, milletin hiç olmazsa bir kısmında padişaha karşı reaya ve kulluk hisleri yerine hürriyet ve asalet duygularını uyandırdığını ve bu zedeler devrinin halk hakimiyeti devrini hazırladığını iddia eder¹¹⁰. Bu görüş abartılı olsa da Sened-i İttifak, Türk Anayasa Hukuku tarihinde ilk defa padişahın, iktidarının dokunamayacağı sahaların varlığını kabul etmiş olmaktadır¹¹¹. Belge padişahın o zamana kadar mutlak olan egemenlik hakkını bazı alanlarda sınırlandırmakla birlikte (ayanlarla ilişkilerinde) egemenliğin herhangi bir şahsa ya da organa devredilmesi söz konusu değildir. Ayrıca belge tamamen o zamanki ülke şartlarının bir ürünü olup daha ileri bir devlet düzeni yaratma gayesi gütmeye için daha sonra padişahın mutlak gücünü sınırlama amacı güden hareketlerden nitelik olarak farklıdır.

1839’da ilan edilen ve Osmanlı Devleti’nde yeni bir dönem açan Gülhane Hatt-ı Hümayunu Osmanlı Kamu Hukuku açısından bir padişah buyruğudur ve bazı zümrelerin baskısı veya bir halk hareketi sonucu çıkarılmamıştır¹¹². Belge şeriat ve gelenekçi devlet anlayışına saygı göstermekle beraber kanun ve devlete yaklaşımda ve idare prensiplerinde

¹⁰⁶ İNALCIK Halil, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, Belleten, c. XXXIII, 1964, s. 607; ONAR Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I, İstanbul 1952, s. 148.

¹⁰⁷ İNALCIK, Sened-i İttifak, s. 605.

¹⁰⁸ İNALCIK, Sened-i İttifak, s. 607-608.

¹⁰⁹ ONAR, c. I, s. 147.

¹¹⁰ İNALCIK, Sened-i İttifak, s. 608.

¹¹¹ ALDIKAÇTI Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 38.

¹¹² MUMCU Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1992, s. 157.

modern kavramlar getirmekte, idareyi yeniden düzenleme amacını gütmektedir. Hattın giriş kısmında Sultan, Tanzimat'ın gayesinin yalnız din ve devlet değil, "mülk ve milleti ihya" olduğunu söylemektedir¹¹³. (Burada millet İmparatorluk tebaasının toplamıdır).

Tanzimat Fermanı Liberalizm akımının Osmanlı yönetici sınıfına ulaştığını gösteren bir "oto-limitasyon" belgesidir. Yani padişah kendi yetkilerini yine kendisi sınırlamıştır. Hattın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi müslim ve gayrimüslimler arasında kanun önünde eşitlik prensibidir. Ayrıca belge ile insan haklarının temelini oluşturan yaşama, onur ve mülkiyet hakları kesin güvenceye yani yasa egemenliğine alınmaktadır¹¹⁴. Belge ile padişah o güne kadar kendisine tanınan ceza verme hakkından da vazgeçmektedir. Cezalar mahkemelerce açık görülecek davalar sonucunda verilecektir. Ancak belgede yer alan haklar –Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda sadece haklar vardır, özgürlüklerden bahsedilmez- maddi bir güvence altına alınmış değildir. Padişah tarafından tek taraflı olarak değiştirilebilir ya da iptal edilebilir. Belge sadece manevi bir müeyyideye bağlanmıştır. Buna göre padişah belgedeki hükümlere uymazsa "Allah'ın laneti üzerine olacaktır"¹¹⁵.

Tanzimat'la birlikte Türk Anayasa Hukuku'nun gelişiminde derin değişiklikler başlamıştır. Sened-i İttifak'da padişah yalnız Anadolu ve Rumeli ayanının can ve mülküne dokunmayacağını kabulle sınırlanıyordu. Oysa Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile iktidar bütün tebaanın çok daha çeşitli haklarına dokunmayacağını ve egemenliğin kullanılmasında kanuna uyacağını vaad etmektedir¹¹⁶. Gülhane Hattı'nda egemenliği yeni ortaklar yoktur, sadece padişahın mutlak egemenliği bazı konularda sınırlandırılmak istenmiştir.

1856'da ilan edilen Islahat Fermanı'nda benzer bir biçimde yasalar karşısında din farkı gözetilmeksizin bütün Osmanlı tebaasının mutlak eşitliği ilkesini getirmiştir. Ancak padişahın mutlak egemenliği ile ilgili bir sınırlama yoktur.

Padişahın sahip olduğu mutlak egemenliğin sınırlanması yönündeki bu gelişmeler Yeni Osmanlılar Cemiyeti'nin kurulması ile yeni bir ivme kazanmış ve ilk kez Fransız İhtilali'nin ürünü olan milli egemenlik kavramı Osmanlı Devleti'ne girmiştir. I. Meşrutiyet'in ilanında büyük katkısı olan

¹¹³ İNALCIK, Sened-i İttifak, s. 619.

¹¹⁴ MUMCU, İnsan Hakları, s. 158.

¹¹⁵ "Konulacak kanunlara aykırı hareket edenler Yüce Tanrı'nın lanetine uğrasınlar ve ebediyyen felak bulmasınlar". Tanzimat'ın 150. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1991, sayfa numarası yok.

¹¹⁶ ALDIKAÇTI, S. 46.

Yeni Osmanlılar Cemiyeti ideolojik bir bütünlükten yoksun olduğu için bütün kurucu üyeleri halk hakimiyetinden söz etmez. “Halk hakimiyeti” kavramı özellikle Namık Kemal’in düşünce sisteminde ön plana geçmiş görünmektedir. Kemal’e göre bir toplumun bütün üyelerinin hükümet işleri ile uğraşmaları imkansız olduğu için yaptığı bir andlaşma çerçevesinde bu yetkiyi kendi içinden bir çoğunluğa ya da şahsa verebilir. Bu tek şahıs veya çoğunluk halka vereceği emirleri her zaman halk hakimiyetinden ve halkın kendisinden alır¹¹⁷. Namık Kemal bu konudaki düşüncelerini şu satırlarla ifade etmiştir: “Hakimiyet umumundur. Yalnız umurun milyonlarca nüfusu muhtevi olan bir işve-i azimde değil, yüz haneli bir köyde bile bu vazifeyi icrayı muktedir olamamasındandır ki usulü tevkile müracaat etmeye istirar gelmiş ve bu cemiyetin sened-i meşruiyeti olmuştur¹¹⁸”.

Namık Kemal halk egemenliği fikrini savunurken, aynı cemiyet içinde yer alan Ali Suavi siyasi egemenliğin başının Allah olduğu fikrindedir. Suavi, Namık Kemal tarafından savunulan egemenliğin sahibinin halk olduğu fikrini İslami ideoloji yönünden ele alındığında anlamsız bulmakta ve kuvvetler ayrımı fikrine de karşı çıkarak bütün kuvvetlerin imamet (halifelik) makamı altında birleşmesini savunmaktadır. Suavi’ye göre halkın egemenliği deyimi ilahi kanunların mutlak hakimiyeti kabul edildiği takdirde insanların nefsini istediği gibi yönetip, başkalarının işlerine karışmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır¹¹⁹.

Şimdiye kadar egemenlik kavramı ile ilgili verdiğimiz bilgilerden anlaşılacağı üzere Meşrutiyetin ilanına kadar egemenliğin tek sahibi padişaktır ve henüz bu hakkı herhangi bir kişi ve organla paylaşmış değildir.

3. I. Meşrutiyet Döneminde Egemenlik Kavramının Gelişimi

Üyeleri padişah tarafından seçilip atanan 28 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanan Kanun-i Esasi padişahın bir yazısı ile (hatt-ı hümayun) yürürlüğe girmiştir ve bu açıdan bazı yazarlarca “ferman anayasa” olarak değerlendirilmektedir¹²⁰. Ayanın ağzından çıkmışçasına kaleme alınan

¹¹⁷ Namık Kemal, “Bazı Mülahazat-ı Devlet ve Millet”, ÖZÖN Mustafa Nihat, Namık Kemal ve İbret Gazetesi, Ankara 1938, s. 130-131. Benzer düşünceler Rousseau’nun “toplumsal sözleşme” fikrinde de mevcuttu. TÜRKÖNE Mümtazer, Siyasi İdeoloji Olarak İslamın Doğuşu, İstanbul 1994, s. 166-122.

¹¹⁸ BİRAND Kamuran, Aydınlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimata Tesirleri, Ankara 1955, s. 30.

¹¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTAY Mithat Cemal, Sarıklı İhtilalci Ali Suavi, İstanbul 1946; HANİOĞLU Şükrü, Bir Siyasal Örgüt Olarak İttihat ve Terakki Cemiyeti ve Jöntürklük, İstanbul 1986.

¹²⁰ TANÖR Bülent, “Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış” Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. I, İstanbul, s. 19; TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, (1789-1980), İstanbul 1988, s.134; Anayasayı yapan güç padişahın

Sened-i İttifak'tan ve padişah adına kaleme alınan Tanzimat Fermanlarından farklı olarak Kanun-i Esasi kişisel olmayan (objektif) bir dille, yasa ve hukuk diliyle yazılmıştır. 119 madde ve 19 bölümden oluşan Kanun-i Esasi, devletin genel yapısını, organlarını, bunlar arasındaki ilişkileri, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini belirtmiş, böylece ilk kez, Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuksal durumunu belgelemiştir¹²¹.

Kanun-i Esasi devletin monarşik yapısını korumaktadır. 3. maddeye göre "Saltanat-ı Seniye-i Osmaniye hilafeti kübrayı islamiyeyi hayiz olarak Sülale-i Ali Osman'dan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aiddir"¹²². Padişah "kutsal ve sorumsuzdur".

Kanun-i Esasi'de yasama yetkisinin padişaha ait olduğunu gösteren bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa "Heyet-i Mebusan" ve "Heyet-i Ayan" olmak üzere iki meclis öngörmektedir ki ikisine birden "Meclis-i Umumi" denmektedir. Heyet-i Mebusan'ın üyelerini Osmanlı vatandaşları seçer. Her 50 000 erkek için bir mebus (milletvekili) seçilir. Seçimler dört yılda bir yapılır. Heyet-i Ayan üyeleri ise, Heyet-i Mebusan üye sayısının üçte birini geçmemek şartıyla hayat boyu için padişahça seçilir¹²³. Mebuslar "umum Osmanlı'nın vekili"dirlir¹²⁴. (m. 71). Bu sistemde kanun teklif edebilmek için halkın temsilcilerinin yani mebusların sultandan izin almaları gerekir. Bu izin alınırsa, teklif bir metin haline getirilmek üzere Şuray-ı Devlet'e gider. Metin tamamlanınca önce Heyet-i Mebusan'da görüşülür. Heyet-i Mebusan'da kabul edilirse Heyet-i Ayan'a gelir. Tasarı burada da kabul edilirse artık padişahın onayına sunulabilir. Meclis-i Umumi'den geçen kanun tasarılarını onaylayıp onaylamamak tamamen padişahın iradesine bağlıdır¹²⁵. Burada belirtilmesi gereken nokta her konudaki kanun tasarılarını

iradesidir. Anayasa padişah tarafından millete verilmiştir. MUMCU, İnsan Hakları, s. 164.

¹²¹ MUMCU Ahmet, "Osmanlı Devleti'nde 1876 Anayasasına değin Temel Hak ve Özgürlükler ile 1876 Anayasasının Temel Yapısı", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, 1876-1976, Ankara 1976, s. 37; MUMCU, İnsan Hakları, s. 164.

¹²² YAYLA Yıldızhan, Milli Egemenlik, Yurtta Sulh Cihanda Sulh İlkeleri ve Atatürk, İstanbul, 2 Mayıs 1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 16, s. 59; MUMCU, 1876 Anayasası, s. 37; MUMCU, İnsan Hakları, s. 164; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 135.

¹²³ MUMCU, 1876 Anayasası, s. 37; MUMCU, İnsan Hakları, s. 164; TANÖR, Türk-Osmanlı-, s. 136-137; ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 57.

¹²⁴ Tezi bu ,ilkeyle birlikte milli egemenlik teorisindeki temsilcinin tüm ülkeyi temsil etmesi gibi siyasi temsil ilkesinin Osmanlı sistemine girdiğini ama milli egemenlik ,ilkesinin girmediğini belirtmektedir. Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi, İstanbul 5 Mayıs 1986, s. 25.

¹²⁵ YAYLA Yıldızhan, "Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet Kavramı", Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. 4, İstanbul 1985, s. 948; MUMCU, 1876 Anayasası, s. 37-38; ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 59-60.

hükümet hazırlar ve Meclis-i Umumi'ye sunar. Mebusan ve Ayan meclisleri üyeleri, yalnız kendi görev alanları ile ilgili konularda ve tabii ki padişahın izniyle kanun teklifinde bulunabilirler. Kısacası Kanun-i Esasi'ye göre yasama gücünün başı padişaktır.

Kanun-i Esasi'de yürütme yetkisi de hemen hemen tamamıyla padişaha aittir. Sadrazam da nazırlar da padişahın memurları durumundadır. Gerek sadrazamı gerekse vükelayı (bakanlar) o seçer ve o görevden alır. Bu işlemleri yaparken herhangi bir sınırlamayla karşı karşıya değildir. Vekillerin meclise karşı siyasi sorumlulukları yoktur. Sadece meclisin sevk ve kararı ve padişahın iradesi birleşirse vekiller Yüce Divan'a gönderilebilir ve yargılanabilirler¹²⁶. Gene Anayasaya göre Meclis-i Umumi'yi toplantıya çağırma ve gerektiği zaman Meclis-i Mebusan'ı feshetme yetkisi padişaha aittir.

Anayasaya göre yargı gücü bağımsızdır ve bu güç şer'iyye ve nizamiye mahkemelerince kullanılır. Yargı bağımsızlığı ilkesini sağlamlaştırmak için hakimlerin işlerine son verilemeyeceği esası konulmuştur. Af yetkisi ise sınırsız olarak padişahın elindedir¹²⁷.

Kanun-i Esasi'nin getirdiği bu yenilikler doğrultusunda konumuz açısından önemli olan nokta I. Meşrutiyet döneminde egemenliğin kime ait olduğudur. Aldıkaçtı'ya göre 1876 Kanun-i Esasi'si, milli egemenlik ilkesiyle alakası olmayan, teokratik temele dayanan bir anayasadır ve devletin tek egemeni padişaktır¹²⁸. Mumcu'da ilk anayasamızın, milli egemenlik ilkesine dayanmadığı, her türlü yetkinin padişahıta toplandığı, temel hak ve özgürlüklerin çok sınırlı, kısıtlı ve hiçbir güvenceye bağlanmadan getirildiği görüşündedir¹²⁹.

¹²⁶ YAYLA, Meşrutiyet, s. 949; MUMCU, 1876 Anayasası, s. 38; ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 58.

¹²⁷ MUMCU, 1876 Anayasası, s. 38; MUMCU, İnsan Hakları, s. 165; TANÖR, Anayasal Gelişmeler, s. 19-20.

¹²⁸ ALDIKAÇTI, Milli Egemenlik Kavramının Fikri Gelişmesi, Samsun 22 Nisan 1986, s. 18; ALDIKAÇTI, Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi, İzmir 12 Mayıs 1986, s. 19.

¹²⁹ MUMCU, 1876 Anayasası, s. 38-39. Kanun-i Esasi'de bazı temel hürriyetlere yer verilmekle birlikte bunların "kanun dairesinde" tanınmasıyla sonsuz ölçüde sınırlanma imkanı getirilmiştir. Çünkü yasama gücünün başı padişaktır. Ayrıca Anayasa'da siyasal katılmayı sağlayacak siyasal parti kurma, toplantı ve dernek kurma hürriyetlerine yer verilmemiştir. Hepsinin ötesinde padişahın devlete zararı dokunmaz. kimseleri polis soruşturmasına dayanarak yurtdışına sürgüne gönderebileceğini öngören meşhur 113. madde anayasanın kişinin temel hak ve hürriyetleri açısından değerini sifra indirmektedir. Bu madde "kanunsuz suç ve ceza olmaz", "yargılamasız kimse cezalandırılmaz" ilkelerine aykırıdır ve bu açıdan Tanzimat Fermanı'nın bile gerisinde kalmaktadır. MUMCU, 1876 Anayasası, s. 38; TAHİROĞLU Bülent, Tanzimattan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri", Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. 3, İstanbul 1985, s. 591.

Kanun-i Esasi'de egemenliğin kime ait olduğuna dair açık bir hüküm yoktur, zaten anayasanın o günün şartları içinde millet egemenliğini ilan etmesi de beklenemez¹³⁰. Üstelik aksayan yönlerine ve eksikliklerine rağmen Kanun-i Esasi ve ilk parlamenter deneyimin olumlu bir takım yönleri ve katkıları olduğu da inkar edilemez bir gerçektir. Her şeyden önce kanun koyma yetkisi artık tek başına padişaha ait değildir. Gerçi, iradesi olmadan kanun ortaya çıkamamaktadır, ancak padişah da meclisin iradesi olmadan kanun adı altında bir düzenleme yapamamaktadır. Demek ki padişahın egemenlik hakkının kullanımında küçük de olsa bir sınırlama vardır. Sultanın istemediği kanunlaşamaz fakat her istediğini kanunlaştırması da mümkün değildir¹³¹. Bunun dışında devletin mal ve paralarını kullanan memurların hesaplarını, işlemlerini denetleyen Divan-ı Muhasebat üyelerinin görevden azli konusunda da padişahın yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Divan-ı Muhasebat üyelerini kaydı hayat şartıyla padişah göreve tayin eder ancak görevden alınması için halkın temsilcilerinden oluşan Heyet-i Mebusan'ın kararı gerekir¹³².

Bir diğer altı çizilmesi gereken nokta Heyet-i Mebusan'ın seçimle gelmiş ilk Osmanlı meclisi olmasıdır. Seçim ve temsili vekalet yoluyla seçmen ile mebusları arasında kurulan ilişki "millet"i de bir siyasal varlık olarak anayasal sisteme katmaktadır. Heyet-i Mebusan azasının her birini "Umum Osmanlıların vekili" ilan eden bir hukuk sistemi (Kanun-i Esasi m. 71) padişahı artık siyasal sistemin mutlak ve biricik egemeni olmaktan çıkarmaktadır¹³³. Çünkü böylece yönetime katılma ve hukuk devleti olma yolunda ciddi bir adım atılmış bulunmaktadır. Padişahın mutlak egemenliğinin kağıt üzerinde kalsa bile paylaşılması gündeme gelmiştir¹³⁴ ve sultanın o güne kadar tek başına kullandığı egemenlik yetkilerinin, yasama-yürütme-yargılama fonksiyonları halinde bölünmesi, halkın temsilcileri

¹³⁰ Kodaman, Fransız İhtilali'nin Osmanlı Devleti'ne güçlü bir hakimiyet anlayışı getirmek yerine, mevcut hakimiyeti de sarsarak parçalanmayı kolaylaştırdığı görüşündedir. Osmanlı toplumunun yapısı milliyetçiliğe ve milli egemenlik anlayışına uygun değildir. KODAMAN, s. 29. KURAT'a göre ise Osmanlı Devleti'nde milli egemenlik değil, siyasi hakimiyet söz konusudur. Çünkü Osmanlı çok uluslu bir imparatorluktur ve devlet bütün bu grupların bağlılığını sağlamaya çalışmaktadır. 1876 Anayasası'nın temel amacı da Osmanlı birliği şuru yaratarak parçalanmayı önlemektir. KURAT Yuluğ Tekin, "Türkiye'de Milli Egemenlikten Demokrasiye Geçiş", III. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Paneli, Ankara 24 Nisan 1987, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 31, s. 24-25.

¹³¹ YAYLA, Meşrutiyet, s. 949. Ancak Kanun-i Esasi kanun yapma sürecinde padişaha önemli bir hak tanınmaktadır. Buna göre meclisin toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda devleti ve kamu düzenini korumak için zorunlu görülürse, Kanun-i Esasi hükümlerine aykırı olmamak üzere padişah geçici kanunlar çıkarabilir.

¹³² YAYLA, Meşrutiyet, s. 949.

¹³³ TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 137.

¹³⁴ KÖNİ, Milli Egemenlik, s. 38.

eliyle devlet çarkının işlemesine katılmaya başlaması önemli bir yeniliktir¹³⁵. İlk Osmanlı meclisinin yetkileri ne kadar kısıtlı, padişahınkiler ne kadar geniş olursa olsun, halkın ya da milletin temsil yoluyla devreye girdiği bir düzende artık padişah egemenlik hakkının tek sahibi olarak kabul edilemez. Millet, adı konmuş olmasa bile, padişahın mutlak egemenlik hakkına rakip olmak üzere ortaya çıkmıştır¹³⁶. Osmanlı parlamentosu 1876-1878 arasında ilk toplandığı zaman, devlet özellikle büyük bir sıkıntı içindeyken hiç beklenmeyecek biçimde, bütün sınırlılığına rağmen doğrudan doğruya padişaha olmasa bile, devletin dış politikasını, askerlik politikasını, ordunun eğitimini, savaşın idare ediliş biçimini amansız bir şekilde eleştirebilmiştir¹³⁷. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda 1876 Anayasası'nın öngördüğü rejimi, padişah egemenliği ile millet egemenliği arasında bir ara rejim olarak da görmek mümkündür.

4. II. Meşrutiyet Döneminde Egemenlik Kavramının Gelişimi

23 Temmuz 1908'de II. Meşrutiyet ilan edildiği zaman 1876 tarihli Kanun-i Esasi yeniden yürürlüğe konmuştur. Ancak 31 Mart Vak'ası (13 Nisan 1909'da çıkmıştır) Hareket Ordusu tarafından bastırıldıktan sonra anayasa değişikliği yapılmıştır. Aslında yapılan iş yeni bir anayasa yapmak olmamasına rağmen yapılan değişiklikler çok önemli olduğu ve anayasanın bir çok maddesi değiştirildiği için bir çok yazar "1909 Anayasası" adı altında yeni bir anayasanın ortaya çıktığı görüşündedirler¹³⁸. Söz konusu değişiklikler egemenlik anlayışı açısından da önemli sonuçlar doğurmuştur. Aslında daha II. Abdülhamit'in tahttan indirilmesi sırasında yeni egemenlik anlayışının sinyalleri verilmiştir. 26 Nisan 1909'da Yeşilköy'de toplanan Meclis-i Umumi şeyhülislam fetvasına dayanarak II. Abdülhamit'in tahttan indirilmesine ve veliaht Mehmet Reşat Efendi'nin V. Mehmet sıfatıyla padişah yapılmasına karar verilmiştir. Bu önemli kararı alan Meclis-i Umumi adının sonuna milli kelimesini ekleyerek "Meclis-i Umumi-i Milli" sıfatını kullanmıştır¹³⁹. Böylelikle Heyet-i Mebusan üyeleri ve padişah tarafından atanan Heyet-i Ayan üyeleri kendilerini milletin temsilcisi olarak görmektedirler. Bu "milli meclis" Kanun-i Esasi'de bulunmayan bir yetkiyi kullanarak padişahı tahttan indirmiştir. Kanun-i Esasi'yi değiştirmek padişaha ait olan bir hak ve yetkidir, çünkü egemenliğin en büyük sahibi padişaktır. Halbuki bu olayda Meclis-i Umumi millet adına egemenlik

¹³⁵ TANÖR, Anayasal Gelişmeler, s. 22.

¹³⁶ TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 137.

¹³⁷ SOYSAL Mümtaz, Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi, İzmir 12 Mayıs 1986, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No. 23, s. 24-25.

¹³⁸ ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 70; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 192. Aynı yazarlara göre sultanın tek taraflı irade ve işlemiyle oluşan "ferman anayasa" tipinden, iki taraflı bir hukuk belgesi olan "misak anayasa" aşamasına geçilmiştir.

¹³⁹ MUMCU, İnsan Hakları, s. 171.

yetkisini kullanarak, kendisinde bu hakkı görerek adeta bir anayasa değişikliği yapmıştır.

Kanun-i Esasi'nin değiştirilmesine ilişkin 3 Ağustos 1325 (15 Ağustos 1909) tarihli Heyet-i Ayan kararnameşi şu satırlara yer vermektedir: "...Kanun-i Esasi'nin baştanbaşa tetkikatına vakit müsait olmamış ve meşrutiyeti idare ve hakimiyeti milliyenin teyyüdü için kanun-ı mezkur mevaddının en mühim ve müstacel olanlarının tedkiki..." gerekli görülmüştür. Kararnameden de anlaşıldığı üzere "milli hakimiyet" ilkesi anayasa tarihimize girmiştir¹⁴⁰.

Egemenlik anlayışındaki değişim anayasa tadillerinde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kanun-i Esasi'de saltanatın Osmanlı sülalesinin en büyük evladına ait olduğu ilkesi korunurken 1909'da şu ibare maddeye eklenmiştir: "Zatı hazreti Padişahi hini cüluslarında Meclis-i Umumi'de ve Meclis müçtemi değil ise ilk içtimasında şer'i şerif ve Kanun-i Esasi ahkâmına riayet ve vatan ve millete sadakat edeceğine yemin eder"¹⁴¹. Demek ki 1909'da artık millete sadakat yemini etmek durumunda olan, hem de meclisin önünde bu yemini etmek zorunda olan bir padişah vardır.

1909'da yapılan anayasa değişiklikleri egemenliği kaynağı ve kullanılışı bakımından hükümdara ait bir yetki sayan egemenlik anlayışını teoride ve pratikte temelinden sarsmıştır. Her şeyden önce padişahın kanun koyma yetkisi kaldırılarak, yasama fonksiyonu padişahın iradesine göre değil, millet temsilcilerinin iradesine göre şekillendirilecektir. Meclis-i Umumi üyeleri istedikleri biçimde kanun teklifinde bulunabileceklerdir (m. 53). Artık padişahın kanun koyma yetkisi kaldırılmıştır. Kanunları meclis yapacak, kanunlar yürürlüğe koymak üzere padişahın önüne gelecektir. Bu kanunları padişah bir defaya mahsus olmak üzere veto edip meclise geri gönderebilecektir. Ama meclis aynı kanunu yeniden görüşür ve kanunun ilk biçimi üzerinde üçte iki çoğunlukla ısrar ederse, padişahın tekrar veto yetkisi yoktur ve kanunu ilan etmek zorundadır (m. 54)¹⁴².

Sultan 1909 değişikliklerinden sonra da sorumsuzdur. Ama artık sorumlu olmayan sultanın yetkileri de sınırlanmıştır. 1876 Anayasasında sadrazam ve vekilleri padişah tayin ve azlederdi. Yeni düzende Padişah yalnız sadrazamı tayin etmekte, sadrazamın tayin edeceği vekilleri ise onaylamaktadır. Bakanlar Kurulu padişaha karşı sorumlu değildir, yasama

¹⁴⁰ YAYLA, Meşrutiyet, s. 951; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 196.

¹⁴¹ YAYLA, Milli Egemenlik, s. 59.

¹⁴² ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 72-73; MUMCU, İnsan Hakları, s. 173; YAYLA, Meşrutiyet, s. 951.

kuvveti önünde siyasi sorumluluğu vardır. Bakanlar vekaletlerindeki işlerden şahsen, Bakanlar Kurulu'nun genel politikasından heyetçe sorumludurlar¹⁴³:

Padişahın egemenliğinin geleneksel unsurları, yani hutbelerde adının söylenmesi, sikke basma, çeşitli rütbe ve nişanların verilmesi gibi hakları korunmakla birlikte onayını gerektiren işlemlerin uygulanabilir olmaları, sadrazam ile ilgili nazırın bu işlemleri imzaları şartına bağlı kılınmıştır. Böylelikle yürütme yetkisi padişahtan bakanlar kuruluna kaymakta ve kurul yürütme yetkisinin gerçek sahibi olmaktadır. Burada önemli olan nokta Kanun-ı Esasi'nin Padişaha tanımaya devam ettiği bir çok yetkinin bizzat padişah tarafından ve tek başına kullanılması artık mümkün değildir.

Padişahın egemenliğin sahibi olarak evvelce sahip bulunduğu silah gücü ve askeri kuvvet kullanma yetkisi de öteki haklar gibi gerçekte elinden alınmıştır. Gerçi askeri kuvvet kullanma hükümdarın hakkıdır ve kuramsal olarak silahlı kuvvetlere kumanda yetkisi vardır. Ama askeri kuvvet kullanma, sorumsuz devlet başkanlığının ve yerleştirilmekte olan parlamenter sistemin gereği olarak, vekillerin sorumluluğu altında olacaktır. Benzer biçimde "sulhe, ticarete ve terk ve ilhakı araziye ve tebaai Osmaniye'nin hukuku asliye ve şahsiyesine taalluk eden ve devletçe masarifi mucip olan muahedatın akdinde Meclis-i Umumi'nin tasdiki şarttır" (Kanun-ı Esasi, m. 7).

Temel hak ve hürriyetler açısından konuya yaklaşırsak kişi güvenliğini yok eden ve padişaha hakim kararı olmaksızın sürgün cezası verme yetkisini bahşeden 113. madde anayasa metninden çıkarılmış, basın özgürlüğü kabul edilerek, sansür yasağı konmuş, Osmanlı vatandaşlarına siyasi katılma imkanı sağlayan toplantı ve dernek kurma hürriyeti tanınmıştır.

Görülen odur ki 1909 değişiklikleri ile birlikte artık egemenliğin tek sahibi padişah değildir. Egemenlik padişah ve milletin temsilcileri arasında paylaşılmış, YAYLA'nın ifadesiyle egemenlik, padişahlık makamından halka doğru yola çıkmıştır¹⁴⁴.

VI.SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde egemenlik kavramının gelişimini incelediğimiz çalışmamızda Osmanlı Devleti'nin egemenlik anlayışının Kanun-ı Esasi'nin kabul edildiği I. Meşrutiyet dönemine kadar büyük oranda Orta Asya geleneğinin (eski Türk devletleri) ve İslamiyetin hakimiyet anlayışının bir sentezi olduğu sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Fatih'e kadar eski Türk

¹⁴³ ALDIKAÇTI, Anayasa Hukuku, s. 71; YAYLA, Meşrutiyet, s. 951; TANÖR, Türk-Osmanlı, s. 193-194.

¹⁴⁴ YAYLA, Milli Egemenlik, s. 59.

devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de ülke hükümdar ailesinin ortak malı olarak görülerek, hanedanın bütün erkek üyelerinin saltanat üzerinde eşit hakkı olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu anlayışın sonucu olarak egemenliğin bölünebileceği düşüncesi hakim olmuştur. Tahta kimin geçeceği hususunda belirli bir kural geliştirilemediği için de İslam hukukunda halifeliğin seçiminde etkili olan ehl-i hall' ve'l akd gibi bir kısım soylu Türk aileleri, vezirler, ahiler, Osmanlı ailesinden kimin padişah olacağını konusunda seçici bir role sahip olabilmişlerdir.

Farih dönemi egemenlik anlayışının gelişimi açısından özel bir önem taşımaktadır. Padişahın mutlak egemenlik anlayışını yerleştirmek istediği bu dönemde İslamiyetin egemenlik anlayışı Osmanlı Devleti'nde genel kabul görmüş ve "egemenliğin bölünmezliği" ilkesi yerleşmiştir. Ancak henüz tahta geçiş konusunda bir kural geliştirilemediği ve bütün hanedan üyelerinin taht üzerinde eşit hakkı olduğu kabul edildiği için "kardeş katli" uygulaması bir kanun maddesi haline getirilmiştir. Öte yandan "kul sistemi"ni getiren II. Mehmet padişahın belirlenmesinde etkili olan bazı çevrelerin bu yetkilerini ellerinden almıştır.

Yavuz Sultan Selim döneminde halifeliğin de Osmanlılara geçmesiyle birlikte padişahın egemenlik alanlarının sınırları genişlemiş, Kanuni ile birlikte Osmanlı padişahları Halife-i Ruy-i Zemin, Halifet'ül Müslimin olarak da anılmaya başlanmışlardır. I. Ahmet döneminin sonunda tahta geçiş konusunda seniorat sistemine (yani hanedan ailesi içinden en yaşlı erkek üyenin sultan olması) meyledilmiş, bir süre sonra da bu anlayış tamamen yerleşmiştir. Artık egemenliğin aileye değil kişiye ait olması gerektiği ve egemenliğin bölünmezliği ilkeleri Osmanlı toplumuna kök salmıştır. Osmanlı padişahları da sahip oldukları mutlak egemenlik yetkisiyle yasama ve yürütmenin başı olarak kabul edilmişlerdir. Bu dönemde padişahın egemenlik hakkına ortak olabilecek herhangi bir güç yoktur. Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı gibi önemli belgelerde padişahın mutlak egemenlik hakkı konusunda herhangi bir değişiklik meydana getirememişler ve Fransız İhtilali'nin bir ürünü olan millî egemenlik anlayışı henüz Osmanlı Devleti'ne ulaşamamıştır. Ancak I. Meşrutiyet'in ilanında etkili olan Yeni Osmanlılar Cemiyeti ile birlikte bu kavram Osmanlı Devleti'ne girmiş, özellikle Namık Kemal çeşitli yazılarında "halk hakimiyetinden" söz etmiştir.

Osmanlı Devleti'nde egemenlik anlayışı konusunda esas büyük değişim I. ve II. Meşrutiyet hareketleri sırasında yaşanmıştır. Kanun-i Esasi'de yapılan düzenlemelere göre padişahın yetkilerine önemli bir sınırlama getirilmemiş, yasama ve yürütmenin gerçek başı padişah olmaya devam etmiştir. Ancak bu yeni sistemde Heyet-i Mebusan isminde bir organ vardır ki bu organ halkın temsilcilerinden oluşmaktadır. Padişahın o güne

kadar tek başına kullandığı egemenlik yetkileri yasama-yürütme-yargı fonksiyonları şeklinde bölünmüş, halkın temsilcileri devlet çarkının işlemesine katılmışlardır. Milletın temsil yoluyla devreye girdiği bu dönemde artık padişahın egemenlik hakkının tek sahibi olarak sayılması mümkün değildir. Bu nedenle 1876 Anayasasının öngördüğü rejimi, padişah egemenliği ile millet egemenliği arasında bir ara rejim, bir geçiş dönemi olarak da görmek mümkündür.

II. Meşrutiyet döneminde 1909'da yapılan anayasa değişiklikleri ile "milli egemenlik" kavramı Osmanlı hukuk sistemine girmiştir. Kanun-i Esasi'nin değiştirilmesine ilişkin Heyet-i Ayan kararnamesinde "hakimiyet-i milliye"den söz edilmiştir. Ayrıca yapılan değişiklikler ile Padişahın Meclis-i Umumi'de millete sadakat yemini etmesi, yasama ve yürütme konusundaki önemli yetkilerinin elinden alınması, padişahın işlemlerinin geçerli olması için sadrazam ve ilgili bakanın onayının gerekmesi gibi ilkelerin kabulü Osmanlı Devleti'nde artık egemenlik yetkisine sadece padişahın sahip olmadığını göstermektedir. Bundan böyle egemenlik padişah ile milletin temsilcileri arasında paylaşılacaktır ki bu gelişme milli egemenlik ilkesine geçişte çok önemli bir adım teşkil etmektedir.

DANIŞTAY'IN BELEDİYE BAŞKANLIĞINDAN DÜŞÜRME KARARLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) "Ek Madde 2" hükmüne göre, "(b)elediyeler ile il özel idarelerinin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kaybetmelerine ilişkin olarak yetkili mercilerden Danıştay'a gönderilen dosyalar; belediye başkanlarının düşmesi istemine dair ise belediye başkanlarının, belediye meclislerinin veya il genel meclislerinin feshi istemine ilişkin ise meclis başkanvekilinin savunması onbeş gün içinde alındıktan sonra veya bu süre içerisinde savunma verilmediği takdirde sürenin bittiği tarihte tekemmül etmiş sayılır ve kanunlarda gösterilen karar süreleri bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Karar dosya üzerinden verilir. Bu kararlara karşı tebliğini izleyen günden itibaren onbeş gün içerisinde İdarî Dava Daireleri Genel Kuruluna itiraz edilebilir. İtiraz bir ay içerisinde sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir".

Görüldüğü gibi kanun, mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü görevini, Danıştay'a vermiş¹; ancak uyuşmazlığın çözümünde İYUK'da yer alan genel usuller yerine "özel bir usul" öngörmüştür. Tabii bunda, söz konusu uyuşmazlığın niteliğinin ve Anayasal hükümlerin payı yok değildir. Ancak, İYUK'nun idari uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümleri karşısında mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ve bu bağlamda belediye başkanlarının, başkanlıktan düşürülmelerine ilişkin kararların niteliği tartışmaya değer olmaktadır.

Konuyla ilgili Anayasa m. 127/4 hükmü şöyledir: "Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim yargı yolu ile olur". Maddede açıkça yargısal denetimden bahsedilmemekle birlikte, mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin "denetim" in, "yargı yolu" ile olacağı ifade olunmak suretiyle, ilk bakışta bu denetimin, "yargısal denetim" olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak sorunun çözümü bu kadar kolay de-

¹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/2 "Danıştay, belediyeler ve il özel idarelerinin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar" demekte ve Kanunu'nun 32. maddesi (b) bendi ile de bu görev 8. Daireye verilmektedir.

ğildir. Zira yargı organının yapmış olduğu denetim "dava" yoluyla yapılan bir denetim değildir.

BAŞKANLIKTAN DÜŞME HALLERİ

A. Belediye Meclisinin Feshini Gerektiren Eylemlere Katılma

Belediye Kanunu'nun 53. maddesinde belediye meclisinin feshini gerektiren sebepler dört fıkra halinde sayılmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında da, "Yukarıdaki bentlerde açıklanan fiil ve işlemlere katılan belediye başkanlarının da Danıştay kararı ile görevine son veril"eceği" düzenlenmiştir.

Aytaç'ın da haklı olarak belirttiği gibi², "Mevzuata uygun hareket eden ve belediye meclisinin feshini gerekli ve haklı kılan fiil ve işlemlere katılmayan belediye başkanının görevine devam etmesi tabiidir. Aksine meclisin davranış ve kararlarına katılmış olan belediye başkanının da meclisle birlikte görevine son verilmesi de o kadar tabiidir".

Danıştay, siyasi meselelerin müzakere edildiği olağanüstü toplantıyı terkeden belediye başkanının gensoru ile düşürülme istemini reddetmiştir³.

B. Gensoru

Belediye Kanunu'nun 61. maddesi ile belediye meclisine belediye başkanını denetleyebilme hakkı tanınmıştır. Belediye Kanunu'nun, belediye meclisinin başkanı denetlemesini düzenleyen 61. maddesine göre, belediye meclisi üyelerinin her biri belediye işleriyle ilgili herhangi bir husus hakkında meclis başkanlığına önerge vererek⁴ gensoruda bulunabilir. Gensoru önergesi, meclis üye tamsayısının (meclis üye tamsayısının hesabına belediye başkanı dahildir) çoğunluğunca uygun görüldüğü takdirde gündeme alınır ve üzerinden üç tam gün geçtikten sonra⁵ belediye başkanı veya görevlendire-

² AYTAÇ Fethi, Açıklamalı Belediye Kanunu, Ankara 1988, s. 436.

³ D8D, KT 20.1.1993, E 9372638, K 94/182, DD, Sy. 90, s. 830-833.

⁴ Gensorunun meclisin hangi toplantısında verileceği konusunda 61. maddede herhangi bir açıklık yoktur. Ancak Belediye Kanunu madde 54/1 uyarınca gensoru meclisin, Şubat, Haziran veya Ekim ayı toplantılarından herhangi birinde verilebilir.

⁵ Kanunun açık hükmüne göre, gensorunun gündeme alınmasına karar verildikten sonra üzerinden üç tam gün geçmedikçe cevaplandırılmaz. Kanun koyucu hiç şüphesiz böyle bir süreyi, belediye başkanına sorulan hususlar hakkında hazırlanma, bilgi ve belge toplama fırsatı vermek için tanımıştır. Gensorunun gündeme alınmasının üzerinden üç tam gün geçmedikçe cevaplandırılması ve üzerinde görüşme yapılması bir şekil sakatlığıdır. Nitekim Danıştay'a göre, "... Erzincan Belediye Meclisinin 5.2.1969 tarihli oturumunda gündeme alınmasına karar verilen gensoru önergesine belediye başkanı veya memur edeceği kişiler tarafından 9.2.1969 tarihinde cevap verilmesi, başkanın yetersizliği konusunun da bundan sonra ele alınması lazım gelirken, Meclisin 5.2.1969 tarihli oturumunda önergeye cevap verilmiş olduğu görülmekle kanunen tespit olunan esaslara aykırı olarak

ceği kişi bu önergeyi meclis önünde cevaplandırır. Cevap meclis üye tam sayısının 2/3 çoğunluğunca (3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 14. maddesinin son fıkrasına göre bu oran büyükşehir belediye başkanları için 3/4 olarak uygulanacaktır.) yeterli görülmezse Belediye Kanunu'nun 76. maddesinde belirtilen usulle belediye başkanı başkanlıktan düşürülür⁶.

C. Yıllık Çalışma Raporunun Yeterli Görülmemesi

Belediye Kanunu'nun 76. maddesine göre belediye başkanlarının başkanlıktan düşmeleri şu şekilde olmaktadır: Belediye başkanları her toplantı dönemi başında⁷, yıllık çalışma raporu⁸ hazırlayarak belediye meclisine sunarlar⁹. Yıllık çalışma raporu yeterli görülmezse, meclis üyelerinin 2/3 çoğunluğu¹⁰ ile (3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında

yürütülen gensoru üzerine başkanın yetersizliğine karar verilmesi mümkün (değildir)". D3D, E 69/136, AYTAÇ, s. 478.

⁶ D8D, KT 5.8.1997, E 97/2968, K 97/2380 (yayımlanmadı).

⁷ Bilindiği gibi belediye meclislerinin dönem başı toplantıları Haziran ayında (Büyükşehir belediye meclisleri toplantıları Mart ayında) yapılmaktadır. Belediye başkanının yıllık çalışma raporunu , meclisin Haziran ayı toplantısında meclise sunması gerektiğinden bu toplantı dışında başkandan çalışma raporu istenemeyeceği gibi, Haziran ayı toplantısı dışında rapor verilmediği için düşürülmesine de meclisçe karar verilemez. Bu konuyla ilgili olarak Danıştay 3. Dairesi, "... toplantı dönemi başının Haziran ayına alınmış olduğunun kabulü zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda şubat ayı toplantısında okunan yıllık faaliyet raporu üzerine verilen yetersizlik kararı kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun bulunmadığından Üzümlü Belediye Başkanının yetersizliği konusunun incelenmesine imkan ve mahal olmadığına" karar vermiştir. D3D, KT 7.4.1970, E 70/129, K 70/154, DD, Sy. 1, s. 79.

⁸ Belediye Kanunu'nun 76. maddesine göre yıllık çalışma raporu, bu raporun kapsamı göz önüne alınarak, meclis kararlarının uygulanmasına, belediyenin mali durumuna, akdedilmiş ve mevcut taahhütlerin ifa şekline ilişkin bir rapordur.

⁹ Belediye Kanunu'nun 60. maddesine göre, çalışma raporunun görüşüleceği meclis toplantısına meclis başkan vekili başkanlık edecektir. Uygulamada Danıştay bu hususu zorunlu bir şekli şartı olarak görmektedir. Danıştay'a göre, "... meclisin yıllık çalışma raporunun görüşüldüğü 10.6.1991 günlü oturumunda, önceden usulüne uygun olarak seçilmiş birinci ve ikinci başkan vekillerinin bulunmaların karşın, toplantının, başka bir meclis üyesinin başkanlığı ile yapılarak Yasanın 60. maddesinde öngörülen kurala uyulma(mıştır)". D8D, KT 26.12.1991, E 91/3185, K 91/2093, DD, Sy. 84-85, s. 533.

¹⁰ "Olayda, Tekebaşı Belediye Meclisinin 9.6.1993 günü belediye başkanının başkanlığında 9 meclis üyesinin katılımıyla toplandığı, 1992 yılı çalışma raporunun görüşülmesinin, yasanın öngördüğü biçimde meclis başkan vekilinin başkanlığında yürütüldüğü, görüşme sonucu yapılan oylamada çalışma raporunun 6 oyla yetersiz bulunduğu anlaşılmaktadır. Belediye başkanı, meclisin doğal üyesi olduğundan, Tekebaşı Belediye Meclisinin, başkan ve 9 üye olmak üzere 10 kişiden oluştuğu açıktır. Bu durumda 6 üyenin olumsuz oyu ile alınan yetersizlik kararı yasada belirtilen üçte iki çoğunluk kararına dayalı olmamakta-

Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 14. maddesinin son fıkrasına göre bu oran büyükşehir belediye başkanları için 3/4 olarak uygulanacaktır.) belediye başkanı hakkında yetersizlik kararı verilir¹¹. Yetersizlik kararı ve görüşme tutanakları meclis birinci başkanvekili, onun bulunmaması halinde ikinci başkanvekili tarafından mahallin en büyük mülkiye amirine gönderilir. Vali, bu dosyayı il merkezi olan yerlerde kendisinin, il merkezi olmayan yerlerde kaymakamın gerekçeli görüşünü de ekleyerek bir ay içinde Danıştay'a sunar. Danıştay, yetersizlik kararı verdiği takdirde belediye başkanı başkanlıktan düşer¹².

Kanun'a göre raporun görüşülmesi sırasında meclise başkanvekilinin başkanlık etmesi gerekmektedir. Danıştay, meclisin, belediye başkanının başkanlığında toplanmış olmasını "kanuna aykırı" ve "usulsüz" görmekte birlikte yetersizlik kararının verildiği toplantılarda, bu durumun, toplantıyı geçersiz kılacak nitelikte olmadığı görüşündedir¹³.

D. Seçilme Yeterliliğini Kaybetme ve Mahkumiyet

1988 tarih ve 355 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılmadan önce Belediye Kanunu'nun 91. maddesinde, seçilme yeterliliğini kaybeden, görevini kötüye kullanma veya herhangi bir suçtan dolayı en az altı ay hapse mahkum olan belediye başkanlarının İçişleri Bakanlığının bildirisi üzerine Danıştay tarafından bir ay içinde verilecek kararla başkanlıktan düşeceği düzenlenmekteydi. 355 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, "görevini kötüye kullanma veya herhangi bir suçtan dolayı en az altı ay hapse mahkum olma" durumunu maddeden çıkararak, maddeyi, "Belediye başkanlığına seçildikten sonra seçilme yeterliliğini kaybeden belediye başkanla-

dır". D8D, E 93/1748, K 93/2667, KT 9.9.1993, DD, Sy. 89, s. 473; "... oylamaya 31 üyenin katıldığı, oylama sonunda 21 üyenin belediye başkanının yetersizliği yönünde oy kullandığının ve üye tamsayısı belediye başkanı dahil 32 olan Kocasinan belediye meclisinde üçte iki oy çoğunluğunun 22 üyeden oluştuğunun dosyanın incelenmesinden anlaşılması sebebiyle 21 üyenin oyu ile alınan kararda Kanunda öngörülen üçte iki çoğunluk sağlanamamış olduğundan Kocasinan Belediye Başkanı ...nın başkanlıktan düşürülmesine gerek olmadığına ... oybirliği ile karar verildi". D11D, KT 7.8.1979 E 79/1366, K 79/3579, DBM.

¹¹ "... Belediye Başkanının senelik çalışma raporundan dolayı düşürülmesi hususunda gereğinin takdiri isteğiyle Danıştay'a başvurulabilmesi için Belediye Meclisince başkanın anılan rapordaki açıklamalarının yeterli görülmediğine dair bir karar alınması zorunlu olduğu gibi, bu durumda Danıştay'a bildirimde bulunmakla görevli olan merci ilgili validir". D11D, KT 19.9.1979, E 79/1733, K 79/3659, DD, Sy. 38-39, s. 345.

¹² D8D, KT 18.11.1992, E 92/2808, K 92/2949 (yayımlanmadı); D8D, KT 24.9.1996, E 96/2561, K 96/2272, (yayımlanmadı).

¹³ D8D, KT 15.10.1997, E 97/3496, K 97/2832 (yayımlanmadı); D8D, KT 25.11.1997, E 97/3271, K 97/3588 (yayımlanmadı).

rı, İçişleri Bakanlığı'nın bildirisini üzerine Danıştay tarafından bir ay içerisinde verilecek kararlar başkanlıktan düşerler" şeklinde değiştirmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 355 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamayı, "yetki kanunu" kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁴. Anayasa Mahkemesine göre, "Yetki Yasasıyla verilmeyen bir yetkinin kullanılmasında Kanun Hükmünde Kararnamayı dayanaksız, geçersiz duruma düşürür"¹⁵.

Yıldırım'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararında geçen "geçersiz duruma düşme" ibaresini, "yokluk" anlamında düşünmek gerekir. Bu sebeple de 91. maddenin değiştirilmediği halen yürürlükte olduğu söylenilebilir¹⁶. Danıştay da 91. madde sebeplerine dayanan başkanlıktan düşürme istemlerini halen 91. maddeye göre çözümlenmektedir¹⁷.

E. Görevi Mazeretsiz ve Kesintisiz Olarak Yirmi Günden Fazla Süreyle Terk

1580 sayılı Belediye Kanununun 1997 tarih ve 4231 sayılı Kanunla değişik 93. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Belediye başkanının, görevini mazeretsiz ve kesintisiz olarak yirmi günden fazla terk etmesi ve bu durumun mahallin en büyük mülki amirince tespit edilmesi ve İçişleri Bakanlığına bildirilmesi üzerine idari yargı tarafından bir ay içinde verilecek kararlar belediye başkanı başkanlıktan düşürülür".

Bu konuda bulabildiğimiz tek Danıştay kararının ilgili yerlerini, maddenin işletilmesini göstermesi bakımından buraya almayı uygun gördük. Karara göre, "... Belediye Başkanının 1991-1992 yıllık izinlerini yurtdışında geçirmek istediğini bildirdiği, belediye meclisince istemin olumlu karşılandığı, konunun İçişleri Bakanlığına iletilmesi üzerine istemin Bakanlıkça da onandığı durumun Mardin Valiliğine bildirildiği, 10.6.1992 ile 10.8.1992 günleri arasında yurtdışına gitmek üzere izin verilen Belediye Başkanının 9.10.1992 gününe kadar görevine dönmediğinin Mardin Valiliğince saptana-

¹⁴ AyM, KT 8.2.1989, E 88/38, K 89/7, AyMKD, Sy. 25, s. 43 vd.

¹⁵ Karar, s. 82.

¹⁶ YILDIRIM Turan, Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1993, s. 162. Anayasa yargısında "yokluk" müeyyidesinin olabileceği görüşünde olan yazara göre, Yüksek Mahkemenin iptal kararının, iptal edilen kanun veya KHK nin, kaldırdığı ya da değiştirdiği kanun ya da KHK nin yeniden yürürlüğe girmesini sağlamadığıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi kanun ya da KHK nin yokluğunu tesbit etmişse, önceki hükmün kendiliğinden yürürlüğe girmesi gerekir. s. 159, 160. Ayrıca bkz. YAYLA Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", Hıfısı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 938.

¹⁷ Bkz. D8D, KT 24.4.1995, E 95/1315, K 95/1317, DD, Sy. 91, s. 793-796.

rak durumun İçişleri Bakanlığına ulaştırıldığı, diğer taraftan adı geçen telgrafla 31.08.1992 gününe kadar raporlu olduğunu bildirdiği ancak herhangi bir rapor göndermediği, bu kez başka bir telgrafla 1.10.1992-27.10.1992 günleri arasında raporlu olduğunu bildirdiği ve yabancı bir ülkeden alınmış Sağlık Raporu ile Türkçe çevirisini gönderdiği, 1.9.1992-30.9.1992 günleri arasındaki durumuyla ilgili olarak kaymakamlığa herhangi bir bilgi ve belge ulaştırmadığı anlaşılmaktadır. İçişleri Bakanlığınca Belediye Başkanının düşürülmesi istemiyle başvurulması üzerine, Dairemizce adı geçen savunmasının alınması amacıyla yapılmak istenen bildirim "alıcının yurtdışına gittiğinden bildirim yapılamadı" açıklamasıyla 25.11.1992 günü geri gönderilmiştir. Bu durumda, 11.8.1992 günü görevine başlaması gereken belediye başkanının 11.8.1992-31.8.1992 günleri arasında özürlü olduğunu sonradan belgelendirse bile, 31.8.1992-1.10.1992 günleri için herhangi bir belge göndermediğinden devamsızlık nedeniyle düşürülmesi gerekmektedir"¹⁸.

Belediye Kanununun 93. maddesine göre başkanlıktan düşürülen ve seçilme yeterliliğini kaybeden belediye başkanının daha sonra tekrar aday olmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁹.

DANIŞTAY KARARININ NİTELİĞİ

Merkezden yönetime, mahalli idareler üzerinde tanınan en ağır vesayet denetimi yetkisi, mahalli idare organlarının faaliyetlerine; başka bir deyişle organlık sıfatlarına son verebilme yetkisidir²⁰. Bu yetki, yani merkezden yönetimin, mahalli idarelerin organlarının organlık sıfatlarına son verebilme yetkisi, bir çeşit "disiplin yetkisi" olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Ancak ülkemizde, Anayasa'nın yukarıda bahsedilen 127. maddesi hükmü ile, "disiplin yetkisi" niteliğindeki bu yetki yargıya verilmiş görünmektedir.

Anayasa, m. 127/4 "idari yargı" ya da "Danıştay"dan bahsetmemekle birlikte mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmeleri konusundaki "denetim" yetkisi, yasal düzenlemelerle bir idari dava dairesi olan Danıştay 8. Dairesine verilmiştir.

¹⁸ D8D, KT 15.12.1992, E 92/3200, K 92/3500, DD, Sy. 87, s. 387.

¹⁹ YILDIRIM, s. 144.

²⁰ ARSLAN Süleyman, "İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasından Ortaya Çıkan Sorunlar", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, s. 522.

²¹ GİRİTLİ İsmet-BİLGİN Pertev, Amme İdaresi Mevzuatı, İstanbul 1964, s. 306-307 dn. (1); ARSLAN, s. 522.

Yargı organının yapmış olduğu faaliyet, uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesidir. Yani yargılama faaliyetinin önşartı ortada bir “uyuşmazlık” olmasıdır. İYUK’na göre idari yargı yerleri, ya idari işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle, iptali talebiyle açılan “iptal davaları”na ya da idari faaliyetten zarara uğrayanların açacağı “tam yargı davaları”na bakarlar. İdari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların bir kısmının iptal davasının; büyük bir kısmının ise tam yargı davasına konusunu oluşturduğu düşünüldüğünde idari yargıda, iptal ve tam yargı davaları dışında bir başka dava türü olduğu söylenilemez. Anayasa hükmünde mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin “uyuşmazlık”lardan değil “denetim”den bahsedildiğine ve mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin dosyalar, Danıştay Kanunu m. 32’deki “davaları çözümler” açık hükmüne rağmen, D. 8. Dairesi önüne iptal ya da tam yargı davası yolu ile gelmediğine göre Anayasa’da belirtilen denetim nasıl bir denetimdir? Duran, Anayasadaki “yargı yolu ile denetim”in ne olduğunun belirlenemediğini belirterek, bunun bir üçüncü dava türü mü yoksa yargı meciinin katılımıyla yapılan, devletin idari vesayet denetimi yetkisi mi olduğunu sormakta²² ve kendi yorumunu şu şekilde belirtmektedir²³: “(B)urada devletin mahalli idareler üzerinde haiz olduğu ‘*idari vesayet denetimi*’ni bunların özerkliğini korumak için idari makamlarca ve idari usullerle değil de yargı mercileri eliyle ve yargısal usuller uyarınca yapmayı uygun ve yararlı gördüğü savunulabilir. Bu yargı yolu ile idari vesayet denetimi, bireylerin idari işlemleri iptal davası ile yargısal denetimden geçirmeleri kabilinden olmadığı gibi, devletin bağımsız kuruluşlarının katılımı ile idari usullere göre yaptığı idari denetim de değildir”.

Görüldüğü gibi Duran, mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin olarak Danıştay 8. Dairesi tarafından yapılan denetimini yargı organınca, yargısal usullerle yapılan “ayrık ve olağandışı”²⁴ bir idari vesayet denetimi olduğunu söylemekte ve gerekçe olarak da mahalli idarelerin özerkliklerinin korunması düşüncesini ileri sürmektedir²⁵.

Ancak, Anayasa m. 127/4’de “mahalli idareler”den bahsedilmekle birlikte yine bir mahalli idare olan “köy”de, köyün seçilmiş organları muhtar ve ihtiyar meclisi üyeleri ile ilgili olarak “çıkarma yetkisi”, 442 sayılı Köy Kanunu m. 33/a-son hükmüne göre il veya ilçe idare kurullarındadır. Üstelik

²² DURAN Lutfi, Türkiye Yönetiminde Kargaşa, İstanbul 1988, s. 164.

²³ DURAN, s. 170.

²⁴ DURAN Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 60.

²⁵ Benzer görüş için bkz. YILDIRIM, s. 46-47.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır²⁶. Yüksek mahkeme, karında şu noktalara dikkat çekmektedir: “(M)ahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kaybetmeleri konusunda önceden alınmış, yürütülmesi zorunlu bir idari işlem yoktur. Burada idare, davalı olmayıp sadece seçilmiş organın sıfatını kaybetmesini gerektiren belgeleri sağlayıp sunmakla görevli ve yetkilidir. ...il ve ilçe idare kurullarınca yargısal usul ve kararlarla, muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliklerinden çıkarma görevi ...idare mahkemelerine verilmemiş, ... il ve ilçe idare kurullarının bu husustaki görev ve yetkileri sona ermemiştir. İl ve ilçe idare kurullarının bu konuda şimdiye kadar aldıkları yargısal nitelikli kararların, bundan sonra yargısal olmasına engel ve idari sayılmasını gerektiren yeni bir hüküm de getirilmemiştir”. Özetle, Anayasa Mahkemesi'ne göre mahalli idarelerin organlık sıfatını kaybetmelerine ilişkin kararlar “yargısal” niteliktedir. Ancak bu kararlar, muhtar ve ihtiyar meclisi üyeleri için İl ve İlçe İdare Kurulları tarafından, diğer mahalli idarelerin seçilmiş organları için Danıştay 8. Dairesi tarafından verilecektir. 8. Dairenin görevlerini belirten ve Köy Kanunu'ndan çok daha sonra yürürlüğe giren Danıştay Kanunu m. 32 de, köy muhtarı ve ihtiyar meclisi üyelerini de içine alacak şekilde “mahalli idarelerin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri” konusunda denetim yetkisi 8. Daireye verilmişken, köy muhtarı ve ihtiyar meclisi üyeleri için il ve ilçe idare kurulunun karar yetkisinin devam etmesi sorunun boyutlarını biraz daha büyütülmüştür.

Başta da belirtildiği gibi, mahalli idarelerin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri konusundaki denetimde 8. Daire özel bir yargılama usulü uygulayacaktır. Davacının olmadığı, bakanlık ya da valiliğin sadece kanuni görevleri gereği ilgili bilgi ve belgeleri Danıştay'a ulaştırmakla görevli oldukları bu usulde ilgiliye sadece 15 günlük bir savunma hakkı tanınmış; 8. Dairenin kararına karşı da İYUK' ta belirtilen kanun yolları yerine İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna “itiraz” öngörülmüştür²⁷.

Danıştay'a göre idari yargının görev alanı, “idare hukuku kuralları içinde, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle

²⁶ AyM, KT 24.9.1987, E87/4, K 87/20, AyMKD, Sy. 23, s. 344 vd. Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan yerel mahkemenin aykırılık gerekçesi şöyledir: “İl ve ilçe idare kurulunca, bir muhtarın görevinden alınması, bir yargı kararının idari işleme eklenmesi yolu ile değil, doğrudan doğruya idarece görevinden alınması yoluyla olmaktadır. Bu durumun ise Anayasanın 127. maddesinde yer alan yargı denetimi dışında bir işlem olduğu açıktır”. Karar, s. 353.

²⁷ İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun görevlerini düzenleyen Danıştay Kanunu m. 38 de böyle bir görevden bahsedilmemesi de ilginçtir.

açılan davaların görüm ve çözümünüle sınırlıdır". Buna rağmen Danıştay 8. Dairesinin başkanlıktan düşürme kararlarının organik ve maddi bakımdan "yargısal" olduğunda da tereddüt yoktur²⁸. Burada önemli olan Giritli-Bilgen'in de üzerinde durduğu gibi Anayasa m. 127/4 deki "denetim" kavramının açıklığa kavuşmasıdır²⁹. Giritli-Bilgen'e göre" denetim sonradan (à posteriori) yapılan bir işlemdir. Yani merkez, fesih yetkisini kullanacak, fakat kararı mutlaka yargı denetimine tabi olacaktır. Yoksa fesih kararını yargı organı verecek değildir".

Gerçekten de gerek valilik gerekse İçişleri Bakanlığı dosyayı Danıştay'a göndermezlerse bir başka makamın bunu Danıştay önüne götürmesi mümkün olmadığı gibi³⁰, Danıştay'ın da kendiliğinden bu denetimi yapması mümkün değildir. O halde Danıştay 8. Dairesinin belediye başkanlığından düşürme kararları, bir idari vesayet denetimi yetkisi olmayıp; gerçekte bu yetkiyi kullanan valiliklerin ve İçişleri bakanlığının belediye başkanının başkanlıktan düşmesi konusundaki iradelerinin yargısal denetiminden ibarettir.

²⁸ YILDIRIM, s. 46; ARSLAN, s. 522.

²⁹ GİRİTLİ/BİLGEN, s. 307. dn. (1)

³⁰ Uygulamada Danıştay, belediye başkanının kendisiyle ilgili denetim yapılması için yaptığı başvuruları bu usulün İYUK ek m.2'ye aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmektedir.

ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞUNDA KUSURUN ROLÜ

Arş. Gör. Mehmet ALTUNKAYA*

I. GİRİŞ

Türk Sorumluluk hukukunda geçerli olan ilke, kusur sorumluluğu ilkesidir. BK. m. 41/1'e göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Kusur sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir¹. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ise, motorlu araç işletenin sorumluluğunda kusur sorumluluğundan ayrılarak, bunun yerine sebep sorumluluğu ilkesini benimsemiştir. Gerçekten, Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesi, işletenin sorumluluğunda kural olarak tehlike sorumluluğunu öngörmüştür. Bununla birlikte kanun, tehlike sorumluluğunu tamamlayıcı olarak, olağan sebep sorumluluğu ve kusur sorumluluğuna da yer vermiştir. Nitekim Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesine göre, aracın işletilmesinden doğan zararda tehlike sorumluluğu, işletilme halinde olmayan bir aracın ortaya çıkardığı zararda ise olağan sebep sorumluluğu veya kusur sorumluluğu söz konusu olur. Aynı şekilde kazadan sonra yapılan yardım faaliyetlerinden doğan zararlar da, olağan sebep sorumluluğu kabul edilmiştir².

Birden çok işletenin birbirlerine verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları da kusur sorumluluğu hükümlerine tâbi tutulmuştur³. Aynı şekilde trafik kazalarından doğan manevî tazminat talebi haksız fiil hükümlerine tâbidir. Yani kaza sonunda meydana gelen ölüm ve vücut bütünlüğünden kaynaklanan manevî tazminat Borçlar Kanunu madde 47'ye göre talep edilmelidir⁴.

İşletenin sorumluluğunda çağdaş eğilim tehlike sorumluluğu olmasına rağmen, sorumluluğun doğması için öngörülen şartlarla ilgili değişik düzenlemeler mevcuttur. Özellikle Alman ve Avusturya hukuklarında aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkan zararların tehlike sorumluluğuna tâbi olduğu

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

¹ EREN, Fikret, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akid dışı Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C. XXXIX, 1982-87, S. 1-4, s. 162.

² EREN, s. 162; BOLATOĞLU, Bolat, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1988, s. 156; TUNÇ, Ramazan, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I), YD., C. 17, Ekim 1991, S. 4, s. 526 vd.

³ TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 533; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 614; EREN, s. 164.

⁴ EREN, s. 164; OĞUZMAN / ÖZ, s. 621.

belirtilmiştir. Buna karşılık, İsviçre ve Türk hukuklarında aracın işletilmesinden doğan zararlar için tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluğu yanında olağan sebep ve bazı hallerde de kusur sorumluluğu kabul edilmiştir⁵.

Bu çalışmada işletenin sorumluluğunda kusurun rolü üzerinde durulmuştur. Konuyu dağıtmamak amacıyla, işletenin tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulduğu haller, maddenin kapsamı dışında tutulmuştur.

II. KUSUR KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

A) Kusur Kavramı

Toplum içerisinde beraber yaşama mecburiyetini taşıyan fertlerin hukuk kurallarına uyma yükümlülükleri de vardır. Hukuk düzeni, kişilerin birbirlerine zarar vermeden, uyum içerisinde yaşamaya özen göstermelerini istemiş, buna aykırı davranış içerisinde bulunanları kınama yoluna gitmiştir. İşte makul ölçüler içerisinde hareket etmeyen şahısların davranışları kusur olarak nitelendirilmiş ve bu durum da sorumluluk hukukunun temelini oluşturmuştur⁶.

Borçlar Kanununun 41. maddesi kusuru düzenlemiş olmasına rağmen tanımını yapmamıştır. Kusurun tanımı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu husustaki hâkim görüş, hukuk düzeninin kınadığı bütün davranışların kusur olarak adlandırılmasıdır⁷. Bu da göstermektedir ki, kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranışın bulunmasını gerektirir. Yani her kusurlu

⁵ EREN, s. 165.

⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I., 6. Bası, İstanbul 1998, s. 552; ÖZSUNAY, s. 69; OĞUZMAN/ÖZ, s. 504; OFTINGER, Karl., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. A., Zürich 1975, s. 141; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, s. 210.

⁷ ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, MHE., Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21/22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 69; EREN, Borçlar, s. 551; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 45; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I., İstanbul 1972, s. 280; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 504; KANETİ, Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21/22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 40; KARAHASAN, M. Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1992, s. 138; FEYZİOĞLU, N. FEYZİ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I., İstanbul 1967, s. 338; İNAN, A. Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 264; GÜVEN, O. Sabri, Kusur Kavramı ve Çeşitleri (I), YD., Atatürk Armağanı, C. 7, S. 4, Ekim 1981, s. 574; TUNÇ, s. 526; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi-Genel Hükümler, Konya 2000, s. 118.

davranış, daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir. Kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkündür⁸.

B) Kusur Teorileri

Sübjektif ve objektif teori olmak üzere başlıca iki türlü kusur teorisi vardır.

Sübjektif Teori, failin psikolojik ve moral şartlarına göre kusurlu olup olmadığını araştırır. Kusuru işlemeye kişinin davranışı değil, iradesi veya zihni yapısı etken faktördür. Birisine zarar veren kişinin, zararlı sonuç hakkında yeterli bilgiye önceden sahip olması, bundan kaçınmak için gerekli çabayı göstermesi gerekirken, bunları yapmaması halinde kusurlu olduğu sonucuna varılır. Kusurun sübjektif yönü daha çok kusur ehliyeti ile ilgidir. Yani kusurlu olarak kabul edilebilecek kişinin temyiz kudretine sahip olması gerekir. Gerçi, sebep sorumluluğunda kişi temyiz kudretine sahip olmasa dahi, kanunun öngördüğü şartlar gerçekleştiği takdirde doğan zarardan sorumlu olur. Dolayısıyla sebep sorumluluğunda kusur ehliyeti söz konusu olmaz⁹.

Objektif Teori ise, zarar verenin şahsını değil, davranışını ele alan bir teoridir. Burada objektif bir tip vardır. Bu tip, zarar veren kişinin yaşadığı toplum içinde bulunan insanların aynı olaylarda aynı davranış içerisinde bulunmasıdır. Zarar veren kişinin davranışı ile kıyaslama yapılması sonucunda ortaya çıkan farklılık, kusur olarak nitelenmektedir. Yani bu teoride kişinin şahsî durumu, becerileri, meslekî yeteneği ve fizikî gücü gibi unsurlar yerine, bir toplum içinde yaşayan aynı statüdeki insanların yeteneği, meslekî becerisi ve fizikî gücü gözönünde bulundurulur¹⁰.

Kusurun belirlenmesinde sübjektif bir ölçünün tercih edilmesi, her somut olayda hukuka aykırı bir davranışta bulunan kişinin, iradesinin, zeka durumunun, yeteneğinin, bilgi ve becerilerinin araştırılması ve buna göre kusurunun tespit edilmesini gerektirecektir. Buna karşılık, objektif ölçüde kişinin şahsî hali değil, toplumun geneli gözönünde bulundurulması bir değerlendirme yapılacaktır. Çünkü objektif ölçüde özen gösterme yükümlülüğü vardır. Örneğin hastalanan çocuğunu hastaneye yatıran bir kişi, bu olayın kendisine verdiği manevî ızdırıp nedeniyle dikkatini toplayamamış ve bir

⁸ EREN, Borçlar, s. 551; OFTINGER, I, s. 138; OFTINGER/STARK, I, s. 192; DESCHENAUX/TERCIER, La Responsabilite Civile, 2. Edition, Bern 1982, s. 79

⁹ EREN, Borçlar, s. 552, 555; ÜNAL, Mehmet, Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan, AÜHFD., C. XXXV., S. 1-4, Ankara 1978, s. 418.

¹⁰ EREN, Borçlar, s. 553; OFTINGER, I, s. 141; OFTINGER/STARK, I, s. 199; DESCHENAUX/TERCIER, s. 79; ÖZSUNAY, s. 72.

kazaya neden olmuştur. Bu durumda o kişi özen yükümlülüğünü ihlâl etmiştir ve kusurludur. Yani kişinin acı ve ızdırap içinde olması veya aşırı yorgunluğu kusurlu olarak nitelendirilmesini önlemez. İşte her olay için kişinin zeka durumunun, iradesinin, yetenek ve becerisinin tespit edilebilmesinin imkânsızlığı nedeniyle objektifleştirilmiş bir kusur benimsenmiştir¹¹.

C) Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk hukuku açısından kusur ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, kast ve ihmaldir. Nitekim bu durum, BK. m. 41/T'de " gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar veren şahıs, o zararın tazminine mecburdur " şeklinde ifade edilmiştir.

1. Kast

Failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek meydana getirmesine kast denir¹². Burada hukuk düzeninin koymuş olduğu kurallar, bilinçli olarak ihlâl edilmiştir. İşte failin bu davranışına kasıtlı davranış denir. Örneğin, bir kişinin öldürmek amacıyla bir başkasının üzerine arabasını hızla sürmesi gibi.

Kast iki unsurdan oluşur. Bunlardan birincisi, tasavvur; hukuka aykırı davranışın fail tarafından tasarlanması, düşünülmesi, öngörülmesi, ikincisi ise, iradedir. Yani hukuka aykırılığın, failin isteği ile gerçekleşmesidir¹³.

Zarar verici davranışta bulunan kişinin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmemesi kastı ortadan kaldırır. Çünkü yukarıda verilen tanımda da belirtildiği üzere kastın oluşumu için failin yaptığı hareketin bilincinde olması şarttır. Gerçekten, kasttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi gerekmemesine rağmen, hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olması gerekir¹⁴.

2) İhmal

Hukuka aykırı davranışta bulunan kişi, bu davranışı istememesine rağmen, böyle bir sonucun doğmaması için gerekli özeni göstermemişse ihmali vardır. Başka bir deyişle, belli bir davranışta bulunurken, kendisine

¹¹ ÖZSUNAY, s. 75.

¹² OLGUÇ, Senai, Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 1969, s. 196; von THUR, Andreas, (Çev. Cevat EDEGE), Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1983, s. 582; İNAN, s. 266; OFTINGER, I, s. 142; OFTINGER/STARK, I, s. 200; DESCHENAUX/TERCIER, s. 82; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; OĞUZMAN/ÖZ, s. 505; KANETİ, s. 52;; EREN, Borçlar, s. 557; ÖZSUNAY, s. 71; TUNÇOMAĞ, s. 282; FEYZİOĞLU, s. 340; ÜNAL, s. 418; GÜVEN, s. 581; AKINCI, s. 119.

¹³ EREN, Borçlar, s. 558; TANDOĞAN, s. 46.

¹⁴ EREN, Borçlar, s. 558; OĞUZMAN/ÖZ, s. 506.

yüklenmiş olan ödevleri ihmal eden kişinin kusurlu olduğu sonucuna varılır¹⁵.

İhmal, toplumda yaşayan aynı özelliklere sahip kişilerin, aynı şartlarda göstermesi gereken özenin gösterilmemesidir. İhmalin ölçüsü objektiftir. Orta seviyedeki bir kişinin olaylar karşısında makul ölçüler içerisinde davranış göstermesi, somut olayın özellik ve gereklerine göre hareket etmesi ihmalin oluşumu veya değerlendirilmesinde etken rol oynar. Bu nitelik, fail için çok ağır bir sonuç olmakla birlikte, toplum güvenliği ve huzuru açısından kişilerin daha dikkatli ve özenli davranış içinde bulunması sonucunu doğurması nedeniyle önemlidir. Yani herkes makul bir kişide bulunması gereken, ahlaki, ruhi özellikleri ve bunlar yanında fizikî beceri ve yetenekleri, ayrıca belirli bir meslekle uğraşıyorsa, bu meslek için gerekli olan kapasiteyi taşıyor olmalıdır¹⁶.

Sorumluluk hukukunda kusurdan söz edildiği zaman, daha çok ihmal kastedilir ve ihmale ilişkin niteliklere göre değerlendirme amaçlanır. Çünkü fail ister kasten ister ihmal ile hukuka aykırı bir davranışın doğmasına sebep olsun zararı tazminle yükümlüdür. Dolayısıyla en hafif ihmal dahi sorumluluğu oluşturur¹⁷.

a) İhmalin Türleri

İhmal ağırlık derecesine göre, Roma Hukukundan gelen bir ayrımla, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Doktrinde bu iki ihmal türü arasında orta ihmalin de olabileceği söylenmektedir. Yalnız buradaki ayırım nitelik yönünden değil, nicelik yönündendir¹⁸.

aa) Ağır İhmal

Aynı durum ve şartlara sahip olan her makul insanın göstermesi gerekli en basit dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmaldir¹⁹. Örneğin bir

¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; OĞUZMAN/ÖZ, s. 506; EREN, Borçlar, s. 559; ÖZSUNAY, s. 71; OFTİNGER, I, s. 142; OFTİNGER/STARK, I, s. 201; DESCHENAUX/TERCIER, s. 83; KANETİ, s. 52; ERDOĞAN, İhsan, Haksız Fillerde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, SÜHFD. C. 3, Ocak-Haziran 1990, S. 3, s. 126; GÜVEN, s. 581; AKINCI, s. 119.

¹⁶ EREN, Borçlar, s. 559; TANDOĞAN, s. 48; İhmalin ölçüsünün objektif değil, irade eksikliği olduğu yönündeki görüş için bkz. KANETİ, s. 53; OFTİNGER, I, s. 143; OFTİNGER/STARK, I, s. 205; DESCHENAUX/TERCIER, s. 83.

¹⁷ ÖZSUNAY, s. 71; EREN, Borçlar, s. 557; TUNÇOMAĞ, s. 285.

¹⁸ EREN, Borçlar, s. 562; ÖZSUNAY, s. 71.

¹⁹ ÖZSUNAY, s. 71, OĞUZMAN/ÖZ, s. 506; OFTİNGER, I, s. 153; OFTİNGER/STARK, I, s. 219; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; İNAN, s. 268; EREN, Borçlar, s. 562; ERDOĞAN, s. 129; GÜVEN, s. 581; AKINCI, s. 119.

kamyonun yükünün, çürümüş bir ip ile bağlanması ve bunun sonucunda da başka bir kişinin zarar görmesi halinde failin ağır ihmali vardır.

bb) Hafif İhmal

Ağır ihmal olarak nitelenemeyen durumlarda, hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması halinde hafif ihmalden söz edilir²⁰. Örneğin (A) evinin penceresinden aşağıya bakmadan bir tahta parçasını fırlatmış ve bu tahta parçası yoldan geçen birisinin başına çarparak onu yaralamıştır. Bu fiilde (A)'nın hafif ihmali vardır. Çünkü pencereden aşağıya bir şey atarken, her tedbirli kişi aşağıyı kontrol etmekle yükümlüdür²¹.

cc) Orta İhmal

Ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki ihmal, orta ihmaldir²².

b) Şuurlu İhmal – Şuursuz İhmal

Uygulaması olmayan, tamamen teorik olan bir ayırmadır. Failin daha önceden hukuka aykırılığı görüp, bunun gerçekleşmeyeceği ümidiyle zararı önlemeye yönelik hiçbir tedbir almaması halinde şuurlu bir ihmalin olduğu kabul edilir. Örneğin karanlıkta dinamitle balık avlamakta olan (A), o sırada dinamit alanına başka bir balıkçının yaklaşıp kazaya uğrayabileceğini biliyor, ama deniz تنها olduğu için böyle bir sonucun gerçekleşebileceğini ummuyor ise şuurlu bir ihmal vardır. Buna karşılık, failin gerekli özeni göstermemesi durumunda şuurlu olmayan bir ihmal oluşmuş olur. Örneğin bir operatör, böbreğinden ameliyat için gelen hastanın yanlışlıkla safra kesesini almış ise şuursuz bir ihmal vardır²³.

D) Kusuru İspat Yükümlülüğü

Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükümlülüğü zarar görene düşer. Yani zarara uğrayan zarar verenin kusurunu ispat etmek durumunda-
dır. Ancak bazı istisnai hallerde zarar veren hakkında kusur karinesi vardır ve bu durumda ispat yükü ters döner. O zaman da zarar veren kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır. Yine BK. m. 54/II'ye göre geçici olarak

²⁰ EREN, Borçlar, s. 562; OĞUZMAN/ÖZ; s. 506; OFTINGER, I, s. 153; OFTINGER/STARK, I, s. 220; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; İNAN, s. 269; ÖZSUNAY, s. 72; ERDOĞAN, s. 128; GÜVEN, s. 581; AKINCI, s. 119.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 507.

²² EREN, Borçlar, s. 562.

²³ EREN, Borçlar, s. 563; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; ERDOĞAN, s. 127; GÜVEN, O. Sabri, Kusur Kavramı ve Çeşitleri, II, C. 8, Ocak- Nisan 1982, S. 1-2, s. 155.

teyiz kudretini kaybeden kişi bu durumda iken vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumludur. Eğer kişi bu hale kendi isteği dışında dışmış olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur. İşte kişinin bu kusur karinesinin aksini, yani kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir²⁴. Ayrıca zarar görenin davranışının, zarar verici olayın başlı başına nedeni olacak derecede ağır olduğu durumlarda ispat işletene aittir²⁵.

E) Zarar Görenin Kusuru

Karayolları Trafik Kanunu anlamında zarar gören kavramından, bedensel bütünlüğü bozulan gerçek kişilerle, şeye gelen bir zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişiler anlaşılır. Yani zarar gören denilince, kural olarak, motorlu taşıtın işletilmesinde gizli bulunan tehlikeleri üstlenmeyen kişiler (yayalar, bisiklet kullananlar, motosiklet sürücöleri, taşıtta bulunan yolcular) anlařılmaktadır²⁶.

Zarar görenin kusuru, teknik anlamda kusur kavramından farklıdır. Çünkü, teknik anlamda kusur kavramında birinin bir başkasına zarar verici davranışının nitelemesi söz konusu olduğu halde, zarar görenin kusurunda, zarar bir başka şahsa değil, zarar görenin kendisine verilmektedir²⁷.

Genel olarak kusur kavramında olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da objektifleştirilmiş bir kusur ölçüsü vardır. Yani tehlikenin doğacağını bilen veya bilmesi gereken bir kişi buna mâni olmak için gerekli tedbirleri almamışsa, zarar görenin kusurundan söz edilir²⁸.

F) Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişinin kusuru denilince, aracın işleteni, araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, işletenin aracın işletilmesinde görevlendirdiği, eylemlerinden sorumlu olduğu ve zarar görenler dışında kalan kişiler anlaşılmalıdır. Genel olarak, aracın işletilmesinde herhangi bir görev üstlenmeyen kişiler yanında işletenin ailesini oluşturan fertler de üçüncü kişi sayılır²⁹. Aynı şekilde aracın çalınmış veya gaspedilmiş olması halinde de aracı çalan veya gaspeden kişi, işleten için üçüncü kişi durumundadır³⁰.

²⁴ EREN, Borçlar, s. 563; OĞUZMAN/ÖZ, s. 508; NOMER, s. 68; GÜVEN, II, s. 169.

²⁵ ÖZSUNAY, s. 104.

²⁶ ÖZSUNAY, s. 101.

²⁷ ÖZSUNAY, s. 102; EREN, Borçlar, s. 564; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 540; OFTİNGER, I, s. 158.

²⁸ ÖZSUNAY, s. 102; EREN, Borçlar, s. 565.

²⁹ EREN, Borçlar, s. 700; Trafik sınavı yapan uzmanların, araçla para alınmaksızın hatır için taşınan yolcuların, park eden araçları gözeten kimselerin, araçtan izinsiz yararlananların üçüncü kişi sayılacağı ifade edilmiştir. (ÖZSUNAY, s. 106).

³⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, C.XII, S. 2-3, Haziran 1984, s. 41; TUNÇ, Ramazan, KTK'na Göre İşletenin

Üçüncü kişinin kusurunda da teknik kusura ilişkin kurallar uygulanır. Bu sebeple üçüncü kişinin kusuru kast şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin (A) tarafından tabanca kurşunuyla ağır bir şekilde yaralanan (B) hastaneye götürülmüş, orada aralarında husumet bulunan (C) tarafından ameliyat altına alınmış ve (C)'nin kasten yanlış ameliyatı sonucu ölmüştür. Bu olayda üçüncü kişi durumunda olan (C)'nin kasfı davranışı, yoğunluk itibarıyla yaralama fiilini arka plana atmış ve illiyet bağımlı kesmiştir³¹.

G) Kusur İle Temyiz Kudreti Arasındaki İlişki

Kusurun objektif yönü failin davranışlarında göstermesi gereken özen üzerinde odaklanır. Kusurun sübjektif yönünü ise, temyiz kudreti oluşturur. Temyiz kudreti, MK. m. 15'de de belirtildiği şekliyle akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk, yaş küçüklüğü ve bunlara benzer nedenlerden dolayı makul biçimde hareket edemeyen kişilerin durumuna verilen isimdir. Bir kimşenin kusurlu sayılabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekir. Buna karşılık, kusura dayanmayan sorumluluklar açısından böyle bir şart aranmaz. Ancak hakkaniyet gerektiren durumlarda kişi temyiz kudretinden mahrum olsa dahi sorumlu tutulabilmektedir. Hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi tam ya da kısmî tazminat ödemeye mahkum edebilir (BK. m. 54/I)³².

III. ARAÇ İŞLETENİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN KURULUŞUNDA KUSURUN ROLÜ

A) İşleten Kavramı

2918 sayılı Kanun'da sorumluluk süjesi olarak "işleten" gösterilmiştir. Gerçekten KTK. m. 3'e göre, "İşleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet ve rehni gibi hallerde kiracı, ariyet ve rehin alan kişidir. Ancak, ilgili kişi tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiilî tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır".

Kanunda ifade edilen tanımdan da anlaşıldığı üzere, işleten sıfatının belirlenmesinde iki ölçü vardır. Bunlar; şeklî ölçü ve maddî ölçüdür. Şeklî

Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II), YD., C. 18, Ocak-Nisan 1992, S. 1-2, s. 185.

³¹ EREN, Borçlar, s. 566; OFTINGER, I, s. 169; OFTINGER/STARK, I, s. 242

³² von THUR, s. 583; ÖZSUNAY, s. 77; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 496; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 141; TUNÇOMAÇ, s. 281; TANDOĞAN, s. 59; KARAHASAN, s. 140; İNAN, s. 271; GÜVEN, II, s. 163.

ölçü, motorlu araç ile ilgili belgede kişinin o aracın sahibi olduğuna dair bir tabirin bulunması durumudur. Başka bir deyişle motorlu taşıtın trafik sicilinde veya belgesinde yahut sigorta poliçesinde adı yazılı olan kişi aracın sahibidir. Maddî ölçüye göre ise, aracı fiilî hâkimiyeti altında bulunduran, araçtan ekonomik olarak yararlanan, aracı kendi hesabına işleten, onun masraf ve rizikolarına katlanan kişi işletendir³³. İşleteni şekli ölçüye göre tespit etmek daha kolaydır. Çünkü araç ile ilgili trafik kayıtları aracın kime ait olduğunu ortaya koyar. Ancak araç, sicildeki kayda rağmen, bir başkasına satış, bağışlama veya başka bir yolla devredilmiş olabilir³⁴. Bu sebeple daha kolay ve pratik olan bu ölçü, bazen gerçekleri yansıtmaktan uzaktır. O halde işleteni maddî ölçüye göre belirlemek ve aracın mülkiyetinin naklini de Medenî Kanun'un menkul mülkiyetiyle ilgili hükümlerine göre gerçekleştirmek daha yerinde olacaktır³⁵.

Araç işleten; gerçek işleten ve farazî işleten olmak üzere iki çeşittir.

Yukarıda maddî ölçü içerisinde saydığımız niteliklere sahip herkes gerçek işletendir. (Aracın sahibi, aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla alıcısı, aracın uzun süreli kiracısı, ariyet ve rehin alanı...) Ancak gerçek işleten bunlardan ibaret değildir. Bunların yanında, adı trafik belgesinde yazılı kişilerle, adına sigorta poliçesi düzenlenen kişiler de gerçek işletendir. Ama bunların zaman zaman gerçek işleten sıfatına sahip olmamaları da mümkündür³⁶.

Farazî işleten ise, kanunun gerçek işleten saymadığı ama gerçek işleten gibi sorumlu tuttuğu kimselerdir. Bunlar, motorlu araçlarla ilgili meslekî faaliyette bulunan teşebbüslerin sahipleri, yarış düzenleyicileri, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ile, bir motorlu aracı çalan veya gaspeden kişilerdir³⁷.

³³ EREN, Borçlar, s. 670; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 529; KILIÇOĞLU, s. 7, ORHUNÖZ, Ergun, KTK'ya göre Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Ankara 1998 s. 42; NOMER, Haluk, 2918 Sayılı KTK'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, C.66, S. 1-2-3, İstanbul 1992, s. 48; ÖZSUNAY, Ergun, Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak "İşleten" Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar, BATİDER, C. 6, S. 1-4, Temmuz 1971, s. 88 vd.; EREN, s.176; OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II/2, 3. A., Zürich 1972, s. 484; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II/2, 4. A., Zürich 1989, s. 65.

³⁴ Yargıtay HGK., 14.5.1982, 11-626/505, (YKD., 1982, S. 9, s. 1237)

³⁵ EREN, Borçlar, s. 672; ÇELİKTAŞ, Demet, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukukî Sorumluluğu, İzmir 1987, s. 64

³⁶ EREN, Borçlar, s. 672; KILIÇOĞLU, s. 6; EREN, s. 177.

³⁷ EREN, Borçlar, s. 686; KILIÇOĞLU, s. 11; EREN, s. 181; ÇELİKTAŞ, s. 75 vd.

B) KTK. m. 85'e Göre Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu

Motorlu aracın işletilmesinden dolayı ortaya çıkan zararları işletenin tazmin etme yükümlülüğü, Kara Avrupası Hukuk sistemlerinde genellikle kusursuz sorumluluğun özel bir görünümü olan “ tehlike sorumluluğu ” içinde değerlendirilir³⁸.

Tehlike ile sadece vücut ve hayatı tehdit eden olaylar değil³⁹, herhangi bir hakkı ihlâl edecek zarar ihtimali de anlaşılmalıdır. İşte tehlike kaza ve zararın gerçekleşmesi ile oluşur⁴⁰.

Burada kastettiğimiz tehlike, Fransız Hukuku'nda kabul edilen genel anlamda sebebiyet prensibi değildir. Çünkü bu prensibe göre, her fiilde başkasına zarar verme ihtimali ve tehlikesi gözönünde bulundurulur ve zarar rizikosu da faile yüklenir. Buna karşılık bizim de kabul ettiğimiz tehlike prensibi, Alman Hukuku'ndaki gibi dar anlamda olacaktır. Burada da başkaları için tehlike arzeden eşya veya faaliyet anlaşılır⁴¹. Yani ağır bir tehlike arzeden bazı faaliyetleri, işletmeleri veya tesisleri işleten kişiler, bu sebeple ortaya çıkarttıkları zararlardan sorumludurlar⁴².

Tehlike sorumluluğu gelişen sanayi ve teknolojinin bir ürünüdür. Bir başka deyişle demiryolu, gemi, sivil hava aracı, motorlu araç, atom tesisi, elektrik, gaz, patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis ve işletmelerin sahip oldukları, işletme nedeniyle tâbi tutuldukları sorumluluklardır⁴³.

Tehlike sorumluluğu ülkemizde batılı ülkelere oranla çok az düzenlenmiştir. Bunlar; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre motorlu araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa göre sivil hava aracı işletenin sorumluluğu ile 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa göre devletin askeri manevralar ve atışlardan doğan sorum-

³⁸ TANDOĞAN, Haluk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 1981, s. 15 vd.; ÖZSUNAY, s. 78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 523.

³⁹ İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 62

⁴⁰ ÇELİKTAŞ, s. 9

⁴¹ İMRE, s. 63; ÇELİKTAŞ, s. 9

⁴² TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 26; EREN, Borçlar, s. 656; ÇELİKTAŞ, s. 9

⁴³ EREN, Borçlar, s. 656; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 27; KARAHASAN, s. 301; TANDOĞAN, Tehlike Sorumluluğu, s. 13; YILMAZ, Hamdi, Tehlike Sorumluluğu ve Sorumlulukların Çatışması, YD., C. 21, Temmuz 1995, S. 3, s. 295.

luluğudur⁴⁴. Saydıklarımız arasından bizi ilgilendireni, Karayolları Trafik Kanununa göre motorlu araç işletenin sorumluluğudur.

KTK. m. 85/I'e göre, "Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya 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 sorumludur". Maddenin incelenmesinden çıkan sonuca göre, motorlu araçların işletilmesinden dolayı verilen zararlardan sorumlu olan kişi işletendir. Eğer işleten, bu faaliyetini sürdürürken, cismani bir zarara ya da bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, kusursuz olarak sorumlu olur. Sorumluluk motorlu aracın işletilmesine bağlanmıştır. Bu sorumluluk için aracı işletenin kusuru aranmaz⁴⁵.

C) İşletenin Sorumluluğunun Kurulması ve Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri

KTK. m. 85'e göre işletenin hukukî sorumluluğunun kurulabilmesi için genel ve özel şartların oluşmuş olması gerekir⁴⁶;

Genel şartlar:

- 1- Aracın işletilmesi sırasında "kişiye ya da eşyaya yönelik bir zarar" doğmuş olmalıdır,
- 2- Bu zarar bir trafik kazasından doğmalıdır,
- 3- Kaza ve zarara motorlu bir araç sebep olmalıdır,
- 4- Kaza (zarar) ile motorlu araç arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Özel şartlar:

- 1- İşleten ve araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi sıfatları,
- 2- Zarara motorlu aracın işletilmesi veya Kanunda öngörülen diğer bir olay sebep olmalıdır,

⁴⁴ EREN, Borçlar, s. 656

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 604; EREN, Borçlar, s. 658; ÖZSUNAY, s. 90; OFTINGER, I, s. 477; OFTINGER/STARK, I, s. 668; DESCHENAUX/TERCIER, s. 265; NOMER, s. 63; ÇELİKTAŞ, s. 19; KILIÇOĞLU, s. 4; 4. HD., 16.1.1981, 1402/217, (YKD., C. VII, 1981, S. 9, s. 1111); 10. HD., 4.12.1984, 4021/6134, (YKD., C. XI, 1985, S. 4, s. 523).

⁴⁶ ÖZSUNAY, s. 89; EREN, Borçlar, s. 670; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 525; İNAN, s. 302; NOMER, s. 63; KILIÇOĞLU, s. 20.

3- İşleten kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

İşte yukarıda belirttiğimiz şartların gerçekleşmesi halinde işletenin hukukî sorumluluğu kurulmuş olur.

Öncelikle KTK. m. 85/I, bir kimsenin ölüm veya yaralanması ya da bir eşyanın zarara uğramasını şart koşturmuştur. Şahsa veya eşyaya ilişkin zararlar dışında kalan diğer zararlardan, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre bir sorumluluk yoktur. Bu gibi zararlardan sorumluluk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir⁴⁷.

Bu zararın bir trafik kazasından doğmuş olması da KTK. m. 85/II ve III'de açıkça öngörülmüştür. Yani KTK. 3. maddesinde de belirtildiği gibi zarar, karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma veya zararlar sonuçlanmış bir trafik kazası ile gerçekleşmiş olmalıdır. Buna göre zarar, kişinin maddî kişilik değerlerine veya yanında taşıdığı malvarlığına karşı harici bir olay sonucu meydana gelmelidir. Ayrıca bu olayın başlangıcı ve sonucu belli olan ve bir defada gerçekleşen bir niteliğe sahip olması, yani anlık unsurunu taşıyor olması gerekir⁴⁸. Bir başka özellik ise, bunun istenilmeyen bir olay olmasıdır. Gerçekten işleten ve teşebbüs sahibi işletme kazasından doğan zarardan kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, tehlike esasına göre sorumludur. Buna karşılık, işletme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu kazalarda, işleten kazaya isteyerek sebep olmuşsa, bu durumda kastından sözedilir ve KTK. m. 85/III'e göre sorumlu tutulur⁴⁹.

İşletenin sorumluluğu için, zarara veya kazaya bir motorlu araç sebep olmalıdır⁵⁰. Bu hüküm de yine KTK. m. 85'te açıkça belirtilmiştir. Ayrıca motorlu aracın ne olduğu KTK. m. 3'te belirtilmiştir. Buna göre bir aracın motorlu araç olarak kabul edilebilmesi için, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan ve makine gücü ile yürütülen bir araç olması gerekir. Her şeyden önce makine gücüyle hareket eden, bu hareketinin de özellikle karayolu üzerinde olması gereken bir motorlu araç olmalıdır. Örneğin bir traktörün, tarlada çalışırken, üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde olayın karayolu dışında gerçekleştiği kabul edilir ve sorumluluk Karayolları Trafik Kanununa göre değil, Borçlar Kanununa göre olur⁵¹.

⁴⁷ EREN, s. 166; OĞUZMAN/ÖZ, s. 608; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 525; EREN, Borçlar, s. 662; OFTINGER, II/2, s. 513; OFTINGER/STARK, II/2, s. 132.

⁴⁸ EREN, Borçlar, s. 664.

⁴⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 528; EREN, Borçlar, s. 664; EREN, s. 168.

⁵⁰ EREN, Borçlar, s. 665.

⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 606; EREN, Borçlar, s. 668; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 527; EREN, s. 170.

Genel şartlardan sonuncusu ise ortaya çıkan zarar ile kaza arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Trafik kazası sonucu ortaya çıkan zarar ile aracın işletilmesi veya kanunun öngördüğü diğer olaylar arasında uygun illiyet bağının bulunması zaruridir. Bunlar işletenin, bizzat kendisinin veya adamlarının kusuru olabileceği gibi, araçtaki bozukluk ya da kazadan sonra yapılan yardım fiili de olabilir. Bu şartın eksikliği sorumluluğun ortadan kalkması sonucunu doğurur⁵².

Sorumluluğun oluşumu için özel şartlar olarak yukarıda belirttiğimiz unsurların da bulunması gerekir. Birincisi, sorumlu olanların, işleten ve araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi olmasıdır. Daha önce sadece araç işleten sorumlu tutulurken, buna 1996 yılında 85. maddede 4199 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi de eklenmiştir⁵³.

İkinci özel şart; zarara motorlu aracın işletilmesi veya kanunda öngörülen diğer bir olayın sebep olmasıdır. Zarara motorlu bir aracın işletilmesinin sebep olması şartı KTK. m. 85/I'de açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık, işletilme halinde olmayan motorlu bir aracın sebep olduğu trafik kazasından da aynı sonuçlar doğar. Gerçekten KTK. m. 85/III'e göre, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığı veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir. Aynı şekilde kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarında ortaya çıkan zarardan dolayı sorumluluk söz konusudur. KTK. m. 85/IV'e göre, işleten veya araç işletici teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zararlardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir⁵⁴.

Üçüncü özel şart ise, işletenin kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır. Bu durum da KTK. 86/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, "işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorum-

⁵² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 528; EREN, Borçlar, s. 669; KARAHASAN, s. 504; KILIÇOĞLU, s. 32; NOMER, s. 67.

⁵³ EREN, Borçlar, s. 670.

⁵⁴ EREN, Borçlar, s. 684; NOMER, s. 54; EREN, s. 192.

luluktan kurtulur". Madde metninden de anlaşıldığı üzere işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi belirtilen şartların oluşması halinde sorumluluktan kurtulabilir. Aksi halde, yani kurtuluş kanıtı getirememiş olan kişi sorumluluktan da kurtulamaz⁵⁵.

D) İşletilme Halinde Olmayan Aracın Sebep Olduğu Kazadaki Sorumluluk Açısından Kusurun Rolü

2918 sayılı Kanun'dan önce trafikle ilgili kanunlarımızda işletilme halinde olmayan motorlu araçların sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu düzenleyen bir hüküm yoktu. Bu hususta bazı yazarlar⁵⁶, hareketsiz durmakta olan motorlu aracın yapı eseri olarak kabul edilebileceğini, dolayısıyla işletilme halinde olmayan motorlu araçlara BK.'nun 58. maddesindeki "bina ve diğer inşa eseri malikinin sorumluluğu" hükmünün uygulanarak 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki boşluğun giderilebileceğini söylemekte idiler.

Yargıtay ise, 6085 sayılı Kanun çıkmazdan önce, aracın BK. m. 58 anlamında imal olunan şey sayılamayacağına hükmetmiş iken⁵⁷, 6085 sayılı Kanun çıktıktan sonra, hareket halinde olmayan bir aracın, imal olunan şey sayılacağına karar vermiştir⁵⁸.

BK. m. 58'in işletilme halinde olmayan araçlara uygulanacağı düşüncesi isabetsiz bir çözüm idi. Çünkü bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu, "sabitlik ve arza bağlılık" niteliğinde olan bir bina ve eserden kaynaklanmakta, buna karşılık işletilme halinde olmayan araçlarda böyle bir unsur bulunmamaktadır⁵⁹.

Ancak zaman içerisinde 1958 tarihli İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nun 58. maddesinin II. fıkrasını karşılayan 2918 sayılı Kanun'un 85. maddesinin III. fıkrası hükmü ile, işletilme halinde olmayan motorlu araçlara BK. m. 58 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına son verilmiştir⁶⁰. Gerçekten KTK. m. 85/III "işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir".

⁵⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 539; EREN, Borçlar, s. 695; KILIÇOĞLU, s. 34.

⁵⁶ İMRE, s. 173; ÇELİKTAŞ, dn. 173'te sayılan yazarlar, s. 47.

⁵⁷ 4. HD., 31.10.1946, 4309/4393, (ÇELİKTAŞ, s. 47).

⁵⁸ 3. HD., 1.7.1957, 5163/4432, (ÇELİKTAŞ, s. 47).

⁵⁹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 172, ÇELİKTAŞ, s. 48

⁶⁰ ÇELİKTAŞ, s. 50

İşletilme halinde olmayan motorlu araçların ortaya çıkardığı zararlardan işleteni sorumlu tutabilmek için öncelikle, zararın işletilme halinde olmayan bir motorlu araç tarafından meydana getirilmesi yanında, zararın işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası sonucu meydana gelmesi de gerekmektedir⁶¹.

Aracın işletilmesinden doğmayan zararlardan dolayı Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesinin III. fıkrası kazanın veya zararın oluşum tarzına göre olağan sebep sorumluluğu ya da kusur sorumluluğunu kabul etmiştir. Burada başka bir kişinin davranışından veya umulmayan halden doğan zarardan dolayı sorumluluk söz konusudur. Bu da olağan sebep sorumluluğudur. Ancak işleteni olağan sebep sorumluluğuna tâbi tutabilmemiz için, kazaya kendi kusurlu davranışı ile sebep olmaması gerekir. Buna karşılık, işletenin kazaya kendi kusurlu davranışı ile sebep olması halinde kusur sorumluluğu söz konusu olur. Bunun için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işletenin bir kusurunun bulunduğunu ispatlaması gerekir. Kazaya işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru neden olmuşsa, işleten olağan sebep sorumluluğuna tâbi tutulur. Ancak işletene kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmadığı için, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin seçiminde gerekli özeni gösterdiğini ispat etse bile, sorumluluktan kurtulamaz⁶². Ayrıca işleteni sorumlu tutabilmek için, araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunun da ispat edilebileceği madde metninde düzenlenmiştir. İşletenin buradaki sorumluluğu tehlike sorumluluğu esasına dayanan objektif bir sorumluluktur⁶³. İnceleme konumuzun dışında olduğu için bu hususun üzerinde durmuyoruz.

İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler, araç sürücüleri ile aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerdir. Bu kişilerin kusurundan işleten kendi kusuru gibi sorumlu olur. Gerçekten KTK. m. 85/V'e göre, "İşleten araç işletici teşebbüs sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur"⁶⁴.

E) Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri Bakımından Kusurun Rolü

KTK. m. 86/I'e göre (SVG. m. 59) kusur, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulmasında çok ö-

⁶¹ ÇELİKTAŞ, s. 51

⁶² EREN, Borçlar, s. 660; OĞUZMAN/ÖZ, s. 617; EREN, s. 201; NOMER, s. 69; TUNÇ, s. 536; ÇELİKTAŞ, s. 52.

⁶³ NOMER, s. 69; ÇELİKTAŞ, s. 52.

⁶⁴ Burada 'kusur' kelimesi geçmekle birlikte, bunun geniş yorumlanarak, KTK. m. 85/1'deki işletme sorumluluğu yönünden 'davranış' ve 'eylem' şeklinde anlaşılması kanunun ruhu-na daha uygun düşer (EREN, Borçlar, s. 680); TUNÇ, II, s. 172.

nemli bir görev üstlenmektedir. İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, öncelikle kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır. Bunun yanında kişinin kazaya araçtaki bir bozukluğun etkide bulunmamış olduğunu ve nihayet kazanın bir mücbir sebepten ileri geldiğini veya zarar görenin yahut üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını ispat etmesi gerekir.

Kanun, bu hükümle işleten aleyhinde bir kusur ve araç hakkında da bozukluk karinesi koymuş bulunmaktadır. İşletenin sorumluluktan kurtuluş sebeplerini ileri sürmesi bir defî niteliğindedir ve ispat yükü işletene aittir. Hem kusursuzluk kanıtını hem de aracın bozuk olmadığını ispat etmek zorundadır⁶⁵. Bu durumda işleten, kazanın ve bundan doğan zararın tek başına illiyet bağına kesen sebeplerden birine, yani bir mücbir sebebe veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuruna dayandığını ispatlamış olur⁶⁶.

Kanun zarar görenin kusurunun ağır olması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü aracın işletilmesiyle zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi ancak yoğunlaşmış bir sebebe dayanmalıdır. Bu da zarar görenin kusurunun ağır olması halinde mümkün olabilir⁶⁷. Örneğin bir yayanın kendisini otomobilin önüne atması sonucu yaralanması halinde trafik kazasına zarar görenin ağır kusurunun sebep olduğu ve işletenin sorumlu olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılır⁶⁸. Buna karşılık zarar görenin kusuru illiyet bağına kesecek derecede ağır değilse, bu durumda ortak illiyetten söz edilir ve hâkim tazminat miktarında indirim yapabilir⁶⁹.

Aynı şekilde işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazaya üçüncü kişinin ağır kusurunun sebep olduğunu ispat ederse, sorumluluktan

⁶⁵ ÇELİKTAŞ, s. 90

⁶⁶ EREN, s. 207; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 725; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 246; OĞUZMAN/ÖZ, s. 609; NOMER, s. 76; EREN, Borçlar, s. 696; ORHUNÖZ, s. 98; KILIÇOĞLU, s. 39; ÖZSUNAY, s. 102; TUNÇ, II, s. 170; BOLATOĞLU, s. 183.

⁶⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 249; EREN, Borçlar, s. 700; OFTINGER, II/2, s. 559; Yargıtay HGK., 22.4.1984, 4-652/132, (YKD., 1984, C. X, S. 9, s. 1336; 4. HD., 30.4.1984, 3198/3471, (YKD., 1984, C. X, S. 7, s. 1027); ÇELİKTAŞ, s. 92.

⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 610; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 540; EREN, Borçlar, s. 699; ÖZSUNAY, s. 102; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 249; KILIÇOĞLU, s. 40; NOMER, s. 76; TUNÇ, II, s. 183; İsviçre Federal Mahkemesi, "sarhoş bir yayanın aniden yola çıkması ile otomobil çarpması sonucu yaralanması" olayında işletenin sorumluluğu kabul edilmemiştir (ÇELİKTAŞ, s. 92, dn. 280).

⁶⁹ ÇELİKTAŞ, s. 92.

kurtulur⁷⁰. İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, aracın sürücüsü, aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerle zarar gören dışında kalan kimseler, üçüncü kişi olarak kabul edilir. Örneğin bir şahsın bir başkasının otomobilinin önüne itilmesi ve bunun sonucunda yaralanmasında, yaralanan kişiyi otomobilin altına iten şahıs, üçüncü kişidir. Kazanın oluşumuna da üçüncü kişinin ağır kusuru sebep olmuştur. Yine kazaya karışan diğer aracın işleteni, zarar gören küçük ise ana babası da üçüncü kişi sayılır. Üçüncü kişinin hafif kusuru, illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olmadığından, işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, sorumluluktan kurtulamaz. Böyle durumlarda, hafif kusurlu üçüncü kişi, işletenle birlikte zarar görene karşı BK. m. 51 gereğince müteselsilen sorumlu tutulur⁷¹.

KTK. m. 86/I de öngörülen sebeplerin bulunmaması nedeniyle sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim tazminatta indirim yapabilir. Bu durum KTK. m. 86/II'de düzenlenmiş olup, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğuna, zarar görenin kusurunun etkisini göstermektedir⁷².

Görüldüğü gibi zarar görenin kusuru aracın işletilmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek ağırlıkta değilse, işleten sorumluluktan kurtulamamasına rağmen, KTK. m. 86/II hâkime, somut olayın özelliklerini de nazara alarak tazminat miktarında indirim yapma yetkisini tanımıştır. Burada zarar görenin kişisel kusuru söz konusudur. Kazanın oluşumunda işletenin de kusurunun olduğu durumlarda bu, ek kusur olarak nitelendirilir ve zarar görenin kusurunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırır⁷³.

F) Üçüncü Kişiyeye Karşı Birden Çok Zarar Veren Olması Halinde Kusurun Rolü

KTK. m. 88/I'e göre, bir motorlu aracın katıldığı kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi sorumlu oluyorsa, bunlar müteselsilen sorumludurlar⁷⁴. Bunun için kazaya en azından bir motorlu

⁷⁰ EREN, Borçlar, s. 700; ÇELİKTAŞ, s. 93; 15. HD., 24.3.1976, 5627/1350, (YKD., 1977, S. 8, s. 1128).

⁷¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 541; OĞUZMAN/ÖZ, s. 610; EREN, Borçlar, s. 701; NOMER, s. 77; OFTINGER, II/2, s. 569; OFTINGER/STARK, II/2, s. 200; KILIÇOĞLU, s. 41; TUNÇ, II, s. 185; ÇELİKTAŞ, s. 93.

⁷² EREN, Borçlar, s. 701; ÖZSUNAY, s. 91; OĞUZMAN/ÖZ, s. 613; KILIÇOĞLU, s. 48; NOMER, s. 77.

⁷³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 540; EREN, Borçlar, s. 702; OFTINGER/STARK, II/2, s. 628; OĞUZMAN/ÖZ, s. 610; KILIÇOĞLU, s. 40; YILMAZ, s. 304.

⁷⁴ Kanun maddesinde bu teselsülün niteliği belirtilmediği halde doktrinde bunun eksik değil, tam teselsül olduğu ifade edilmektedir (TANDOĞAN, Haluk, İsviçre Hukukunda Mo-

araç sebep olmalıdır. Bu durum, iki aracın çarpışması ve araçtaki yolcuların ya da yoldan geçmekte olanların zarara uğramaları ile ortaya çıkan trafik kazalarında söz konusu olur. Örneğin işleten (A)'nın sürücüsü (B), karşıdan gelen bir bisikletliye çarpmamak için direksiyonu birdenbire kırmak zorunda kalmış ve bu suretle (C)'ye çarpmış ve yaralanmasına sebep olmuştur. İşte buradaki (A) ve (B)'nin zarar görene karşı sorumluluğu müteselsil sorumluluktur⁷⁵.

Müteselsil sorumluluğun oluşması için, zarar görenin işletenler dışında bir üçüncü kişi olması zorunludur. Çünkü işletenler hakkında özel bir hüküm olan KTK. m. 89 uygulanır⁷⁶. Bunun yanında, trafik kazasına katılanların her birinin zarar görene karşı sorumlu olması da gerekir. KTK. 86/1'e göre zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulan kişi, müteselsil sorumluluk kapsamına girmez⁷⁷. Zarar görene karşı müteselsil olarak sorumlu olanlardan birisi, tazminattan indirim sebeplerinin birinden yararlanabiliyorsa, diğer zarar verenler yanında ortaya çıkan zarardan sadece indirilmiş miktar üzerinden müteselsilen sorumlu olur⁷⁸.

Sorumlu kişiler arasındaki zararın paylaşılmasında KTK. m. 88/II'ye göre onların kusuru etken rol oynar. Gerçekten KTK. m. 88/II'ye göre "Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri, kusurları oranında zarara katlanırlar." Buna göre zarara ilk olarak kusur sorumlusu, ikinci olarak sözleşme sorumlusu, en son olarak da sebep ilkesine göre olağan sebep veya tehlike sorumlusu katlanacaktır. Aynı şekilde böyle bir durumda işletenlerden birisinin zarar görmesi (bu zarar kişiye ilişkin olabileceği gibi, şeye ilişkin de olabilir)

torlu Taşıt İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25-28 Nisan 1973, Bildiriler- Tartışmalar, Ankara 1975, s.221; KILIÇOĞLU, s. 44). Buna karşılık, buradaki teselsülün, sorumluluğun ayrı hukukî sebeplere dayanması sebebiyle eksik teselsül olduğu fikri de mevcuttur (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 533, dn. 42; ÇELİKTAŞ, s. 112; Yargıtay 4. HD., 16.2.1979, 8214/2031, (YKD., 1980, S. 1, s. 29).

⁷⁵ EREN, Borçlar, s. 709; ÇELİKTAŞ, s. 111.

⁷⁶ EREN, Borçlar, s. 709; ÇELİKTAŞ, s. 115.

⁷⁷ EREN, Borçlar, s. 709.

⁷⁸ EREN, Borçlar, s. 709; KILIÇOĞLU, s. 45; ÇELİKTAŞ, s. 112.

halinde de diğer sorumlular arasında zararın paylaşımında kusur önem arzeder⁷⁹.

G) Birden Çok İşleten veya Teşebbüs Sahibinin Birbirlerine Verdikleri Zararlardan Sorumlulukta Kusurun Rolü

Birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirlerine verdikleri zararlardan dolayı sorumluluklarının paylaşılmasında da kusur rol oynar⁸⁰. Bu hüküm, herkesin kendi ortaya çıkardığı zarara, zararın çıkmasında etken olduğu oranda zarara katlanması gerektiği ilkesinin bir sonucudur⁸¹. KTK. m. 89/I'e göre, "Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler". Bedensel zarar ile kastedilen, işletenlerden birinin kaza nedeniyle ölmesi veya yaralanmasıdır⁸². Bu hükmün uygulanması için, kazaya ve zarara birden çok işleten veya teşebbüs sahiplerine ait araçların sebep olması, ayrıca işleten ve teşebbüs sahiplerinin KTK. m. 85'e göre sorumlu tutulabilmesi gerekir⁸³. İşletenin doğan zarardan dolayı sorumlu tutulması yeterli olup, zarara uğraması gerekmez⁸⁴. Dolayısıyla çeşitli işleten veya teşebbüs sahiplerinin araçlarının fiilen birbirleriyle çarpışması, maddî bir temasta bulunması gerekli değildir. KTK. m. 85'de öngörülen şartların oluşması yeterlidir⁸⁵.

Olayda işletenlerin hiçbirisinin kusuru yok ise, tehlikelerin eşitliği varsayımından hareket edilir. Bunun aksini iddia eden kişi araçlardan birinin daha fazla tehlike gösterdiğini ispat etmek zorundadır. Araçlardan hangisi daha fazla tehlike arz ediyorsa, sorumluluk da bu aracın işletenine daha fazla oranda atfedilir. Tehlike ve kusurun eşitliği, işletenlerin de zarara eşit olarak

⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 532; EREN, Borçlar, s. 710; OĞUZMAN/ÖZ, s. 614; NOMER, s. 81; KTK. m. 88/II, aynı zarardan değişik sebeplerle birden fazla kişinin iç ilişkideki sorumluluğuyla ilgili BK. m. 51'den ayrılmıştır. Çünkü BK. m. 51 hâkime zararın paylaşılması hususunda bir yol göstermiştir. KTK. m. 88/II ise, hâkimin yetkisini daha da genişletmiştir. Buna göre hâkim, daha büyük bir işletme tehlikesi göstermiyorsa, kazaya neden olan motorlu araç işletenlerinin zarara kusurları oranında katılmalarına karar verebilecektir (KILIÇOĞLU, s. 46).

⁸⁰ Birden çok araç işletenin katıldığı bir trafik kazasında, bunlardan zarara uğrayanın zararının kendi aralarında nasıl paylaşılacağı sorumlulukların çatışması veya karşılaşması olarak adlandırılır (TANDOĞAN, Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, s. 225; KILIÇOĞLU, s. 46).

⁸¹ ÇELİKTAŞ, s. 115.

⁸² NOMER, s. 82.

⁸³ EREN, Borçlar, s. 704.

⁸⁴ KILIÇOĞLU, s. 46; YILMAZ, s. 304.

⁸⁵ EREN, Borçlar, s. 705.

katlanmaları sonucunu ortaya çıkarır. İşletenlerden sadece birisi kusurlu ise, zararın tamamına da o işleten katlanacaktır⁸⁶.

Aynı şekilde KTK. m. 89/II'de de iki veya daha çok işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, doğrudan doğruya kusur sorumluluğu söz konusu olur. Şeye ilişkin zarar, işleten veya teşebbüs sahiplerinin kazaya katılan motorlu araçlarının yahut diğer şeylerinin hasara uğraması veya yok olması durumunda ortaya çıkabilir⁸⁷. İşletenin uğradığı eşya zararları nedeniyle diğer işletenlerin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, ya zarar veren işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin zararın doğmasında kusuru bulunduğunu, yahut temyiz kudretinden geçici olarak yoksun kaldığını veyahutta araçta bir bozukluk bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Zarar gören bu üç şarttan birisini ispat ederek, zarar veren işleteni veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibini sorumlu kılabilir⁸⁸.

Görüldüğü gibi KTK. m. 89'da kanun koyucu, kişiye ilişkin zarar ile şeye ilişkin zarar arasında bir ayırım yapmıştır. Her iki durumda da işletenlerin kusurları esas alınmakla birlikte, kişiye ilişkin zararda ayrıca özel durumlar ve özellikle işletme tehlikelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹.

H) Manevî Zararlardan Sorumlulukta Kusurun Rolü

Karayolları Trafik Kanunu 85/I. maddesi, bir motorlu aracın işletilmesi sonucunda ortaya çıkan ölüm, yaralanma veya bir şeyin zarara uğramasından dolayı işleteni sorumlu tutmuştur. Ancak ölüm, yaralanma veya eşyanın tahrip ya da telef olması gibi maddî zarar halleri dışında, manevî zararların tazmini KTK.'na tâbi tutulmamıştır⁹⁰. KTK. 90. maddesi manevî tazminat konusunda Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Dolayısıyla manevî zararlar işletenin tehlike sorumluluğu kapsamına girmemektedir⁹¹.

Gerçekten KTK. m. 90'a göre, "Maddî tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevî tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır". Kişiye gelen zararlar bakımından, Borçlar Kanununun

⁸⁶ ÇELİKTAŞ, s. 116

⁸⁷ DESCHENAUX/TERCIER, s. 255; EREN, Borçlar, s. 707.

⁸⁸ KILIÇOĞLU, s. 47; NOMER, s. 84; EREN, Borçlar, s. 708.

⁸⁹ EREN, Borçlar, s. 705; OĞUZMAN/ÖZ, s. 615; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 533.

⁹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 525; OĞUZMAN/ÖZ, s. 608; KILIÇOĞLU, s. 32.

⁹¹ EREN, Borçlar, s. 661; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 526; OĞUZMAN/ÖZ, s. 608; AKINCI, s. 136.

adam ölmesi ve cismani zarar ile ilgili olan 45. ve 46. maddeleri burada uygulama alanı bulur⁹². Bunun sonucu olarak, aracın işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan ölüm veya yaralanmadan doğan sorumluluk BK. m. 47'ye dayandırılacaktır⁹³.

ÖZSUNAY, maddî tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevî tazminat konularında genel hükümlere yapılan atıf nedeniyle, kusur kavramının oldukça fazla önem kazandığını belirtmektedir⁹⁴. Buna karşılık ÇELİKTAŞ, işleten kusurlu olmasa da BK. m. 47'ye göre manevî tazminat ödemek zorunda kalacağı, ancak zarar görenin hafif kusuru halinde tazminatta bir indirimin söz konusu olacağı fikrindedir⁹⁵. Nitekim Yargıtay da, maddî tazminat için kusurun aranmadığı durumlarda, BK. m. 47 gereği manevî tazminat için de kusurun aranmayacağı, dolayısıyla araç sahipleri hakkında manevî tazminata hükmedebilmek için de kusurlu olmalarının gerekmediğini ifade etmiştir⁹⁶.

İşleten aracı kullanırken ortaya çıkardığı manevî zararlardan ancak kusuru olduğu takdirde sorumludur. Buna karşılık işletenin adam çalıştıran sıfatıyla aracını bir yardımcıya vermiş olduğu durumlarda zarara o kimse sebep olmuşsa, işleten veya sürücüsü veyahutta diğer bir yardımcı kişi, kusura olmazsa bile, işletenin BK. m. 47'ye göre manevî zarardan sorumluluğu söz konusu olur⁹⁷⁹⁸.

Trafik kazalarında kişinin saygınlık ve manevî şahsiyetine yapılan saldırılarda manevî tazminat isteyebilmek için ise, zarar ve kusurun ağır olması şartı aranmıştır. Örneğin bir kazada manevî değeri olan çantadaki

⁹² NOMER, s. 67.

⁹³ KILIÇOĞLU, s. 32; EREN, Borçlar, s. 782.

⁹⁴ ÖZSUNAY, s. 91.

⁹⁵ ÇELİKTAŞ, s. 121; 4. HD., 11.10.1976, 7714/8504, (İKİD, 1977, S. 194, s. 5137).

⁹⁶ 4. HD., 2.10.1984, 6238/7225, (YKD., C.11, 1985, S. 2, s. 188).

⁹⁷ BOLATOĞLU, s. 141.

⁹⁸ BK. m. 47 gereğince manevî tazminat için kusur şartının bulunmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü bu madde, kusur unsurunu gerekli kılan BK.'nun haksız fiillere ilişkin maddeleri arasında yer alır. Buna karşılık, maddenin içinde kusur unsurundan söz edilmemiştir. Sonuç olarak Türk doktrini kusur şartını aramış ve fakat hafif kusurla yetinmiştir (GÜRİSOY, Kemal Tahir, Manevî Zarar ve Tazmini, Cumhuriyetin 50. Yılına Armağan, AÜHFĐ., Ankara 1973, C. XXX., S. 1-4, s. 14); Buna karşılık Yargıtay 22.6.1966 tarihli ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile istihdam edenin BK. m. 47'ne göre sorumlu olabilmesi için ne kendisinin ne de müstahdemlerinin kusurlu olmadığına karar vermiştir. Her ne kadar burada istihdam edenin manevî zararlardan sorumluluğundan bahsedilmiş ise de, kararın gerekçesinde BK. m. 47'de manevî tazminat için kusurun şart olmadığı, bunun bir hakkaniyet sorumluluğu olduğu belirtilmiştir.

küçük bir eşyanın zarar görmesi halinde, BK. m. 49'a göre işletenin ağır kusuru gerekmektedir⁹⁹.

IV.ÖZEL KURTULUŞ SEBEPLERİNDE KUSURUN ROLÜ VE ETKİLERİ

A) Genel Olarak

Özel kurtuluş sebepleri, aracın işletilmesinden doğan zararın uygun bir sebebinin bulunmamasından değil, hakkaniyet düşüncesi ile ortaya çıkmıştır. Bunlar, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin zararı tazmin yükümlülüğünün tamamen kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğurabilirler¹⁰⁰.

Özel kurtuluş sebepleri içinde özellikle kusurun önem arzettiği iki sebep üzerinde durulacaktır. Bunlar; motorlu araçtan izinsiz olarak yararlanma ve bir kimsenin hatır için taşınması veya bir aracın hatır için bırakılması durumlarıdır.

B) Araçtan İzinsiz Yararlanma

Motorlu aracı çalan veya gaspeden kişiler, araçtan izinsiz yararlanan kişilerdir. KTK. m. 107/I'de bu tür kişiler de farazî işleten olarak nitelendirilmiş ve sorumlulukları ağırlaştırılmıştır. Sözü geçen maddeye göre, " Bir motorlu aracı çalan veya gaspeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur". İzinsiz yararlanmada sadece aracı çalma veya gaspetme vardır. Bunlar dışındaki oluşan izinsiz yararlanmalar KTK. m. 107'ye tâbi değildir¹⁰¹.

Çalma ve gasp, yabancı bir aracın, gerçek işletenin iradesi dışında zorla veya hileyle alınmış olmasını ifade eder. Hatta bazı durumlarda çalınan veya gaspedilen aracın bir başkasının muhafaza veya hâkimiyeti altında bulunmasına dahi gerek yoktur. Çalan veya gaspeden kişinin temyiz kudretine sahip olması da gerekmez. Failin aracı çalmakta zaruretinin bulunması dahi bu hareketin KTK. m. 107/I'e girmesini etkilemez. Aracı çalan veya gaspeden üçüncü kişi olabileceği gibi, işletenin çalıştırdığı bir kişi veya bir yakını da olabilir. Ancak aracın sürücüye aile üyelerinden birine veya yardımcı kişilere işleten tarafından verilmesi halinde, bunların aracı amaç veya

⁹⁹ ÇELİKTAŞ, s. 122; aksi görüş için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 684.

¹⁰⁰ ÖZSUNAY, s. 114; TUNÇ, s. 538; ÇELİKTAŞ, s. 96.

¹⁰¹ ÖREN; Borçlar, s. 677; KILIÇOĞLU, s. 43; ÖZSUNAY, 2918 Sayılı Kanundan önce bu hususta bir düzenleme olmaması nedeniyle, bu tür bir çözümü 'delege lata' çözüm olarak ifade etmiştir (Çalınan ya da İşletenin İzni Dışında Yararlanılan Motorlu Taşıtların Neden Oldukları Kazalardan Dolayı Sorumluluk ve Buna İlişkin Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu, Ankara 7-8 Mart 1980, MHE, İstanbul 1982, s. 35).

kendilerine işleten tarafından verilmiş bir görev dışı maksatla kullanmaları durumunda kural olarak çalma ve gasptan söz edilemez. Örneğin sürücü, işini bitirdikten sonra, araçla işletenin izni dışında, sırf kendi zevki veya işi için bir yere giderken veya bir kazaya sebep olmuşsa, burada sorumlu işletendir¹⁰².

İşleten aracın çalınmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermelidir. Aracın gözetimi yönünden gerekli tedbirlerin alınması hususunda yeterli özenin gösterilmemiş olması halinde işleten kusurlu sayılır. Yani işleten, aracın kapı ve camlarını kapattığını, kontak anahtarını araç üzerinde veya kolayca elde edilebilecek başka bir yerde bırakmadığını, sürücü veya diğer yardımcıları seçmede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur¹⁰³.

Çalınan veya gaspedilen aracın sürücüsü de aracın çalındığını biliyor veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda bulunuyor ise, aracı çalan veya gaspeden ile birlikte müteselsilen sorumludur (KTK 107/I)¹⁰⁴.

Çalınan veya gaspedilen aracın üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı gerçek işleten de sorumludur. Kanun burada gerçek işletenin kusurunu, karine olarak kabul etmiştir. Bu nedenle, gerçek işleten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin aracın çalınmasında veya gaspedilmesinde kusursuz olduğunu ispat ederse, sorumlu tutulmaz¹⁰⁵. Buna karşılık kusursuz olduğunu ispat edemezse, zarar görene karşı kusur sorumluluğuna, zarara sebebiyet veren hırsız veya gasıp ise, tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olur. İşte bu durumda da gerçek işletenle farazî işleten zarardan dolayı müteselsilen sorumlu olurlar (KTK. m. 107)¹⁰⁶.

¹⁰² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 538; EREN, Borçlar, s. 678; OĞUZMAN/ÖZ, s. 612; NOMER, s. 59; OFTINGER, II,2, s. 573; TUNÇ, II, s. 185; ÇELİKTAŞ, s. 100; 4. HD., 26.12.1973, 10381/10136; 15. HD., 19.11.1974, 792/1803, (ÇELİKTAŞ, s. 100, dn. 326).

¹⁰³ ÖZSUNAY, s. 116; EREN, Borçlar, s. 679; OFTINGER, II/2, s. 579; OĞUZMAN/ÖZ, s. 612; NOMER, s. 78; TUNÇ, Çalınan, s. 77; BOLATOĞLU, s. 29; TANDOĞAN, Tehlike Sorumluluğu, s. 30.

¹⁰⁴ EREN, Borçlar, s. 678; OĞUZMAN/ÖZ, s. 613; NOMER, s. 61.

¹⁰⁵ 4. HD., 7.3.1977, 1781/2595 (YKD., 1978, s. 911).

¹⁰⁶ EREN, Borçlar, s. 678; OĞUZMAN/ÖZ, s. 612; OFTINGER, II/2, s. 581; TUNÇ, Ramazan, Çalınan ve Gaspedilen Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk, C. 17, Ocak-Nisan 1991, S. 1-2, s. 77.

Aracın çalındığını veya gaspedildiğini bilerek araca binen yolculara karşı işletenin sorumluluğu KTK. m. 107/II'ye göre genel hükümlere tâbidir. Yani BK. m. 41 ve devamındaki hükümlere tâbi tutulur¹⁰⁷.

C) Hatır İçin Taşıma

KTK. m. 87/I'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... genel hükümlere tâbidir". Burada işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, yaralanan veya öleni ya aracında bir karşılık almaksızın hatır için taşıdığı ya da onlara aracını karşılık almaksızın kullanmak üzere hatır için verdiği sırada bir zarar meydana gelmektedir¹⁰⁸.

Hatır için taşımada veya hatır için kullanmak üzere birisine vermede önemli olan bunun karşılık almaksızın yapılmış olmasıdır. Yani araç sahibinin ya hiçbir ivaz almaması ya da alsa bile bunun önemsiz olması gerekir¹⁰⁹. Buna karşılık, birden fazla aracın bir trafik kazasına neden olduğu hallerde, işletenin diğer araçta taşınan yolculara karşı sorumluluğu, bu kişiler ister taşıma sözleşmesine dayansın, isterse karşılıksız taşınsın, tehlike sorumluluğudur¹¹⁰.

Hatır için taşıma veya kullandırmada, kazanın mutlaka taşıma sırasında meydana gelmesi şart değildir. Bundan yararlananın araca binmesi veya inmesi anında da kazanın oluşması KTK m. 87/I'in uygulanmasını engellemez. Aynı şekilde hatır için taşımaya işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu bir kişi tarafından izin verilmesi arasında da fark yoktur¹¹¹.

İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi kusursuzluğunu, hatır için taşıma sonrasında doğan zararda, hatır için taşıdığı kişiler de dahil, üçüncü kişinin kusuru bulunduğunu ispatlayarak ortaya koyabilir. Aynı şekilde aracın hatır için karşılıksız kullandırılmasında da, araçta bir bozukluk bulunmadığını ya da bozukluk bulunmasına rağmen, karşılıksız kullanan kişiyi bu konuda uyardığını ispat ederek işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi sorumluluktan kurtulabilir¹¹².

¹⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 613; EREN, Borçlar, s. 679; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 538; TUNÇ, Çalınan, s. 82.

¹⁰⁸ EREN, Borçlar, s. 702; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 527; OĞUZMAN/ÖZ, s. 621; KILIÇOĞLU, s. 43.

¹⁰⁹ EREN, Borçlar, s. 702; KILIÇOĞLU, s. 43; ÇELİKTAŞ, s. 105.

¹¹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 527.

¹¹¹ ÇELİKTAŞ, s. 106.

¹¹² KILIÇOĞLU, s. 43.

Hatır taşınması veya hatır için aracın verilmesinde zarar görenin uğradığı zarar, kişiye ilişkin olabileceği gibi, şeye ilişkin de olabilir. Zararın doğumunda zarar görenin şahsî kusuru söz konusu ise, tazminattan indirim yapılır. Buna karşılık zararın doğumunda, işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin ek kusuru varsa tazminattan indirim yapılamayabilir¹¹³.

Hatır için taşımada veya hatır için vermede işletenin sorumluluğunun genel hükümlere göre tayini, hatır işinin özelliği göz önünde tutularak hâkim tarafından yapılır. Bu durumda hâkim, işletenin sorumluluğunu tamamen kaldırmayabileceği gibi, kısmî bir tazminata da hükmedebilir¹¹⁴.

KTK. m. 87/II, hatır taşımacılığı veya hatır için karşılıksız araç kullanımadaki esası, zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardaki sorumlulukta da aynen kabul etmiştir. Buna göre, araç işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, araçla taşınan eşyaların uğradığı zararlardan sorumluluğu da Borçlar Kanunu'nun sorumlulukla ilgili genel hükümlerine tâbidir¹¹⁵.

V. SONUÇ

Sorumluluk hukukunun temelini oluşturan kusur, özellikle kusur sorumluluğunun kurucu unsurudur. Ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde de kusur önemli rol oynar. Sebep sorumluluğunda ise kusur, sorumluluğun kurucu şartlarından birisi değildir. Ancak zarar veren kişinin kusurlu olması, fiilin sonucu yönünden önemli roller oynar.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu, motorlu araç işletenin sorumluluğunda öncelikle tehlike sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak bunun yanında olağan sebep veya kusur sorumluluğunun da söz konusu olabileceğini düzenlemiştir.

Aracın işletilmesinde işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğudur. Buna karşılık, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu bir trafik kazasında işletenin sorumluluğu olağan sebep sorumluluğudur. Ancak kazanın oluşumunda işletenin kusuru söz konusu ise kusur sorumluluğu ortaya çıkar.

Kusurun rol oynadığı bir başka durum, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulabilmesidir. Gerçekten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir

¹¹³ EREN, Borçlar, s. 703; OFTINGER, II/2, s. 643.

¹¹⁴ ÖZSUNAY, s. 122; EREN, Borçlar, s. 703; KILIÇOĞLU, s. 43.

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 44.

sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat etmesi sorumluluktan kurtulmasını sağlar. Aynı şekilde zarar görenin kusuru, işletenin ödemesi gereken tazminatta indirim yapılması sonucunu da doğurur.

Üçüncü kişiye verilen zararda, birden fazla kişinin sorumlu olması halinde, zararın paylaşılması bakımından da kusur önem arzeder. Yine birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirlerine verdikleri zarardan sorumluluklarında da kusur rol oynar.

Kaza sonrasında zarar görenin manevî tazminat talebinde bulunduğu durumlarda yine kusur söz konusu olur.

Son olarak da, işletenin aracından izinsiz yararlanmada veya hatır için taşımada ortaya çıkan zararlarda araç işleten kusursuz olduğunu ispat edemediği müddetçe sorumlu olur.

DEMOKRASİYE GEÇİŞ SÜRECİNDEKİ ÜLKELERDE ANAYASAL DEĞİŞME (CONSTITUTIONAL CHANGE) VE ANAYASAL DÖNÜŞÜM (CONSTITUTIONAL TRANSFORMATION)

Doç.Dr. Yavuz ATAR

I. DOĞU AVRUPA ÜLKELERİ

1- Genel Olarak

Doğu ve Orta Avrupa'da 1989'dan itibaren komünist rejimlerin çöküşüyle başlayan tek-parti yönetimlerinden demokrasiye geçiş sürecinin önemli unsurlarından birisi, kuşkusuz, yeni siyasal yapının hukuki çerçevesini belirlemek üzere (1) yeni anayasaların yapılmasıdır (2). Başarılı bir devrimin, bir anayasa yapımı ile sonuçlanması genel bir realitedir. Böylece devrimin siyasal amaçları, siyasal mücadele alanından çıkarak, ülkenin en üstün normlarını içeren anayasanın koruması altına girer (3). Köklü bir rejim değişikliği ile otoriter tek-parti yönetiminden, Batılı anlamda anayasalı demokrasiye geçiş sürecinde olan Arnavutluk, Bulgaristan, Çekoslovakya (Çek Cumhuriyeti ve Slovakya) (4), Macaristan, Polonya, Romanya gibi Doğu Avrupa ülkelerindeki (5) anayasal değişmeyi de temelde bu faktöre dayandırmak mümkündür.

Doğu ve Batı blokları arasındaki ideolojik, askeri ve ekonomik çatışma ve rekabetin sona ermesini sadece, Sovyetler Birliğinin dağılmasının ardından Sovyet destekli yönetimlerin uzaklaştırılması ile açıklamak yeterli değildir. Bu değişimin ortaya çıkmasında, eski sosyalist devletler tarafından

- (1) Preuss, Ulrich K.: "The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions", Law and Policy, April 1991, Vol. 13, No. 2, s.108.
- (2) Elster, Jon: "Constitutionalism in Eastern Europe", The University of Chicago Law Review, Vol.58, No.2, 1991, s.447; Meyer, Charles G.: "1992 and the Constitutional Development of Eastern Europe: Integration Through Reformation", Virginia Journal of International Law, Vol. 32, No. 2, 1992, s.431; Özbudun, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara 1993, s.49.
- (3) Preuss (1991): s.107.
- (4) Çek ve Slovak cumhuriyetlerinin 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren resmen birbirlerinden ayrılması ile Çekoslovak Federasyonu sona ermiş ve ortaya iki ayrı devlet çıkmıştır. Ancak anayasal değişimin incelenmesinde kolaylık sağlanması bakımından zaman zaman Çekoslovakya adını kullanacağız.
- (5) Batı Almanya ile birleşmeden önce Alman Demokratik Cumhuriyetinde de yeni bir anayasa için bazı çalışmalar yapılmış, ancak birleşme nedeniyle anayasa yapımı gerçekleşmemiştir (Özbudun -1993-: s.81). Doğu Almanya'da birleşme öncesi dönemde yuvarlak masa görüşmeleri sonucunda bir anayasa yapılması kararı verilmiştir. Hazırlanan bir anayasa tasarısı, Batı Almanya benzeri bir federal yapı, parlamenter hükümet sistemi ve güçlü bir anayasa mahkemesi öngörmekteydi. Ancak bu tasarının ayırıcı temel özelliği, tam anlamda bir sosyal devleti gerçekleştirecek düzenlemeleri de içermesidir. Bu anayasa tasarısı her ne kadar kabul edilemediyse de, gelecekte bunun Almanya'da anayasal tartışmaları etkileyebileceğine işaret edilmektedir (Ekz. Elster -1991-: s.447, 462).

planlanan ekonomik, siyasal ve hukuki yeniden yapılanmanın da belli ölçüde katkısının olduğu söylenebilir (6).

Siyasal güç ve karar alma yetkisinin tek bir siyasal parti ya da yönetici seçkinlerin elinde bulunduğu nisbeten monolitik (bütüncül, tekelci) siyasal, hukuki ve ekonomik sistemlerden, insan hakları, demokratik yöntemler ve başarılı piyasa ekonomilerinin geliştirilmesi ilkelerine dayalı Batı tarzı çoğulcu demokrasilere geçişin doğurduğu anayasal sorunların çözümü, geçiş sürecinin en önemli safhalarından birini oluşturmaktadır. Doğu Avrupa ülkeleri bakımından demokrasiye geçiş, aynı zamanda ekonomik dönüşümü de içerdüğinden, yüksek enflasyon ve işsizlik gibi olumsuz ekonomik göstergeler, özellikle tarihsel olarak demokrasi tecrübesi zayıf olan ülkelerde, demokratik kurumların korunmasını güçleştirebilir (7).

Tarihsel olarak anayasa yapımı dalgası, bugünkü demokratlaşma dalgasıyla (8) sınırlı değildir. 1700'lerin sonunda, Amerikan devletçikleri, Birleşik Devletlerin kendisi ve Fransa'da bir dizi demokratik anayasanın yapıldığı görülmektedir. 1848'deki devrimler dalgası da, bir takım küçük anayasal belgeler ortaya çıkarmıştır. Aynı şekilde, Birinci Dünya Savaşının ardından birçok Orta ve Doğu Avrupa ülkesinin; İkinci Dünya Savaşından sonra İtalya, Batı Almanya ve Japonya'nın; 1960'larda Afrika'da, İngiltere ve Fransa'dan bağımsızlığını kazanan birçok ülkenin; 1970'lerde ise Yunanistan, Portekiz ve İspanya'nın otoriter rejimlerin ortadan kalkmasıyla yeni anayasalar yaptığını görüyoruz (9)

Yeni anayasa yapımı dalgasının ayırıcı özellikleri ise, bütün bu ülkelerin komünist rejimleri terk etmeleri; hemen hepsinin komünizm öncesinde anayasa tecrübesine sahip olmaları; siyasal modernleşmeyle birlikte benzer şekilde planlı ekonomiden, piyasa ekonomisine geçiş yapmaları; ortak hatıralar ve düşmanlıklarla birbirine bağlı bir geçmişe sahip olmaları; ve son olarak, 1989 gelişmelerinin bu ülkelerde benzer şekillerde ortaya çıkması ve birbirini etkilemesidir (10). Bununla birlikte bu ülkelerin kendi aralarında da, değişim öncesi kurumların yapısı ve niteliği, ekonomik gelişme düzeyi, ana-

(6) Pogany, Istvan: "Constitutional Reform in Central and Eastern Europe: Hungary's Transition to Democracy", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, No. 2, 1993, s.332.

(7) Pogany (1993): s.333.

(8) Demokratlaşma dalgaları hakkında genel olarak bkz. Huntington, Samuel P.: Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, (Çeviren: Ergun Özbudun), Ankara 1993; Özbudun (1993): s.9-41.

(9) Elster (1991): s.447-448.

(10) Gerçekten de, bir ülkede ortaya çıkan bir olay kartopu etkisi göstererek diğer ülkeleri de etkilemiş ve demokratlaşma Doğu Avrupa'da eşzamanlı olarak gelişmiştir (Elster-1991:-s.448).

yasal değişmeyi etkileyen faktörlerin ve anayasa yapımı yöntemlerinin kısmen veya tamamen farklılığı gibi bazı ortak olmayan yönler bulunmaktadır.

Doğu Avrupa'da anayasa yapımcılarının en büyük güçlüğü, tam bir boşluk içinde çalışmalarındır. Açık temel kurallar yoktur ve hemen herşey tartışma ve ikna etmeye bağlıdır. Anayasa yapımcıları, arasından seçme yapacakları çok fazla ihtimalin ve aynı anda alınabilecek pekçok kararın bulunduğu geniş bir hürriyete sahiptirler. Böyle olunca, uzlaşma içinde çalışabilecek katılımcıların belirlenmesi ve seçenekler arasından anlamlı tercihlerin yapılmasını sağlayacak mekanizmaların oluşturulması sorunu ortaya çıkmaktadır. Her bakımdan fazla seçeneğin söz konusu olduğu Doğu Avrupa ülkelerinde, anayasa yapımı bakımından komünizm öncesi anayasalarından yararlanılması mümkündür. Öte yandan bir başka önemli sorun da, sosyal ve ekonomik bakımdan hızlı ve sürekli bir değişim içinde bulunan bu ülkelerde anayasalar ile bu değişimi olumsuz etkileyecek kuralların konulması halinde, bunun yeni sorunlara yol açabileceğidir (11).

2- Doğu Avrupa Ülkelerinde Anayasal Değişmenin Dinamikleri

Doğu Avrupa'da anayasal demokrasilerin ortaya çıkışı, herbiri tek başına yeterli olmayan ve bağımlı üç ana faktöre dayandırılmaktadır (12).

Bunlardan ilki, Gorbachev'in "açıklık (glasnost), yeniden yapılanma (perestroika) ve müdahale etmeme (non-interference)" olarak formüle edilen oldukça önemli üçlü politikasıdır. Özellikle Gorbachev'in, Doğu Avrupa hükümetlerine ve aynı zamanda muhalefet gruplarına, Sovyet yönetiminin, mevcut komünist diktatörlükleri sürdürmek için harekete geçmeyeceği, hatta "geç kalanların kendi kendisini cezalandırmış olacağı"ndan bahsederek ekonomik liberalleşme ve siyasal reformdan yana olduğu konusunda vermiş olduğu açık mesaj bir dönüm noktası olmuştur (13). Gorbachev'in bu mesajından sonra Sovyet müdahalesi korkusu giderek azalmış ve birçok ülkede ardarda yapılan toplantı ve gösteriler hükümetlerce cezalandırılmamıştır.

İkinci harekete geçirici faktör, Polonya'da reformlar için "yuvarlak masa görüşmeleri"nin başlatılması olmuştur. Polonya'da başlatılan bu görüşmelerle, öteki ülkelerin de izleyebileceği bir "yönetim ile muhalefet arasında gayriresmi konuşma" metodu geliştirilmiştir (14). Ayrıca, Polonya yuvarlak masa görüşmelerinin ardından yapılan seçimlerin muhalefet lehine

(11) Elster (1991): s.480-482.

(12) Bkz. Elster (1991): s.453-455.

(13) Elster (1991): s.453-454; Huntington (1993): s.94.

(14) Örneğin, Macaristan yuvarlak masa görüşmelerinde muhalefet, Polonya'daki muhalefetle temas halindeydi (Elster -1991-: s.454).

sonuçlanması, diğer ülkelerdeki komünist rejimler üzerinde moral bozucu bir etki doğurmuş, muhalefetteki güçleri ise cesaretlendirmiştir (15).

Az bilinen üçüncü bir faktör ise, Romanya'da başlayıp yine orada tamamlanan ve bir sebepler halkasına yol açan bir olaydır: Şöyle ki, Romanya'da Ceaucescu'nun Macar azınlık üzerinde uyguladığı vahşi muameleler, Macaristan sınırına doğru illegal bir göçe yol açtı. Haziran 1989'a kadar Macaristan, kaçarak sınırı geçen Romenleri (Macar asıllı) kabul etmedi. Macarlar politikalarını değiştirerek göçmenleri kabul ettiklerinde ise bunun oldukça masraflı olduğunu anladılar ve Birleşmiş Milletlerden yardım istediler. Birleşmiş Milletler, ülkesinde zulme uğrayan göçmenlere sığınma hakkı tanıyan BM Göçmen Sözleşmesini imzalamak şartıyla, Macaristan'a yardım etti. Ancak ne var ki, Macaristan'ın, Doğu Almanya ile önceden yapmış olduğu ve illegal göçmenlerin iadesini öngören bir anlaşma mevcuttu. Böylece, Romenlerden hemen sonra Doğu Alman göçmenlerin sınıra dayanması üzerine Macaristan, Avusturya üzerinden Batı Almanya'ya geçmek üzere onları kabul etmeyi kararlaştırdı. İşte Doğu Almanların bu şekilde başlayan göçü, Doğu Alman rejiminin çöküşünün de ana sebebidir. Düşecek bir sonraki domino taşı Kasım 1989'da Çekoslovakya ve Aralık ayında da Romanya'da Ceaucescu yönetimidir. Böylece sebep halkası, başladığı yerde tamamlanmış olmaktadır (16).

Doğu Avrupa'da anayasal değişimin niteliğini ve içeriğini etkileyen başlıca faktörler ise, bu bölgenin tamamında yoğun çatışmaların kaynağı olan etnik, dilsel ve dinsel sorunlardır. Bu faktörler bütün siyasal karar alma mekanizmalarını şekillendirirler. Anayasal bağlamda ise bu faktörler, kişi haklarının düzenlenmesi ve federal ülkelerde hükümetin organizasyonu bakımından önem taşırlar. Örneğin, Çek ve Slovaklar arasındaki uyuşmazlıkların kapsamında bu konular da bulunmaktaydı. Bu çatışmaların başlangıcı, yüzyıllarca geriye uzanabilmektedir (17). Bunun en son örnekleri ise, BosnaHersek'de, Boşnak, Hırvat ve Sırlar arasındaki etnik ve dinsel çatışmaların Sırlar tarafından "etnik temizlik" amacıyla kanlı bir savaşa dönüştürülmesi ve Sırbistan'ın Kosova'ya saldırmasıdır.

Bir ülkenin homojen veya heterojen bir toplumsal yapıya sahip olması, anayasal yapılanma bakımından farklı sonuçlar doğurabilir (18). Doğu

(15) Polonya'da anayasa yapımı süreci ve demokratik seçimler için bkz. Sokolewicz, Wojciech: "The Polish Constitution in a Time of Change", *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 20, No. 1, 1992, s.29-42.

(16) Elster (1991): s.454-455.

(17) Elster (1991): s.450.

(18) Bir toplumun homojenliği genellikle, ortak gelenekler, ortak dil, ortak din ve ortak düşmanlara sahip olmak gibi unsurlarla ölçülmektedir. Bu kavramlarla ilgili bazı ilginç ayrımlar ve homojenliğin önemi hakkında bkz. Elster (1991): s.450.

Avrupa ülkeleri bu bakımdan genellikle heterojen bir toplum yapısına sahiptir. Bunlardan Polonya, homojenlik oranı en yüksek (yüzde 95) ülkedir. İkinci sırada, (yüzde 93 oranıyla) Macaristan ve Arnavutluk gelmektedir. Romanya'da nüfus homojenliği yüzde 10'luk Macar azınlık sebebiyle, yüzde 90 civarındadır. Bulgaristan, önemli orandaki MüslümanTürk azınlık (yüzde 15-20 civarında) sebebiyle heterojen bir topluma sahiptir. Bölünmeden önce Çekoslovakya, 10 milyon Çek ve 5 milyonluk Slovak nüfusla büyük ölçüde heterojen bir yapıdaydı. Bugünkü Çek ve Slovak Cumhuriyetleri ise küçük azınlıklarla temelde homojen bir yapıdadır. Doğu Avrupa'da en heterojen nüfus yapısının eski Yugoslavya'da mevcut olduğunu görmekteyiz. Bu bölgede yaşayan nüfusu oluşturan, Boşnak, Hırvat, Arnavut ve Sırp toplulukları arasında, oldukça derin, etnik, dilsel ve dinsel ayrılıklar bulunmaktadır. Yugoslavya Federasyonunun dağılmasından sonra ortaya çıkan Yeni Yugoslav Federasyonu, Hırvatistan ve Bosna-Hersek'te, içiçe geçmiş bu heterojen yapının devam ettiğini görmekteyiz (19).

Bu ülkelerdeki heterojen toplumsal yapının doğurduğu sorunlar büyük ölçüde anayasal yapıya da yansıma eğilimindedir. Ancak, etnik, dilsel ve dinsel bakımdan bölünmüş grupların, coğrafi yerleşiminin elverişsizliği ve azınlıkların içiçe geçmiş durumda olması, özerk yönetimler oluşturulmasını zorlaştırmaktadır. Öte yandan farklı grupların yaşadığı bölgeler arasındaki ekonomik dengesizliklerin de, piyasa ekonomisine katılım bakımından zengin ve yoksul azınlıklar arasında yeni sosyal çatışmalara yol açmak suretiyle çeşitli sıkıntılar doğurabileceğine işaret edilmektedir (20).

3- Doğu Avrupa Ülkelerinde Anayasal Değişme

Bu başlık altında kısaca Doğu Avrupa ülkelerinde gerçekleşen anayasal değişme üzerinde durulacaktır. Anayasa yapımı süreci, anayasal düzenlemeler alanındaki temel tartışma konuları ve çatışan tercihler ise daha sonraki bölümlerde ele alınacaktır.

Arnavutluk: 1991 yılında kabul edilen yeni Anayasa ile Arnavutluk, demokrasiye geçiş sürecinde ilk anayasasına sahip olmaktadır (21). Çok partili sistemi benimseyen Anayasa, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini de düzenlemiştir. İfade, din, basın, örgütlenme, toplantı ve gösteri hakkı gibi hakların yanısıra, işçilere grev hakkı da tanınmakta ve eğitim sisteminin, komünist rejim dönemindeki standartlara uygun olması öngörülmektedir. Anayasa, dört yıllık aralıklarla genel oyla seçilen ve "Halk Meclisi" olarak adlandırılan tek meclisli bir yasama organı öngörmektedir. Cumhurbaşkanı, beş yıllık bir süre için Parlamento tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı-

(19) Bkz. Elster (1991): s.451-452.

(20) Elster (1991): s.452-453.

(21) Bu konuda bkz. Elster (1991): s.459-460.

na, hükümet kararnemelerinin anayasaya aykırılığı konusunda karar vermek, başbakanı atamak, olağanüstü hal ilan etmek, meclisi feshetmek ve seçimleri yenilemek gibi oldukça önemli yetkiler verilmiştir.

Bulgaristan: Bu ülkede çeşitli siyasal partiler arasında yapılan yuvarlak masa görüşmeleri sonucunda; Bulgaristan'ın demokratik, çoğulcu bir devlet olarak tanımlanması, sosyal devlete yer veren bir piyasa ekonomisi modelinin kurulması, anayasayı yapmak üzere 18 aylık bir süreye sahip olacak bir meclisin seçilmesi, siyasal partiler ve seçim kanunlarının kabul edilmesi konuları üzerinde uzlaşmıştır. Daha sonra yapılan seçimlerle oluşan Büyük Millet Meclisi, 12 Temmuz 1991 tarihinde yeni Anayasayı kabul etmiştir (22). Orta uzunlukta olan yeni Anayasanın temel hükümleri şöyledir: Cumhurbaşkanı, halk tarafından iki turlu seçim sistemine göre seçilecektir. Cumhurbaşkanı, yarı-başkanlık ve parlamenter sistemlerdeki benzer yetkiler verilmişse de, temelde parlamenter sistem benimsenmiştir. Anayasa, iki meclisli bir parlamento ihdas etmiştir. Ayrıca normların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere özel bir Anayasa Mahkemesi ihdas edilmiştir. Temel hak ve hürriyetler de Anayasada ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu arada Seçim Kanunu ile, Millet Meclisi üyelerinin seçimi için, karma bir seçim sisteminin kabul edildiği görülmektedir.

Eski Çekoslovakya: Çek ve Slovak cumhuriyetlerinden oluşan bir federasyon iken demokrasiye geçiş ve anayasa yapımı konusunda kısa sürede büyük ilerlemeler kaydeden Çekoslovakya'da bu iki cumhuriyet, devletin niteliği üzerinde anlaşamayarak 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren kesin olarak ayrılmışlardır. Çekoslovakya'nın bölünmesinden önce yeni bir anayasa yapılmamakla birlikte, Anayasada yapılan değişiklikler ve kanuni düzenlemelerle anayasal alanda önemli gelişmeler sağlanmıştır. Bunları şöyle özetlemek mümkündür: Komünist Partinin öncü rolüne ve eğitim ve kültür politikasının komünist ideolojiye bağlılığına son verilmiş; mülkiyet ilişkilerinde devletin önceliğinin kaldırılması ve devletin adının değiştirilmesi kabul edilmiştir. Yasama organının yeniden yapılanması sağlanmış ve nisbi temsile dayanan demokratik bir seçim sistemi benimsenmiştir. Ayrıca siyasal partiler, kiliselerin hukuki statüsü, temel hak ve hürriyetler alanında demokratik nitelikli düzenlemeler yapılmıştır. Bunların yanısıra, anayasaya uygunluğu denetlemek üzere özel bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur (23).

Çek Cumhuriyeti: Bağımsızlık sürecinde Çek Ulusal Konseyi bölünmeden önce 1992 yılında parlamenter bir demokrasi olarak Çek Cumhuriye-

(22) Özbudun (1993): s.108-110.

(23) Özbudun (1993): s.89-94, 163-164; Elster (1991): s.461-462; Meyer (1992): s.455-456; Knaap, V.: "The Legislative Challenge for Former Socialist States in Europe", *Statute Law Review*, Vol. 13, No. 2, 1992, s.97-103.

hini kuran yeni bir anayasa kabul etmiştir (24). 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren bu Anayasa, liberal Batı geleneğine uygun bir siyasal sistem öngörürken, temel hak ve hürriyetleri de uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun bir şekilde düzenlemiş bulunmaktadır. Anayasa, Temsilciler Meclisi ve Senato'dan oluşan iki meclisli bir parlamento ihdas etmiştir. Temsilciler Meclisi üyelerinin seçimi için nisbi temsil sistemi benimsenmiştir. Yürütme organı, beş yıllık bir süre için Parlamento tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar kurulundan oluşmaktadır. Başbakan ve bakanlar kurulu üyeleri, Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Başbakan, bakanların atanmasında görüş bildirir ve bakanlar kuruluna başkanlık eder. Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere bir de anayasa mahkemesi kurulmuştur.

Slovakya: Bağımsızlık sürecinde Slovak Ulusal Konseyi de bölünmeden önce 1992 yılında Slovakya için yeni bir anayasa kabul etmiştir (25). 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren bu Anayasa da temel hak ve hürriyetleri, esas itibarıyla Çek Cumhuriyeti Anayasası gibi düzenlemiştir. Anayasa, genel oyla seçilen ve "Ulusal Meclis" olarak adlandırılan tek meclisli bir yasama organı öngörmektedir. Yürütme organı, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar kurulundan oluşmaktadır. Cumhurbaşkanı, beş yıllık bir süre için en az beşte üç oy çoğunluğuyla Ulusal Meclis tarafından seçilmektedir. Bakanlar kurulu, Cumhurbaşkanı'nca atanan Başbakan tarafından teşekkül ettirilir. Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme görevi ise, anayasa mahkemesince yerine getirilir.

Macaristan: Macaristan'da yönetimin "değişimin kaçınılmaz olduğunu" (26) anlaması üzerine demokrasiye geçiş yönünde çalışmalar başlamış ve bu amaçla diğer ülkelerdeki gibi yuvarlak masa görüşmeleri yapılmıştır. Bu ülkede yeni bir anayasa yapılmamakla birlikte, mevcut anayasanın yaklaşık yüzde 95'i değiştirilmiştir (27). Bu da Anayasanın tamamen yenilendiği anlamına gelir. Anayasa yapımı teknik ve sistematığı ile "anayasacılık ruhu"na tam uygun olmayan bir acelelikle gerçekleştirilen değişiklikler birkaç aşamada ortaya çıkmıştır. 1987-1989 arasında yukarıdan başlatılan ilk aşamada, Komünist Partinin devlet yönetimindeki rolü azaltılmış ve hükümetin parlamentoya bağımlı hale getirilmesine çalışılmıştır. Bu arada siyasal

(24) Çek Cumhuriyetinin bağımsızlık süreci ve anayasasının yapımı hakkında bkz. Rhodes, Matthew: "National Identity and Minority Rights in the Constitutions of the Czech Republic and Slovakia", East European Quarterly, XXIX, No.3, September, 1995, s.347-357.

(25) Slovakya'nın bağımsızlık süreci ve anayasasının yapımı hakkında bkz. Rhodes (1995): s.347-351, 358-364.

(26) Özbudun (1993): s.104.

(27) Elster (1991): s.462.

alandaki örgütlenme ve çok-partili temsili demokrasiye geçiş kabul edilmiştir. 1989-1991 arasındaki dönemde iktidar ve muhalefet arasındaki görüşmeler sonucunda Anayasa ve kanunlarda yapılan değişikliklerle, devletin adının değiştirilerek, "hukuka dayanan bağımsız demokratik devlet" niteliğinin vurgulanması; tek meclisli bir parlamento, cumhurbaşkanlığı, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere üyeleri Parlamento tarafından seçilen bir anayasa mahkemesi, anayasal hakların, ulusal ve etnik azınlıkların korunması için ombudsman kurumu ve sayıştayın ihdas edilmesi; siyasal partiler kanunu ve iktidari sistemle nisbi temsilin kullanıldığı karma bir seçim sistemi öngören seçim kanunu (28) ve referandum kurumu kabul edilmiştir. Ayrıca temel hak ve hürriyetler geniş bir şekilde anayasal düzenleme alanına sokulmuş ve koruma altına alınmıştır. Daha sonra ise, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinden vazgeçilerek, Millet Meclisince seçilmesi ve hükümetin düşürülebilmesi için "yapıcı güvensizlik oyu" kuralı kabul edilmiştir (29). Yetkileri sınırlı tutulan cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır ve bir kimse iki defadan fazla seçilemez. Yürütme alanında, başbakanın başkanlığındaki bakanlar kurulu ön plandadır.

Polonya: Polonya'da otoriter bir rejimden demokrasiye geçiş çalışmaları 1989 yılında karşıt siyasal güçler arasındaki yuvarlak masa görüşmeleriyle başladı. Bu görüşmelerin amacı "sözleşmeye dayanan demokrasi"yi kurmaktı (30). Görüşmeler sonunda imzalanan sözleşme, demokratik seçimlerin yapılmasını karara bağlarken, adalet sistemi, sendikal faaliyetler ve sansür konularında değişiklikler yapılması ile bazı ekonomik önlemlerin alınmasını öngörmekteydi. Yuvarlak masa görüşmeleriyle yapılması kararlaştırılan sınırlı anayasa değişiklikleri ise, daha geniş yetkilere sahip birinci meclisin (Sejm) dışında, seçimle oluşacak ikinci bir meclisin (Senato) kurulması; devlet başkanlığının kaldırılarak, Fransa'dakine benzer güçlü bir cumhurbaşkanlığının kabul edilmesinden ibaretti. Bu arada 1989 seçimlerinin yapılmasıyla Parlamento'da çoğunluğu sağlayan Dayanışma'nın öncülüğünde komünist olmayan bir koalisyon hükümeti kuruldu (31). Bu dönemde yapılan bazı anayasa değişiklikleriyle de, yerel yönetimler ve yargı alanında bazı reformlar gerçekleştirildi ve çok partili sisteme geçilmesi nedeniyle

(28) Macaristan Anayasası, anayasa değişikliğinin yanısıra seçim kanunu gibi bazı temel kanunlarda değişiklik yapılmasını da "üçte-iki" oy çoğunluğu şartına bağlamıştır. Böylece bu tür kanunlar da anayasal statüye sahip kılınmıştır (Bkz. Elster -1991-: s.462).

(29) Macaristan'da gerçekleşen anayasal değişim hakkında daha fazla bilgi için bkz. Özbudun (1993): s.103-108; Pogany (1993): s.332-355; Elster (1991): s.462-463; Ekonomik nitelikli anayasal düzenlemeler hakkında özellikle bkz. Meyer (1992): s.448-453.

(30) Özbudun (1993): s.100-101.

(31) Polonya'da, Parlamento seçimlerinde, her partiye oyu oranında sandalye sağlayan bir nisbi temsil sistemi uygulanmaktadır (Bkz. Özbudun -1993-: s.157-158).

Komünist Partinin öncü rolüne son verildi. Daha sonra ise, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde Anayasada değişiklik yapıldı.

1992 yılında ise, nihai bir metin kabul edilinceye kadar geçerli olmak üzere, geçici bir anayasa yürürlüğe sokuldu. Geçici "Küçük Anayasa", hükümet sistemi olarak yarı-başkanlık benzeri bir model öngörmüştür. Anayasa hükümlerine göre, Cumhurbaşkanı beş yıl için halk tarafından seçilir ve bir kimse iki defadan fazla seçilemez. Cumhurbaşkanının kanunları veto ve olağanüstü hal ilan etme yetkisi vardır. Ancak veto yetkisi yasama organının üçte-iki oyuyla bertaraf edilebilir. Cumhurbaşkanı, Parlamento'yu feshedememekle birlikte, başbakan adaylarını reddedebilir. Ulusal Meclis üyeleri dört yılda bir yapılan seçimlerle halk tarafından belirlenir. Bazıları Cumhurbaşkanı ile yapılan istişareye bağlı olmak üzere, bakanlar kurulu üyeleri başbakan tarafından atanır. Anayasaya göre, başbakan önceki duruma nazaran bakanlar kurulunun kolektif iradesiyle daha az bağlıdır.

Parlamento'nun tamamen yeni bir anayasanın yapılması yönünde de bir takım çalışmaları olmuş ve ortaya bazı taslaklar çıkarılmıştır (32). Ancak yeni anayasanın kabul edilebilmesi için Parlamento'nun bunu üçte-iki oyla kabul etmesi ve anayasanın referanduma sunulması gerekmektedir (33).

Romanya: Romanya'da 1989 sonunda kanlı bir halk devrimi ile Ceausescu rejimi sona erdirildikten sonra küçük bir gruptan oluşan Milli Selamet Konseyi yönetimi ele almıştır. Fakat daha sonra bu yönetime karşı yürütülen gösteriler nedeniyle muhalefetin de katılımıyla Milli Birlik Geçici Konseyi oluşturulmuştur. Fiilen parlamento gibi çalışan bu Geçici Konsey döneminde çok-partili hayata geçiş sağlanmış ve Mayıs 1990'da ilk demokratik seçimler yapılmıştır (34). Seçimlerle teşekkül eden Parlamento, aynı zamanda Kurucu Meclis olarak 1991 yılında yeni Anayasayı hazırlayarak kabul etmiş ve daha sonra referanduma sunulan Anayasa halk tarafından da onaylanmıştır (35). Yeni Romanya Anayasası, bir yarı-başkanlık sistemi

(32) Bu anayasa taslaklarının içerikleri hakkında bkz. Papaczynski, Andrzej: "Constitutional Politics in Poland: A Report on the Constitutional Committee of the Polish Parliament", The University of Chicago Law Review, Vol. 58, No. 2, 1991, s.595 vd; Polonya'da ayrıca, demokrasiye geçiş sürecinin başlarında, anayasaya uygunluk denetimi yapmak üzere bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş, 1989'da ise Mahkemenin yetkileri genişletilmiştir (Özbudun -1993-: s.164-165).

(33) Polonya'da anayasal değişim hakkında daha fazla bilgi için bkz. Özbudun (1993): s.99-103; Sokolewicz (1992): s.29-42; Elster (1991): s.463; Polonya'da ekonomik alandaki anayasal değişim hakkında bkz. Meyer (1992): s.453-455.

(34) Geçici Konsey tarafından kabul edilen Seçim Kanunu saf bir nisbi temsil sistemini benimsemiş ve seçimler bu sisteme göre yapılmıştır.

(35) 1990 seçimlerinde Milli Selamet Cephesinin büyük bir çoğunluk elde etmesi nedeniyle yeni Anayasanın Parlamento tarafından hazırlanmasında uzlaşmacı çözümler aranmasına gerek duyulmamıştır. Muhalefet partilerinden sadece Liberal Partinin olumlu oy verdiği Anayasaya, en büyük muhalefet partisi Macar Demokratlar Birliği, Macar azınlı-

öngörmektedir. Çünkü Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı halk tarafından ikiturlu seçim sistemine göre seçilir, koşullu olarak Parlamentosu feshedebilir ve Anayasa değişikliği teklifinde bulunabilir. Cumhurbaşkanı'nın başka önemli yetkileri de vardır. Cumhurbaşkanı tarafından atanan başbakan ve bakanlar kurulunun görevi ise, iç ve dış politikayı yürütmektir. Parlamento iki meclisli olup, Temsilciler Meclisi ve Senato'dan oluşmaktadır. Parlamento seçimleri, nisbi temsil sistemine göre yapılmaktadır. Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere de özel bir Anayasa Mahkemesi ihdas edilmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin de Anayasada düzenlendiği görülmektedir. Buna karşılık Romanya Anayasasının, gereksiz konulara yer veren, son derece ayrıntılı, elverişsiz, retorik ve derleme bir anayasa olduğu ileri sürülmektedir. Bir yazara (36) göre, bugüne kadar Doğu Avrupa'da ortaya çıkan en az liberal Anayasaya sahip olan Romanya için ikinci bir "demokrasiye geçiş süreci"ne ihtiyaç duyulabilir.

II. BAĞIMSIZ DEVLETLER TOPLULUĞU (ORTA ASYA) ÜLKELERİ

Gorbachev tarafından başlatılan reform hareketleri (37), Birlik üyesi ülkelerin bağımsızlık girişimleri ve beklenmeyen karmaşık siyasal gelişmeler sonucunda *Sovyetler Birliğinin dağılması üzerine, eski Sovyetleri oluşturan ülkelerin çoğunluğu tarafından Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) adıyla yeni ve fakat gevşek bir birlik oluşturulmuştur*. Nihai olarak Ocak 1992'de kuruluşu gerçekleşen ve Rusya Federasyonu, Beyaz Rusya, Ukrayna, Moldavya, Tacikistan, Azerbaycan, Türkmenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Özbekistan ve Ermenistan'ın üyesi olduğu BDT'nin amacı, ekonomi, savunma ve dış politika alanlarında Bağımsız Cumhuriyetler arasında

ğın idari ve kültürel özerkliğini tanımadığı için; Ulusal Köylü Partisi ise, Anayasanın parlamenter bir monarşinin kurulmasına uygun olmadığı gerekçesiyle karşı çıkmışlardır (Bkz. Özbudun -1993-: s.88-89).

(36) Elster (1991): s.463.

(37) Doğu Avrupa ülkeleri ve eski Sovyetler Birliğine mensup yeni bağımsız ülkelerde demokrasiye geçiş sürecinin başlamasına katkısı bulunan reform girişimleri 1989'da Gorbachev'in Devlet Başkanı olmasıyla başladı. Gorbachev'in "yeniden yapılanma (perestroika)" ve "açıklık (glasnost)" olarak adlandırılan reformlarının [Bu kavramlar ve reformlar hakkında geniş bilgi için bkz. Levitsky, Serge L.: "The Restructuring of Perestroika: Pragmatism and Ideology (The Preamble to the Soviet Constitution of 1977 Revisited)", Cornell International Law Journal, Vol. 23, No. 2, 1990, s.227-274] özünde, ekonomik alanda bir takım liberal uygulamaların başlatılması, yönetim yapısının gözden geçirilmesi ve siyasal alanda çok-partili demokrasiye geçiş bulunmaktaydı. Bütün bunların sağlanması, büyük ölçüde anayasal alanda bazı düzenlemelerin yapılmasıyla mümkün olabilirdi (Sovyetler Birliğinin dağılmasından önce gerçekleşen ve yapılması istenen reformlar ve anayasal değişim hakkında bkz. Brovkin, Vladimir: "The Politics of Constitutional Reform: The New Power Structure and the Role of the Party", Cornell International Law Journal, Vol. 23, No. 2, 1990, s.323-339).

işbirliğini sağlamaktır. Eski Sovyetler Birliği bünyesindeki bazı devletler ise, BDT'na katılmamıştır (38).

Eski Sovyetler Birliğinin dağılmasıyla ortaya çıkan bağımsız ülkelerde, yukarıda incelediğimiz Doğu Avrupa ülkelerindeki kadar hızlı ve ileri düzeyde olmamakla birlikte, demokrasiye geçiş sürecinin başladığı görülmektedir. Demokratik sistemin temel unsurlarını oluşturan insan hakları, çok-partili siyasal hayat ve yarışmacı seçimlerin gerçekleştirilmesinde en önemli aşamalardan birisi, bu unsurları içeren bir anayasanın yapılmasıdır. Aşağıda kısaca, demokrasiye geçiş sürecinde anayasasını yapan BDT ülkelerinde anayasal değişme üzerinde durulacaktır.

Rusya: Haziran 1990'da Yeltsin yönetiminde Sovyet yönetimine karşı ekonomik ve siyasal bağımsızlığını ilan eden Rusya Federasyonu, 1991'de Gorbachev'in yönetimden uzaklaşması ve Sovyetler Birliğinin dağılması üzerine Bağımsız Devletler Topluluğunun bir üyesi olarak kendi içinde ekonomik ve siyasal alanda reformlara devam etmiştir (39). Devlet Başkanlığı görevini üstlenen Yeltsin ile Parlamento arasında yeni anayasanın kabulü, ekonomik reformlar ve siyasal güç paylaşımı alanındaki mücadele, Ordu'nun desteğiyle Parlamento'nun militarist bir yöntemle devreden çıkarılması suretiyle Yeltsin lehine sonuçlanmıştır (40). Parlamento'nun ortadan kaldırılması ve Anayasa Mahkemesinin devreden çıkarılmasından sonra 12 Aralık 1993 tarihinde ilk demokratik Parlamento seçimleri yapıldı ve Parlamento yeniden çalışmaya başladı (41). Aralık seçimleriyle birlikte daha önce Parlamento'da Anayasa Komitesi'nce hazırlanan ancak Parlamentonun onaylamadığı 137 maddelik yeni Anayasa da halkoyuna sunuldu ve yüzde 58 oranında bir oyla kabul edildi.

1993 Rusya Anayasası, iki meclisli (450 üyeli birinci meclis-Duma ve 176 üyeli ikinci meclis-Federal Konsey-) bir parlamento öngörmektedir. Anayasa, Fransız modeli bir yarı-başkanlık sistemi kabul etmiş ve başkana Parlamentoyu kontrol altında tutabileceği önemli yetkiler vermiştir. Başba-

(38) Sovyetler Birliğinin çöküşü ve daha sonraki gelişmeler için bkz. Roberts, J. M.: *History of the World*, New York 1993, s.906-911; *The Hutchinson Complete Encyclopedia*, s.203, 846-847; Eroğul, Cem: *Anatüzeve Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Ankara 1993, s.108-113.

(39) Rusya'da demokrasiye geçiş süreci hakkında bkz. Dallin, Alexander: "Post-Soviet Russia", S.M.Lipset, ed., *The Encyclopedia of Democracy*, Vol. III, (Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C. 1995, s.1090-1095.

(40) Rusya'da, Parlamentonun devreden çıkarılmasına kadar gelişen olaylar ve anayasal sorunların ayrıntıları hakkında bkz. *Time International*, March 22, 1993, Vol. 141, No. 12, s.18-22; March 29 1993, Vol. 141, No. 13, s.32-36; October 4, 1993, Vol. 142, No. 40, s.22-24; October 18, 1993, Vol. 142, No. 42, s.22-39.

(41) Aralık 1993 Parlamento seçimleri için bkz. *Time International*, December 27, 1993, Vol. 142, No. 52, s.16-21.

kanı, bakanları, yüksek hakimleri atama yetkisine sahip olan devlet başkanı, ayrıca belli durumlarda Parlamento'yu feshedebilmektedir. Anayasanın bu düzenlemesiyle Devlet Başkanını "modern çar" haline getirdiği yönünde eleştiriler ortaya çıkmıştır. Temel hak ve hürriyetler de Anayasa'da geniş bir şekilde yer almıştır. Bunların başlıcaları, mülkiyet hakkı, düşünceyi açıklama hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, özel hayatın gizliliği gibi temel hürriyetlerle, işkence yasağıdır. Bu arada komünist dönemde tanınan sağlık, sosyal güvenlik ve konut hakkı gibi sosyal haklar korunmuştur. Ancak Anayasanın, bölgeler ve özerk cumhuriyetler üzerindeki merkezi kontrolü daha sıkı bir hale getirdiği ve federal kanunlara yerel yasama işlemleri karşısında üstünlük tanıdığı görülmektedir. Ayrıca doğal kaynakların merkezi yönetim ile yerel yönetimlerin ortak kontrolünde olacağı öngörülmektedir (42). Nitekim, 1994 yılında Anayasada yapılan bir değişiklikle, federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yeni Rusya Anayasasının yüksek bir konsensüse dayanmaması ve siyasal güç dengesini demokratik bir şekilde kuramaması nedeniyle istikrarlı bir biçimde uzun süre uygulanması zor gözükmektedir.

Ukrayna: Ukrayna'da Temmuz 1990'da yasama meclisi bağımsızlığı ilan etmiş olmakla birlikte, tam bağımsızlık 1991'de Sovyetler Birliğinin dağılmasıyla elde edilmiştir (43). Bağımsızlığın ilanıyla başlayan anayasa hazırlıkları geniş çaplı tartışmalara açılan bir taslak hazırlanmasıyla sonuçlanmış, ancak kabul edilmesi uzun zaman almıştır. Anayasa taslağında temel hak ve hürriyetlere yer verilmiş olmakla birlikte, mülkiyet hakkı ve sosyal hakların düzenlenmesiyle ilgili farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hükümet sistemi olarak başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin bazı unsurlarına yer veren karma bir sistem (yarıbaşkanlık) benimsenmiştir. Ayrıca yönetim biçimi olarak, üniter devlet modeli ile bazı bölgelerden gelen federal sistem istekleri, Parlamento'nun bir meclisli mi, yoksa iki meclisli mi olacağı ve azınlıklarının korunmasıyla ilgili sorunlar tartışılmıştır (44). Uzlaşma sağlanamaması nedeniyle uzayan anayasa yapımı süreci, nihayet 28 Haziran

(42) Özerk cumhuriyetlerin anayasalarının bu hükümleri benimsemediği görülmektedir (Bkz. Time International, July 26, 1993, Vol. 142, No. 4, s.25). Nitekim bu anayasal düzenlemelerin yapılmasından önceki bir tarihte, "BDT ülkelerinde demokrasiye geçiş ve anayasa yapımı" konusunda düzenlenen UniDem Konferansı'nda konuşan Rusya temsilcisi de yapılacak anayasal düzenlemelerde en önemli sorunlardan birinin, federal yapılanma ve merkezi yönetim ile bölgeler arasındaki ilişkilerin oluşturduğunu söylemiştir [Bkz. BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu - Türk Demokrasi Vakfı), Ankara 1993, s.24].

(43) Ukrayna'da demokrasiye geçiş süreci hakkında bkz. Karatnycky, Adrian: "Ukraine", S.M.Lipset, ed., The Encyclopedia of Democracy, Vol. IV, (Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C. 1995, s.1288-1293.

(44) Bkz. BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı, s.20-21.

1996'da yeni Anayasanın kabulü ile sonuçlanmıştır. Anayasa, "Yüksek Meclis" adını taşıyan bir meclis ihdas ederek tek meclis sistemini benimsemiştir. Yüksek Meclis üyelerinin yarısı ülke çapında (% 4 oranında ulusal barajlı) nisbi temsil sistemine göre, diğer yarısı ise, tek isimli seçim çevrelerinde çoğunluk sistemine göre halk tarafından dört yıllık süre için seçilmektedir (45). Cumhurbaşkanı, beş yıllık süre için halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı, kanunları imzalamak, Yüksek Meclis'in onayına bağlı olmak üzere başbakanı ve bakanlar kurulu üyelerini atamak gibi yetkilere sahiptir. Başbakanın başkanlığındaki bakanlar kurulu ise, olağan yürütme işlerini yerine getirmek ve Yüksek Meclis'e kanun tasarısı sunmak gibi yetkileri kullanır. Anayasada temel hak ve hürriyetler düzenlenmiş bulunmaktadır. En yüksek yargı organları, Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesidir.

Kazakistan: 1991 yılında bağımsızlığını kazanan Kazakistan'da, bağımsızlık sonrası ilk anayasa 1993'te yürürlüğe sokulmuş iken, 1995'te yeni bir anayasa yapılmıştır. Yasama, yürütme ve yargı organlarına yer veren 1995 Anayasası güçlü yürütme anlayışını benimsemiştir. Anayasa, Meclis ve Senato'dan oluşan iki meclisli bir parlamento öngörmüştür. Parlamento, anayasayı değiştirmek, bütçeyi uygun bulmak, cumhurbaşkanının atamalarını onaylamak, andlaşmaları onaylamak, savaş ilan etmek, cumhurbaşkanına bir yıla kadar yasama gücünü kullanma yetkisi vermek gibi yetkilere sahiptir. Meclis üyelerinin tamamı, Senato üyelerinin ise, cumhurbaşkanınca atanmışlar dışında kalan kısmı genel oyla halk tarafından seçilmektedir. Beşer yıllık süreler için en fazla iki defa olmak üzere halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı, başbakanı, bakanları, ulusal güvenlik konseyi başkanını ve yerel yönetimlerin başkanlarını atama yetkisine sahiptir. Ayrıca cumhurbaşkanının, kararname çıkarmak, bakanlıklar ve yerel yönetimlerce alınan kararları iptal etmek gibi yetkileri de vardır. En yüksek yargı organı Yüksek Mahkemedir. Ancak, anayasal sorunları çözme görevi, üyeleri cumhurbaşkanı ve parlamento tarafından atanan Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa, ifade hürriyeti, din hürriyeti ve seyahat hürriyeti ile çalışma hakkı, mülkiyet hakkı ve sendika kurma hakkı başta olmak üzere, temel hak ve hürriyetleri de düzenlemiş bulunmaktadır. 1993 ve 1995 Anayasalarının demokratik görüntüsüne karşılık, bağımsızlıktan sonraki ilk yıllarda otoriter bir yönetim sergilenmiştir.

Türkmenistan: Bu ülke, Aralık 1991'de bağımsızlığın kazanılmasından hemen sonra Mayıs 1992'de yeni Anayasasını (46) kabul etmiştir (47).

(45) 29 Mart 1998 tarihinde bu seçim sistemine göre yapılan genel seçimlerde Komünistler % 24.7 oy oranıyla Parlamentoda en büyük güç haline gelmişlerdir.

(46) Sekiz bölüm ve 116 maddeden oluşan Anayasa, birinci bölümde "Anayasal düzenin temel esasları"nı; ikinci bölümde, "insan ve vatandaşın temel hak ve hürriyetleri"ni; üçüncü bölümde, "Devlet organları"nı (yasama ve yürütme); dördüncü bölümde, "yerel öz-

Anayasanın hazırlanmasında geniş çaplı tartışma ve değerlendirmeler yapılmış ve özellikle BM Andlaşması ve Helsinki Nihai Senedi'nden yararlanılmıştır. Temel hak ve hürriyetler, ülkedeki azınlıklar da dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak Anayasada haklar ve hürriyetler yer almış olmakla birlikte, bunlara aşırı sınırlamalar getirilmesine imkan verilmiş olması nedeniyle, otoriter yönetim fiilen varlığını sürdürmüştür. Yasama, yürütme ve yargı organlarını düzenleyen Türkmenistan Anayasası, başkanlık sistemini kabul etmiş, hatta Amerikan modelinden farklı olarak Başkanı son derece geniş yetkilerle (Türkmenistan AY.m.54-61) donatmak suretiyle, onu, siyasal sistemin egemen unsuru ve tartışmasız en üstün gücü haline getirmiştir. Anayasaya göre başkan beşer yıllık süreler için en fazla iki defa olmak üzere halk tarafından seçilmektedir (48). Tek meclisli sistem benimsenmiş olup, Meclis üyeleri beş yılda bir tekrarlanan seçimlerle halk tarafından belirlenir. Ayrıca, Devlet Başkanı, Meclis üyeleri, bölgesel temsilciler, yüksek mahkemelerin başkanları, kabine üyeleri ve diğer bazı görevlilerden oluşan ve "Halk Maslahatı" olarak adlandırılan güçlü bir meclis daha ihdas edilmiştir. Halk Maslahatı, ulusal referanduma başvurmak, ekonomik ve sosyal politikaları planlamak ve savaş ilan etmek gibi yetkilerle donatılmıştır. Yargının zirvesinde Yüksek Mahkeme ile Yüksek Ekonomi Mahkemesi (ticari davalar için) bulunmaktadır.

Tacikistan: Tacikistan'da 1991 yılında bağımsızlığın ilan edilmesiyle birlikte komünistler ile demokratik güçler arasında başlayan ve birkaç yıl devam eden iç savaşın ardından 1994 yılında komünistler iktidardan uzaklaştırılmış ve ülkenin yeniden yapılanması süreci başlatılmıştır. 1994 yılında kabul edilen yeni Anayasa, yasama, yürütme ve yargı organlarını düzenlemiş ve diğer Orta Asya ülkelerinin aksine, yürütme karşısında yaşamaya açık bir üstünlük tanımıştır. Ülkenin tek meclisi olan "Ulusal Meclis" in üyeleri beş yıllık süreler için halk tarafından seçilmektedir. Yasama organı, kanun yapmak, Anayasayı yorumlamak ve Cumhurbaşkanının atamalarını onaylamak gibi yetkilere sahiptir. Cumhurbaşkanı, en fazla iki defa olmak üzere beş yıllık süreler için halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulunu ve yüksek yargı organlarının üyelerini atama yetkisine sahiptir. Ancak bu atamalar yasama organının onayına tâbidir. Üst düzey mahkemeler arasında, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme ve Yüksek Ekonomi Mahkemesi (ticari davalar için) bulunmaktadır. Anayasa, vatandaşların hak ve hürriyetle-

yönetim"i; beşinci bölümde, "seçim ve referandum"u; altıncı ve yedinci bölümlerde, "mahkemeler ve savcılık" kurumunu düzenlemiştir.

(47) Bkz. The Europa World Year Book 1995, Vol.II (Europe Publications Limited), s.3073.

(48) Ancak Türkmenistan'ın ilk başkanı olan Niyazov için bu süreler 1994 yılında yapılan bir referandum ile 10'ar yıla çıkarılmıştır.

rini düzenlemiş olmakla birlikte, bunların aşırı bir ölçüde sınırlanmasına imkan sağlayan bir mekanizmaya da yer vermiştir.

Kırgızistan: Sovyetler Birliğinin Orta Asya cumhuriyetleri içerisinde tam bağımsızlık için en istekli ülke olan Kırgızistan 1991 yılında bağımsızlığını elde etmiştir. Bağımsızlıktan itibaren kısa bir süre içerisinde, yaşadığı ciddi ekonomik sıkıntılara rağmen, reformcu Cumhurbaşkanı Askar Akayev önderliğindeki Kırgızistan, Orta Asya cumhuriyetleri arasında en demokratik anayasal-siyasal sistemi kurmayı başarmıştır (49).

Kırgızistan'da, Parlamento Anayasa Komitesi, siyasal partilerin hazırladığı çalışmalardan da yararlanmak suretiyle, Cumhurbaşkanlığı tarafından hazırlanan tasarının esas alındığı yeni Anayasa taslağını benimsemiş ve tartışmaya açmıştır. Bu taslağın hazırlanmasında Amerikan, Fransız, Alman, İtalyan, Japon ve Türk Anayasalarından yararlanılmıştır (50).1993 yılında kabul edilen yeni Anayasanın, Amerikan kuvvetler ayrılığından etkilendiği, ancak Fransız modeli bir yarı-başkanlık sistemini benimsediği görülmektedir. Cumhurbaşkanı, beşer yıllık süreler için en fazla iki defa olmak üzere halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı, önemli politikaları yürütmek, ulusal referandum yoluyla Anayasada değişiklik yapılmasını sağlamak ve Parlamantonun onayına tâbi olmak üzere başbakanı, kabine üyelerini, yüksek mahkemelerin üyelerini ve bazı yöneticileri atamak gibi yetkiler verilmiştir. Yeni Anayasa, ilk düzenlemesinde tek meclis sistemini benimsemiş, ancak daha sonra 1994 yılında yapılan bir referandum sonucunda iki meclis sistemine geçilmesi öngörülmüştür. Birinci meclisin (Yasama Meclisi), ulusal düzeyde halk tarafından seçilen 35 üyesi bulunmaktadır. İkinci meclis (Halkın Temsilcileri Meclisi) ise, bölgesel olarak seçilen 70 üyeye sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, milletlerarası insan hakları sözleşmeleri esas alınarak düzenlenmiş, ancak mülkiyet bakımından özel ve kamu mülkiyetinin birlikte devam etmesi prensibi kabul edilmiştir. Anayasa, resmi dil olarak tedrici bir şekilde Kırgızca'ya geçilmesini öngörürken, ülkedeki azınlıkların ve halkın kullandığı dillerin de korunmasını uygun bulmuştur. Anayasa ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme ve Yüksek Ekonomi Mahkemesi (ticari davalar için) olmak üzere üç yüksek mahkemeye yer vermiştir.

Özbekistan: 1991 yılında bağımsızlığını elde eden Özbekistan 1992'de de yeni Anayasasını kabul ederek yürürlüğe sokmuştur. Yasama, yürütme ve yargı organlarını düzenleyen Anayasa yürütmeye üstünlük tanımıştır. Temel hak ve hürriyetler Anayasada düzenlenmiş olmakla birlikte, ciddi sınırlamalara tâbi tutulmuştur. 150 üyeli Yüksek Meclis'in (tek meclis

(49) Kırgızistan'da demokrasiye geçiş süreci hakkında bkz. Olcott, Martha Brill: "Kyrgyzstan", S.M.Lipset, ed., The Encyclopedia of Democracy, Vol. II, (Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C. 1995, s.715-718.

(50) Bkz. BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı, s.25-27.

sistemi) üyeleri bölgesel seçim çevrelerinde beş yıllık süreler için halk tarafından seçilmektedir. Yüksek Meclis, anayasayı değiştirmek, yasama işlemleri yapmak, bütçeyi uygun bulmak ve Cumhurbaşkanının atamalarını onaylamak gibi yetkilere sahiptir. Cumhurbaşkanı, en fazla iki defa beş yıllık süre için halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı, Parlatentonun onayına tâbi olmak üzere bakanlar kurulunu ve yüksek mahkeme üyelerini atamak, bağlayıcı kararnameler çıkarmak ve yerel yönetim organları tarafından çıkarılan düzenlemeleri iptal etmek yetkilerine sahiptir. Yüksek mahkemeler, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme ve Yüksek Ekonomi Mahkemesi (ticari davalar için) dir.

Azerbaycan: 1991 yılında bağımsızlığını elde Azerbaycan'da başlanğıçta eski Anayasa bazı değişiklikler yapılarak uygulanmış, nihayet 1995'te yeni bir Anayasa kabul edilerek yürürlüğe sokulmuştur. Yasama, yürütme ve yargı organlarını düzenleyen Anayasa, yürütmeye açık bir üstünlük tanımıştır. Anayasaya göre yürütme yetkisi, en fazla iki defa beş yıllık bir süre için doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanıya aittir. Cumhurbaşkanı, başbakanı, bakanlar kurulu üyelerini, yüksek mahkemelerin üyelerini ve diğer önemli yöneticileri atamak, Parlamento seçimlerini yenilemek, kanun teklifi vermek, kararnameler çıkarmak, kanunları imzalamak, referanduma gitmek, olağanüstü hal ilan etmek gibi çok geniş yetkilere sahiptir (AY.m.112 vd.) Yasama yetkisi ise, 125 üyeli Milli Meclise aittir (AY.m.89-111). Milli Meclis üyelerinin bir kısmı nisbi temsil, bir kısmı da çoğunluk sistemine göre (karma seçim sistemi) halk tarafından seçilmektedir. Yasama dönemi beş yıldır. Anayasada temel hak ve hürriyetler de ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (AY.m.26-88). Kanunların ve idari düzenlemelerin Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

Ermenistan: 1991 yılında bağımsızlığını elde eden Ermenistan'da demokrasiye geçiş sürecinde (51) yeni Anayasa 1995'te kabul edilerek yürürlüğe sokulmuştur. Anayasa, yasama, yürütme ve yargı organlarını düzenlemiş, ancak yürütmeye üstünlük tanımıştır. Yasama yetkisi, 131 üyeli Ulusal Meclise verilmiştir. Meclis üyeleri dört yıllık süreler için halk tarafından seçilmektedir. Yasama organı, kanun yapmak, bütçeyi uygun bulmak, andlaşmaları onaylamak ve savaş ilan etmek gibi yetkilere sahiptir. Cumhurbaşkanı, en fazla iki defa beş yıllık süreler için halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı, yasamanın onayına tâbi olmak üzere bakanlar kurulunu ve yüksek mahkeme üyelerini atamanın yanısıra, çeşitli alanlarda kararnameler çıkarmak gibi geniş yetkilere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler Anayasada

(51) Ermenistan'da demokrasiye geçiş süreci hakkında bkz. Dudwick, Nora: "Armenia", S.M.Lipset, ed., The Encyclopedia of Democracy, Vol. I, (Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C. 1995, s.76-80.

düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanunların ve idari kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

III. AFRİKA: Güney Afrika Cumhuriyeti Örneği

Siyah çoğunluğun yaklaşık 350 yıl boyunca beyaz azınlık tarafından yönetildiği Güney Afrika Cumhuriyeti'nde, iktidarın genel oya dayalı yarışmacı seçimlerle eldeğıştirmesine kadar, hukuki ve fiili olarak katı bir ırk ayrımı politikası uygulandı. Ülke nüfusunun yaklaşık yüzde 80'ini oluşturan siyahların beyazlarla aynı okula, üniversiteye ve kiliseye gitmeleri, aynı araçlardan yararlanmaları ve sosyal ilişkide bulunmaları yasaklandı. Siyahların oy ve vatandaşlık hakları tanınmadı. Bu arada ülkedeki Asyalılar ve mezleler için ayrı meclisler kurulmasına ve bunların kendi meclisleri için oy kullanmasına izin verilirken (52), siyahlara bu haklar tanınmadı. 1958'de Hendrik Verwoerd başbakan seçildiğinde "beyaz efendi" politikasını "mutlak ayrımcılık" olarak nitelenebilecek "apartheid" politikasına dönüştürdü. Verwoerd'in siyahları elimine etme planı, ülke topraklarının yüzde 87'sini nüfusun yüzde 12'sini oluşturan beyazlara, geriye kalan yüzde 13'ünü ise nüfusun yüzde 80'ini oluşturan siyahlara tahsis etme düşüncesine dayanmaktaydı. Böylece siyahlar, kendileri için yeterli görülen yüzde 13'lük bölgede temsili kuruluşlarını oluşturmaya ve giderek bağımsız devletçikler haline gelmeye zorlandı. Siyah toplumun liderleri bu tuzağı fark ederek bu bölgelerde seçimi boykot ettiler ve buradaki kuruluşlarda görev almayı haklı olarak "ihane" kabul ettiler. Siyahlar, giderek sertleşen yöntemlerle ırkçı yönetime karşı mücadeleye devam ettiler. Bu dönemde siyahlar yerel kuruluşlardan çekilerek, okulları ve beyazlara ait mağazaları boykot ettiler. Bu girişimler, özellikle büyüklerinin pasif tutumunu reddeden sertlik yanlı öğrencilerin öncülüğünde sürdürüldü. Genç kuşak siyahların mücadelesi sürerken, ırkçı beyaz yönetim sıkıyönetim uygulamalarıyla ılımlı siyah liderleri hükümetin şartları çerçevesinde anlaşmaya zorladı, ancak başarılı olamadı. Yıllar süren kanlı çatışmalardan sonra ırkçı politikalar uygulayan Ulusal Parti yönetimine reform taraftarı ılımlı yöneticiler geçti. Nihayet, birçok güçlü ülke tarafından Güney Afrika ekonomisini zayıflatmaya yönelik yaptırımlar uygulanması, Batılı ülkelerin baskıları ve komünist rejimlerin çöküşü gibi dış faktörlerin de etkisiyle, Ulusal Parti başkanı *F. W. DE KLERK*, Cumhurbaşkanlığı görevini üstlendiğinde siyahlara haklar tanınması yönünde bir politika başlattı. Afrika Ulusal Kongresi üzerindeki yasak kaldırılarak, bu kuruluşun lideri *Nelson MANDELA* serbest bırakıldı. Bunun üzerine Afrika Ulusal Kongresi, silahlı mücadeleden vazgeçtiğini açıkladı

(52) Bu konularla ilgili anayasal düzenlemeler ve öneriler hakkında geniş bilgi için bkz. Dean, W. H. B., "The Government's Constitutional Proposals 1982", W. H. B. Dean and Dirk Van Zyl Smit, eds., *Constitutional Change in South Africa: The Next Five Years*, Cape Town 1983, s.90-113.

(53). Ancak demokratikleşme sürecine karşı sağ-kanattaki beyazlardan ve kendilerine tahsis edilen yerel yönetimleri kontrol eden siyahlardan ciddi direnme çabaları görüldü. Demokratikleşme sürecinde Ulusal Partinin temel stratejisi mümkün mertebe iktidarda kalmak olmuştur. 1990'lara kadar, *DE KLERK* ve Partisi, genel oya geçildikten sonra hükümet içindeki yerlerinin güvenceye bağlanması gerektiğini vurgulamışlardır. Büyük siyah nüfus karşısında bir azınlık olduklarının farkında olan beyaz yönetim, yarışmacı bir demokrasinin sonuçlarına katlanmak yerine, seçim sonuçlarına bakılmaksızın hükümete ortak olmak istiyorlardı. Uzlaşma yanlısı Afrika Ulusal Kongresi, beyazların aşırı ırkçı uygulamalarının etkisiyle uzlaşmaya karşı olan kendi içindeki büyük muhalefete rağmen, olumlu yaklaşımlarıyla uzlaşmaya varılmasını sağlayabilmiştir. Beyazların muhafaza ettiği askeri gücün, ezici çoğunluğa sahip olsa da siyahların devrim yapmasına engel olduğunun bilincinde olan Afrika Ulusal Kongresi, beyaz yönetimin siyahlara verdiği zararın artık dayanılmaz bir boyuta geldiğini de düşünerek uzlaşmaya çalışmıştır (54).

Daha sonra ırk ayrımının kaldırılması, genel oy ilkesinin kabul edilmesi ve yarışmacı seçimlerin yapılması yönünde görüşmelere başlandı. Nihayet, yönetimdeki Ulusal Parti ile Afrika Ulusal Kongresi'nin ve çeşitli kesimlerin temsilcilerinden oluşan çalışma gruplarının görüşmeleri sonucunda mevcut hukuki çerçeveyi belirleyen 1984 Anayasasının ve ilgili kanunların değiştirilerek yeni Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının ana ilkelerini belirlemek amacıyla şu konularda uzlaşmaya varıldı (55): *-Yeni Güney Afrika, birleşik, demokratik, ırk ve cinsiyet ayrımına dayanmayan egemen bir devlet olacaktır. -Ülkenin en üstün kanunu niteliğinde olmak üzere, evrensel olarak tanınan insan hak ve hürriyetlerini de düzenleyen ve yargısal denetim mekanizmasıyla koruma altına alan bir anayasa yapılacaktır. -Ülke içinde dil, kültür ve din çeşitliliğini tanıyan ve koruyan bir yapılanma gerçekleştirilecektir. -Uygun bir kontrol ve dengeler sistemine bağlı olarak, yasama, yürütme ve yargı arasında bir kuvvetler ayrılığı prensibi benimsenecektir. -*

(53) Bu gelişmeler hakkında bkz. The Hutchinson Complete Encyclopedia, s.770-771.

(54) Friedman, Steven: "South Africa", S.M.Lipset, ed., The Encyclopedia of Democracy, Vol. IV, (Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C. 1995, s.1165.

(55) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Carpenter, Gretchen and Margaret Bewkes: "The Path to Constitutional Democracy in South Africa: An Update", Journal of African Law, Vol 36, No. 2, 1992, s.168-170; Bununla beraber, merkezi, bölgesel ve yerel yönetim ilişkileri; azınlıkların kendi kendini yönetme hakkına sahip olup olmayacağı; izlenecek ekonomik politikalar; geleneksel kabile liderlerinin konumu ve rolü; dil, kültür ve din çeşitliliğine dayalı yapılanma ve işleyişin nasıl sağlanacağı gibi bir takım konular üzerinde tam bir uzlaşmaya varılamadığı görülmektedir (Bkz. Carpenter and Bewkes -1992-: s.170-173). Ancak daha sonra kabul edilen nihai 1996 Anayasası ile bu hususlar ayrıntılı olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Yasama organının oluşumu ve yasama fonksiyonunun yürütülmesi, çok-partitli demokrasi, düzenli seçimler, genel oy ve nisbi temsil sistemi esaslarına dayalı olacaktır. -Yargı, bağımsız, tarafsız ve ırk ayrımına dayanmama niteliklerine sahip olacak ve hukuk sistemi, herkesin kanun önünde eşitliği ilkesini güvence altına alacaktır (56). -Bütün vatandaşlar, ortak bir ifadeyle "Güney Afrika Cumhuriyeti vatandaşı" olarak adlandırılacak ve buna hak kazanmış olacaklardır (57).

1992 yılında beyazlar arasında yapılan bir referandumda "ırk ayrımı" (apartheid) nin kaldırılması yönünde bir sonuç çıkınca, bu tür kanunlar tamamen yürürlükten kaldırıldı. 1993 Geçici Anayasası yukarıda açıklanan prensipler çerçevesinde hazırlanarak yürürlüğe konuldu. 1993 tarihli Geçici Anayasaya göre, seçimler sonucunda, önemli azınlık partilerinin güçleri oranında katılacağı bir ulusal hükümet oluşturulacaktır (58). Yine bu Anayasa, nihai anayasanın, seçimlerden sonra teşekkül edecek olan iki-meclisli Parlamento tarafından yapılmasını öngörmekteydi. Irkçı aşırı sağcılarının bütün direnmelerine ve militarist girişimlerine rağmen, taraflar arasında varılan uzlaşma gereği, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde ilk genel oya dayalı demokratik seçimler 27-28 Nisan 1994'de yapıldı. Afrika Ulusal Kongresi yüzde 60'ın üzerinde bir oyla Parlamento'da büyük bir çoğunluk elde etti. Nelson Mandela da, halkın yüzde 80'ini siyahların oluşturduğu ülkenin ilk siyah Başkanı seçilmiş oldu (59). Taraflar arasında varılan uzlaşma gereğince beyazlar da hükümete katıldılar. Bununla birlikte seçimlerde yüzde 62 oy alan Afrika Ulusal Kongresi nihai anayasayı yapacak çoğunluğu (üçte iki) elde edemedi. Seçimlerde yüzde 20 oy oranını sağlayan Ulusal Parti'nin lideri *DE*

(56) Demokrasiye geçiş sürecinin başlarında, Westminster modelindeki yasamanın üstünlüğü anlayışı yerine, yasama işlemlerinin yargısal denetimi prensibi benimsenmekle birlikte, bunun Amerika'daki gibi bir yüksek mahkeme tarafından mı yerine getirileceği, yoksa Almanya ve benzeri ülkelerdeki gibi özel bir anayasa mahkemesinin mi kurulacağı tartışmalı ve belirsiz bir sorun iken (Bkz. Carpenter and Bewkes -1992-: s.170), 1996 tarihli nihai Anayasa ile bir anayasa mahkemesinin kurulması öngörülmüştür.

(57) Bugüne kadar uygulanan sistemde, siyahlar tam vatandaş olarak kabul edilmemiş ve tam vatandaşlığın verdiği hak ve ayrıcalıklardan yararlanamamışlardı (Carpenter, Gretchen: Introduction to South African Constitutional Law, Cape Town 1987, s.372-373).

(58) Afrika Ulusal Kongresi, Yapılacak ilk seçimde açık bir yenilgiye uğrayacağını bildiği halde, ülkenin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle demokrasinin yaşatılabilmesi için beyaz yöneticilerin de hükümette rol alması gerektiğinin bilincindeydi (Friedman -1995-: s.1165-1167).

(59) 1994 Güney Afrika seçimleri için bkz. Time International, May 9, 1994, Vol. 143, No. 19, s.20-32.

KLERK ise, yine uzlaşma gereği iki başkan yardımcısından birisi oldu (60). Ulusal Parti ayrıca dokuz eyaletten birisinin yönetimini de elde etti.

Bu seçimin ardından Güney Afrika'nın yeni demokratik yöneticileri, kurulan demokrasinin kırılganlığını hatırlatan çatışmacı geçmişe karşı güç bir görev üstlenmişlerdir. Çatışan tarafların aynı hükümette görev almaları, çatışma potansiyelinin tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Belki de çatışma potansiyeli, yönetimin merkezine taşınmış olmaktadır. Ancak, ırkçı politikalar ile yozlaştırılmış olmakla birlikte, daha önce bir anayasal geleneğin bulunması, demokratikleşme yönündeki uluslararası baskılar, beyazlarla siyahların karşılıklı ekonomik bağımlılığı ve zaman zaman pragmatizm ve intibak için siyasal seçkinlerden daha büyük istek duyan sivil toplumun varlığı gibi faktörler, çatışma potansiyelini ortadan kaldırarak uzlaşmacı demokrasinin kurumsallaşmasını kolaylaştıracaktır. Öte yandan şiddet ve "ırksal kutuplaşma" nedeniyle bölünmüş bir toplumda insan haklarına dayalı demokrasinin kurumsallaşabilmesi için "ortak bir ulusal hedef" in belirlenmesi de önemli bir katkı sağlayabilir (61).

Güney Afrika'da demokrasiye geçiş sürecinin birinci aşaması olan yarışmacı seçimlerin yapılmasının ardından ülkenin anayasal-siyasal yeniden yapılanması çalışmaları devam etmiştir. Bu dönemin en önemli faaliyeti, Güney Afrika'nın nihai anayasasının yapılması olmuştur. 1993 tarihli Geçici Anayasa, nihai anayasanın yapılması görevini, Ulusal Meclis ve Senato'dan oluşan Parlamente'ye vermiştir. İki meclisin müşterek toplantısı "Anayasa Meclisi" olarak adlandırılmıştır. Nihai Anayasanın "Anayasa Meclisi"nde hazırlanması sürecinde bütün tarafların müzakerecileri sıkı pazarlıklar yapmışlardır. Bu arada kamuoyunun görüşlerinin istenmesi üzerine, iki milyonu aşkın insan da, "nasıl bir anayasa istediklerini" yazılı olarak Anayasa Meclisi'ne bildirmişlerdir. Anayasanın kabulü için üçte iki çoğunluk arandığından, Anayasa Meclisi'nde çoğunluğu oluşturan Afrika Ulusal Kongresi ile Ulusal Parti'nin uzlaşması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Partilerin uzlaşması üzerine, yeni Anayasa 7 Mayıs 1996 günü Anayasa Meclisi'nde oylanarak kabul edilmiştir. Bu şekilde kabul edilen 1996 Anayasası, Anayasa Mahkemesi tarafından istenen bazı ufak düzeltmelerin de Anayasa Meclisi'nde yapılma-

(60) Seçimden sonra Afrika Ulusal Kongresi, İnkata Hürriyet Partisi ve Ulusal Parti'nin bir araya gelmesiyle kurulan "Ulusal Birlik Hükümeti", 30 Haziran 1996 tarihinde DE KLERK'in gönüllü olarak Başkan Yardımcılığı görevinden çekilmesi nedeniyle, artık Ulusal Partiyi içermemektedir. Böylece DE KLERK ve partisi, Afrika Ulusal Kongresi'nin programından kendilerini ayırmışlardır.

(61) Friedman (1995): s.1165-1167.

sının ardından, Devlet Başkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe sokulmuştur (62).

Anayasanın Başlangıcında, geçmişin adaletsizliği vurgulanarak, adalet ve hürriyet için sıkıntı çekenlere hürmet ve ülkenin gelişmesi için çalışanlara saygı atfedilmektedir. Ayrıca, Anayasanın, geçmişin bölünmelerini gidermek; demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayalı bir toplum meydana getirmek; yönetimin halkın iradesine ve vatandaşların eşitliği prensibine dayalı olduğu demokratik ve açık toplumun kurumlarını oluşturmak; ve uluslar ailesi içinde haklı yerini alabilmesi için birleşik ve demokratik bir Güney Afrika inşa etmek amacıyla kabul edildiği belirtilmektedir.

Anayasada, “kurucu hükümler” (birinci bölüm), “insan hakları” (ikinci bölüm), “kooperatif hükümet prensibi” (üçüncü bölüm), “parlamento” (dördüncü bölüm), “başkan ve ulusal hükümet” (beşinci bölüm), “eyaletler” (altıncı bölüm), “yerel yönetim” (yedinci bölüm), “mahkemeler” (sekizinci bölüm), “anayasal demokrasiyi destekleyen devlet kuruluşları” (dokuzuncu bölüm), “kamu yönetimi” (onuncu bölüm) ve diğer konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

“Kurucu Hükümler” bölümünde (m.1-6), Güney Afrika’nın eşitlik ilkesi ve insan haklarına bağlılığı vurgulanarak, ırk ve cinsiyet ayrımı reddedilmektedir. Bu bölümde ayrıca, Anayasanın üstünlüğü; onbir dilin resmi dil olarak tanındığı; ve Anayasanın Ulusal Meclis tarafından değiştirilebilmesi için gerekli olan oy oranı (kural olarak üçte-iki, bazı kurucu hükümler için yüzde 75) gibi hususlar düzenlenmektedir.

Anayasanın “Haklar Bildirisi” bölümünde (m.7-39), temel insan hak ve hürriyetleri demokratik kriterlere uygun bir şekilde düzenlenmiş olup, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların da, vakar, eşitlik ve hürriyete dayalı açık ve demokratik bir toplumda makul ve âdil kabul edilebilecek bir ölçüyü aşamayacağı kuralına yer verilmiştir. Ayrıca, hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerin, hukukun bütününe uygulanacağı ve sadece devlet kuruluşlarını değil, bütün kişileri ve yargıyı da bağlayacağı belirtilmiştir.

Anayasa (m.40-41), yönetimin ulusal, eyaletsel ve yerel birimleri arasında işbirliği yapılmasını öngören ve “kooperatif hükümet” olarak adlandırılan bir prensibe yer vermiştir. Herbiri ayrı, fakat birbiriyle ilişkili ve bağımlı ulusal, eyaletsel ve yerel yönetimler arasında çıkabilecek uyuşmazlık-

(62) Anayasa Meclisi’ndeki oylamada, Afrika Ulusal Kongresi, Ulusal Parti, Demokratik Parti ve Pan Afrikanist Kongresi Anayasa lehinde oy kullanırken, Afrika Hristiyan Demokratik Partisi aleyhte oy kullanmıştır. Hürriyet Cephesi ise, oylamaya katılmamıştır (Güney Afrika Cumhuriyeti’nde anayasa yapımı süreci ve anayasalar hakkında şu internet adresinden ayrıntılı bilgi alınabilir: www.constitution.org.za).

ların ise, yargı organı tarafından çözümlenmesi kabul edilmiştir. İki meclisli Parlamento, Ulusal Meclis ve Eyaletler Ulusal Konseyi'nden oluşmaktadır (m.42). Anayasa, Ulusal Meclis seçimlerinin nisbi temsil sistemine göre yapılmasını öngörmektedir (m.46). Eyaletler Ulusal Konseyi, eyalet meclisleri tarafından seçilerek gönderilen üyelerden oluşmaktadır. Her eyalet on üye gönderme hakkına sahiptir. Başkan, Ulusal Meclis tarafından kendi üyeleri arasından seçilir. Başkan, devlet başkanı olduğu gibi, hükümete de başkanlık eder. Başkan ve kabine birlikte ulusal hükümeti oluşturur. Kabine de başkanın dışında, başbakan yardımcısı ve bakanlar bulunmaktadır. Başkan yardımcısı ve bakanlar başkan tarafından atanır. İki bakanın Ulusal Meclis üyesi olması şarttır. Kabine, kollektif ve bireysel olarak Parlamento'ya karşı sorumludur ve Kabine üyeleri düzenli olarak Parlamento'ya rapor vermek zorundadırlar (m.83-102).

Anayasal düzenlemeyle Güney Afrika, ayrı yasama ve yürütme organlarına sahip dokuz eyalete ayrılmıştır. Eyalet düzeyinde Ulusal Meclis gibi çalışan eyalet yasama organları, eyalet yürütme organı ile eyaletteki diğer devlet organları üzerinde gözetim yetkisine sahiptir (m.103 vd.). Yerel yönetim işlerini ulusal ve eyaletsel kanunlara aykırı olmamak şartıyla kendi alacağı kararlarla yürütme yetkisi belediyelere verilmiştir. Belediye sınırları, bağımsız bir otorite tarafından belirlenir. Eyalet yönetimleri, bölgelerinde belediyeleri kurmak, gözlemek ve görevlerinin ifasında onlara yardım etmek zorundadır (m.151 vd.).

Anayasa, bütün anayasal sorunların çözümü yetkisini Anayasa Mahkemesine, anayasal nitelikte olmayan hukuki sorunların çözümü yetkisini ise, Yüksek Temyiz Mahkemesine vermiştir (m.165 vd.).

Anayasa, "kaynakların verimli, ekonomik ve etkin kullanımı", "tarafsızlık", "açıklık" ve "sorumluluk" gibi bazı ahlaki ve profesyonel standartların kamu yönetiminde esas alınmasını öngörerek, kamu yönetiminin dürüst yürütülmesini ve halkı temsil etmesini amaçlamıştır (m.195 vd.).

Güney Afrika Anayasası, kabile topluluklarında etkinliklerini sürdüren *geleneksel liderlerin statü, kurum, ve rollerini tanıdığı ve mahkemelere, "uygulanabilir" durumlarda "gelenek hukuku"nu uygulama görevi vermiştir. Geleneksel liderlerin ve gelenek hukukunun rolü kanunla düzenlenecektir (m.211 vd.).*

Güney Afrika Cumhuriyeti'nin 1996 tarihli nihai Anayasası, ülkenin özel şartları ve toplumun çok-kültürlü, çok-ırklı ve çok-dinli yapısı nedeniyle kazüistik bir karakter taşımakla birlikte, çatışmacı bir toplumu demok-rasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü gibi değerler üzerinde uzlaştıran ve benzer toplumlara örnek olabilecek tarihsel öneme sahip bir belgedir. Bu ülkede demokrasiye geçiş sürecinde anayasa yapımının özellikleri de, siyaset

bilimcileri, anayasa hukukçuları ve politikacılar bakımından incelenmesi gereken zengin veriler ve yararlanılabilecek deneyimler sunmaktadır.

IV. S O N U Ç: Demokrasiye Geçiş Sürecindeki Ülkelerde Anayasal Dönüşümün Değerlendirilmesi

Demokrasiye geçiş sürecindeki ülkelerde yeniden yapılanma başlıca iki alanda kendini göstermiştir: Anayasal değişimin ve piyasa ekonomisine geçişin gerçekleştirilmesi. Burada anayasal değişim, hukukun üstünlüğü, bireylerin hak ve hürriyetleri ile azınlık haklarının korunması ilkelerine dayalı çok partili demokrasinin kurulması şeklinde formüle edilebilir. Bu anlamda anayasal dönüşümün, anayasa yapımı sürecinin sadece yeni anayasal normların şeklen kabul edilmesiyle kalmayıp, fiilen uygulamaya geçirilmesi suretiyle sonuçlandığı ülkelerde gerçekleştiği söylenebilir. Kömünist rejimlerden demokrasiye geçiş yapan Doğu Avrupa ve Orta Asya'daki ülkelerin bazılarında reformlar halkın coşkulu demokrasi ve insan hakları isteklerinin bir sonucu olarak gerçekleşirken, bazılarında da iktidardaki siyasal ve bürokratik seçkinlerin demokrasi dalgasının etkisiyle aniden ideolojik kamp değiştirmeleri sonucunda, bunlar tarafından gündeme getirilmiştir. Öte yandan, post-kömünist toplumların dönüşüm süreci, sürecin işleyişi, kullanılan yöntemler ve ulaşılan sonuçlar bakımından da ülkeden ülkeye değişiklik gösterir.

Demokrasinin genellikle "kaba çoğunluk" olarak anlaşıldığı ve devletin ekonomi üzerindeki ağırlığının devam ettiği post-kömünist ülkelerde gelişmiş bir "insan hakları kültürü"ne ihtiyaç vardır. Demokrasiye yeni geçiş yapan söz konusu ülkelerin büyük çoğunluğunun üye olduğu ya da üye olmaya hazırlandığı Avrupa Konseyi ile Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde, demokrasi, insan hakları ve anayasal gelişme bakımından yol gösterici bir takım belgeler ve kriterler hazırlanmıştır. Post-kömünist toplumlarda demokrasinin kurumsallaşması, insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesini sağlayacak bir anayasal dönüşümün gerçekleştirilmesinde bu örgütlerin katkısı oldukça önemlidir. Ayrıca bu ülkelerde oluşturulan anayasa mahkemesi ve ombudsman gibi kurumlar ile demokrasi yanlısı medya çevreleri, bilim adamları ve demokrat aydınların demokratik çoğulculuk ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin yerleşmesindeki rolüne de değinmek gerekir. Öte yandan, gelişmiş ülkeler veya uluslararası finans kuruluşlarının sağladığı dış krediler ile yabancı pazarlara giriş imkanları, post-kömünist veya otoriter yönetimleri demokrasi ve piyasa ekonomisi modeline daha hızlı geçmeye teşvik etmektedir

Post-komünist veya post-totaliter/otoriter toplumları demokrasiye geçiş süreçlerinin özelliklerine göre belli kategorilere ayırmak mümkündür (63):

1) *Demokratik sistem ve piyasa ekonomisine geçişi ve anayasal dönüşümü başarılı bir şekilde gerçekleştiren toplumlar*: Örneğin, Çekoslovakya (Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'nın kuruluşu), Slovenya, Polonya, Macaristan gibi ülkeler bu gruba girmektedir. Ayrıca, katılımcı ve uzlaşmacı bir anayasal-siyasal dönüşüm sürecinin sonunda otoriter ve ırkçı bir rejimden, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu demokratik sisteme geçmeyi başaran Güney Afrika Cumhuriyeti'ni de, geçmişin izleri ve çok-kültürlü bir toplum olmanın getirdiği sıkıntılara rağmen bu kategoride değerlendirmek gerekir.

2) *Anayasal dönüşüm ve piyasa ekonomisine geçişin sınırlı ve belirsiz olduğu otoriter ve/veya popülist rejime sahip toplumlar*: Örneğin, Romanya, Bulgaristan, Rusya Federasyonu, Ukrayna, Beyaz Rusya, Moldova, Baltık Cumhuriyetleri, Azerbaycan, Türkmenistan, Kırgızistan, Özbekistan, Ermenistan, Kazakistan, Tacikistan ve Gürcistan gibi, siyasal, anayasal ve ekonomik bakımlardan belli bir yol izlemeyen ülkeleri bu kategoride ele almak mümkündür.

3) *Kendine özgü niteliklere sahip askerî veya faşist diktatörlükler*: Örneğin, Sırbistan ve Hırvatistan gibi ülkeler bu grupta yer almaktadır. Öte yandan, Rusya Federasyonu ve diğer bazı post-sovyet ülkelerde de zaman zaman bu tip rejimlere yönelik eğilimler ortaya çıkabilmektedir.

4) *Etnik, dinsel ve siyasal bölünmelere dayalı kronik çatışmalar nedeniyle, net ve istikrarlı ekonomik veya siyasal gelişme modellerine ihtiyacı bulunan toplumlar*: Örneğin, Eski Yugoslavya'nın çöküşüyle ortaya çıkan ve yakın zamanda Sırp ve Hırvatların işgalinden kurtulan Bosna-Hersek bu durumdadır. Ayrıca, bazı Kafkasya bölgesi ülkelerinde de benzeri istikrarsızlıklar görülebilmektedir.

Demokrasiye geçiş sürecindeki ülkelerin tecrübeleri göstermektedir ki, tek başına yeni bir anayasanın yürürlüğe konulması veya mevcut anayasanın değiştirilmesi bir toplumda "anayasal dönüşüm"ün gerçekleşmesini sağlayamamaktadır. İnsan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğüne dayalı çok partili demokratik sistemin kurulması anlamına gelen anayasal dönüşümün gerçekleşebilmesi, bu prensipleri içeren yeni anayasanın uygulamaya geçirilmesiyle mümkün olabilir. Bazı post-komünist ve otoriter rejimlerin "anayasal dönüşüm"ü gerçekleştirememelerinin temel nedeni, "geçmişin kötü mirası"ndan kendilerini kurtaramamalarıdır.

(63) Pogany, Istvan: "Constitutin Making or Constitutional Transformation in Post-Communist Societies?", *Political Studies*, (1996), XLIV, s.568-591.

KADASTRO MAHKEMESİ

Doç. Dr. Mehmet AYAN*

I- KADASTRO MAHKEMESİNİN KURULMASI

3402 sayılı Kanununun 24 üncü maddesine göre, "Genel mahkemelere ait olup da bu Kanunun uygulanması ile ilgili dâva ve işlere, belirlenen usul ve esaslara göre bakmak üzere her kadastro bölgesinde tek hâkimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur". Aynı Kanunun geçici 1 inci maddesine göre de, "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş tapulama mahkemeleri, kadastro mahkemesi adını alır ve açılmış dâvaları bu Kanundaki hükümlere göre yürütür. Asliye Hukuk mahkemelerinde bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 2613 sayılı Kadaastro ve Tapu Tahriri Kanununa göre açılan veya müracaata bırakılan dâvalara ⁽¹⁾, kadastro mahkemelerinde bu Kanun doğrultusunda bakılmaya devam olunur ⁽²⁾. Tapulama hâkimleri ile tapulama mahkemelerinde yetkili olarak görev yapan hâkimler yeniden bir atamaya ve yetkilendirilmeye gerek olmadan kadastro hâkimi olarak görevlerini yürütürler. Bu hüküm tapulama mahkemelerinde görevli diğer personel hakkında da uygulanır".

II- KADASTRO MAHKEMESİNİN YETKİ ALANI

A) KADASTRO MAHKEMESİNİN YER BAKIMINDAN YETKİSİ

Kadaastro mahkemesinin "yer bakımından yetkisi", kadastro bölgesinin idarî sınırlarına göre belirlenir ⁽³⁾. Yani, her ilin merkez ilçesi veya diğer ilçelerinin idarî sınırları kadaastro mahkemesinin yetki alanını oluşturur ⁽⁴⁾. Yeni ilçe kurulup teşkilâtlanarak faaliyete geçmesi hali hariç, idarî kuruluşta yapılan değişiklik sebebiyle daha sonra başka bir bölgeye bağlanan taşınmaz

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹⁾ Ancak, müracaata bırakılan bir dosyanın kadaastro mahkemesine devredilebilmesi için kadaastro tutanağının kesinleşmesinden önce yenilenmesi gerekir. Bk., Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, 5.Baskı, İstanbul 1991, s.4351.

²⁾ Bk., 16.HD., 12.10.1989, E.1988/14596, K.1989/14452 (YKD., C.16, S.1, 1990, s.95-96); 16.HD., 9.6.1989, E.1988/9420, K.1989/9347, "...2613 sayılı Kanundan doğan şehir kadaastro dâvalarına kaldığı yerden kadaastro mahkemelerinde bakılması zorunludur..." (YKD., C.15, S.11, 1989, s.1617-1618).

³⁾ 16.HD., 19.6.1989, E.1988/8755, K.1989/9977 (YKD., C.15, S.10, 1989, s.1462).

⁴⁾ Taşınmaz mallara ilişkin yetki kuralı kesin nitelik taşıdığı için (HUMK.m.13) bu husus hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Bk., 16.HD., 9.5.1991, E.1990/12150, K.1991/6750 (YKD., C.18, S.1, 1992, s.92-93).

mallara ilişkin uyuşmazlıklar da kadastroya başlama gününde yetkili olan kadastro mahkemesi tarafından karara bağlanır (KK.m.26/IV) (5).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13 üncü maddesinde olduğu gibi, burada da kesin yetki söz konusudur (6). Dolayısıyla yetki sözleşmesi yapılamaz.

B) KADASTRO MAHKEMESİNİN ZAMAN BAKIMINDAN YETKİSİ

Kadastro mahkemesinin "zaman bakımından yetkisi", her taşınmaz mal hakkında kadastro tutanağının düzenlendiği tarihte başlar (KK.m.26/IV). Bu nedenle, hakkında henüz kadastro tutanağı düzenlenmemiş taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklara kadastro mahkemesinde bakılamaz (7).

Mahallî hukuk mahkemelerinde görülmekte olan kadastro ile ilgili dâvalar bakımından (8) da, o taşınmaz için kadastro tutanağının düzenlenme-

5) 7.HD., 1.3.1990, E.1990/2941, K.1990/2304, "... Yumurtalık ilçesi, sonradan kurulup teşkilatlanarak faaliyete geçtiğine göre, dâvaya Yumurtalık Kadastro Mahkemesi'nde bakılması gerekir. ..." (YKD., C.16, S.5, 1990, s.667-668); 16.HD., 29.11.1993, E.1993/5672, K.1993/12631, "... taşınmazın bulunduğu köyün idari bağlantısının değiştirilmiş olması, yeni ilçe kurulması nedeniyle olmadığından, kadastro mahkemesinin yetkisini etkilemez..." (YKD., C.20, S.4, 1994, s.609-610); 16.HD., 4.6.1996, E.1996/1919, K.1996/2649, "... Sarıyahşi İlçesi'nin kurulması üzerine, doğru olarak dava Şereflikoçhisar Kadastro Mahkemesi'nce bu ilçeye aktarılmıştır. Taşınmazın bulunduğu köydeki idari sınırda yapılan değişiklik sonuca etkili olamaz. Köyün, sonradan Ağaçören İlçesi'ne bağlanmış olması, Sarıyahşi Mahkemesi'nin yetkisizlik kararı vermesini gerektirmez. Taşınmaz mal davalarında yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan Mahkemenin bu hususu re'sen dikkate alması gerekir. ..." (YKD., C.23, S.2, 1997, s.240-241).

6) Bk., Kuru, 4354.

7) Bk., 7.HD., 12.11.1990, E.1987/2229, K.1990/13288, "... kadastro hâkimi hakkında tapulama tutanağı düzenlenen taşınmaz ile ilgili uyuşmazlıkları çözümler. Dâva konusu yer hakkında tapulama tutanağı düzenlenmemiş ve tapulama dışı bırakılma işlemi de kesinleşmiş olduğuna göre uyuşmazlık kadastro mahkemesince çözümlenemez. ..." (YKD., C.17, S.3, 1991, s.354-355). Aynı yönde bk., 7.HD., 7.3.1988, E.1988/1965, K.1988/1778 (YKD., C.14, S.6, 1988, s.780-781); 16.HD., 12.10.1989, E.1988/14597, K.1989/14453 (YKD., C.16, S.4, 1990, s.585-586); 7.HD., 26.3.1990, E.1990/4720, K.1990/3480 (YKD., C.16, S.7, 1990, s.999-1000); 1.HD., 7.10.1991, E.1991/7046, K.1991/11089 (YKD., C.18, S.5, 1992, s.680-681); 16.HD., 25.1.1993, E.1992/6106, K.1993/383 (YKD., C.19, S.7, 1993, s.1034-1035); 16.HD., 16.9.1997, E.1997/3100, K.1997/3628 (YKD., C.24, S.9, 1998, s.1343-1345). Söz konusu esas 766 sayılı Tapulama Kanunu bakımından da geçerli idi (766 sayılı K.m.50). Bk., 16.HD., 9.9.1987, E.1987/212, K.1987/2 (YKD., C.13, S.11, 1987, s.1687-1688); 16.HD., 19.1.1989, E.1987/24480, K.1989/160 (YKD., C.15, S.6, 1989, s.861); 7.HD., 30.10.1990, E.1986/1677, K.1990/12558 (YKD., C.17, S.1, 1991, s.45-46).

8) Buna karşılık, kadastro mahkemesinin görevi dışında kalan dâvalara genel mahkemelerde devam edilmesi gerekir. Bk., 1.HD., 18.4.1988, E.1988/2427, K.1988/4825, "... mahkemece 3402 sayılı Yasanın 25/son ve 27. maddeleri gözetilerek, "kal" isteği yönünden dâ-

siyle birlikte ⁹⁾ bu mahkemelerin görevi sona erer ve dosyalar re'sen kadastro mahkemesine devredilir (KK.m.27/I) ¹⁰⁾. Söz konusu hüküm, müracaata bırakılmış dâvaların yenilenmesi durumunda da uygulanır (KK.m.27/II). Buna karşılık, kadastro tesbitinden önce müracaata bırakılmış veya işlemde kaldırılmış olan bir dâva, bu anlamda görülmekte olan dâva olarak nitelendirilemez ¹¹⁾.

Kadastro hâkimi, kendisine devredilen dâva dosyaları ile kadastro müdürü tarafından gönderilen kadastro tutanaklarını (KK.m.27/IV) birleştirir ve 3402 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde öngörülen şekle uygun olarak askı ilânını yaptırır ¹²⁾. Hâkimin, kadastro tutanaklarını sırf usul ve şekle ilişkin eksiklikler yüzünden kadastro müdürlüğüne iade etmesi mümkün değildir (KK.m.27/V) ¹³⁾.

vanın ayrılması (tefrik edilmesi), mülkiyet uyumsuzluğu niteliğindeki diğer istekler hakkında ise, görevsizliğe ve dosyanın görevli Kadastro Mahkemesine devrine karar verilmesi, mülkiyet uyumsuzluğuna ilişkin dâvanın da kal dâvası yönünden bekletici sorun sayılması gerekirken, Genel Mahkeme sıfatıyla işin esasının incelenerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir..." (YKD., C.15, S.1, 1989, s.14).

⁹⁾ 16.HD., 12.9.1991, E.1990/8929, K.1991/11272, "...3402 sayılı Kadastro Kanununun 26/4. maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu birlikte kadastronun başlaması genel mahkemelerin görevsizlik kararı vermesini gerektirmez. Genel mahkemelerde görevsizlik kararı verilebilmesi için dâvaya konu taşınmaz hakkında tutanağın düzenlenmesi zorunludur..." (YKD., C.18, S.2, 1992, s.248-249). 16.HD., 25.1.1991, E.1990/4891, K.1991/681, "... Dâva, kadastro sırasında dâvacı taşınmazının kuzeyinde bulunan ve yol olarak tesbit dışı bırakılan bölüme ilişkindir. Dâva konusu taşınmaz hakkında tutanak düzenlenmediğine göre, bu tür dâvalara kadastro mahkemesinde bakılamaz. Tutanak düzenlenmeyen dâvalara bakmak görevi genel mahkemelere aittir..." (YKD., C.17, S.6, 1991, s.913-914). Aynı yönde bk., 16.HD., 20.3.1992, E.1991/8497, K.1992/4642 (YKD., C.18, S.7, 1992, s.1088-1089).

¹⁰⁾ 8.HD., 5.3.1991, E.1990/11464, K.1991/3230 (YKD., C.17, S.6, 1991, s.865-866); 1.HD., 19.3.1991, E.1990/12284, K.1990/3589 (YKD., C.17, S.11, 1991, s.1633-1634); 7.HD., 24.5.1991, E.1990/7340, K.1991/7643 (YKD., C.17, S.8, 1991, s.1193-1195). Nihai nitelik taşıyan devir kararının temyiz edilebileceği hususunda bk., Kuru, 4356.

¹¹⁾ Bk., 7.HD., 12.10.1990, E.1986/21747, K.1990/11798 (YKD., C.16, S.11, 1990, s.1632-1633); 7.HD., 23.10.1990, E.1989/11891, K.1990/12228 (YKD., C.17, S.2, 1991, s.195-196); 17.HD., 10.5.1993, E.1992/16543, K.1993/6181 (YKD., C.19, S.7, 1993, s.1037-1039).

¹²⁾ 16.HD., 22.1.1991, E.1990/6271, K.1991/402, "...kadastro mahkemesine aktarılan dâvalara kadastro mahkemesinde bakılabilmesi için Kadastro Kanununun 27. maddesinde öngörülen askı ilânının kadastro hâkimi tarafından yapılması, aynı taşınmaz için aktarılan dâva dosyaları ile bunlara ait tutanak birleştirilerek tek bir dâva haline getirilip duruşmaların tek bir esas üzerinden yürütülmesi, ayrıca Hazine temsilcisi tesbite itiraz ettiğine göre onun da dâvaya katılması sağlanmalıdır..." (YKD., C.17, S.6, 1991, s.911-912).

¹³⁾ Kuru, 4367. 16.HD., 18.12.1987, E.1987/5099, K.1987/4528, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 27/5. maddesinde "usul ve şekle ilişkin eksiklikler sebebiyle kadastro tutanaklarının Kadastro Müdürlüğüne iade edilmeyeceği" açıklanmıştır. Anılan Kanunun geçici 1 ve 4. maddeleri uyarınca bu hükmü kesinleşmeyen dâvalarda da uygulamak zorun-

İlân süresi olan otuz gün (KK.m.11/I) geçmeden duruşmaya başlanmaz (¹⁴). Süre geçtikten sonra ise, henüz kesinleşmemiş olan (¹⁵) dâvalara kaldıkları noktadan 3402 sayılı Kanunda öngörülen esaslar çerçevesinde devam edilir (KK.m.27/III; Yönetmelik 6,m.8). Kadastro komisyonları tarafından 10 uncu madde uyarınca gönderilen tutanaklar için de hemen askı ilânı yaptırılarak 28 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılır (KK.m.27/IV).

Kadastro mahkemesi adli tatile tâbi değildir (KK.m.29/IV) (¹⁶). Bu nedenle, adlî tatil döneminde de duruşmalarını sürdürür.

C) KADASTRO MAHKEMESİNİN KONU BAKIMINDAN YETKİSİ

Kadastro mahkemesinin "konu bakımından yetkisi (görevi)", kural olarak, kadastro yapılan taşınmazın aynına ilişkin ihtilâfları çözümlenektir. Bunlar, daha ziyade Kadastro Kanununun uygulanması ile ilgili dâva ve işlerdir (¹⁷).

ludur. Açıklanan nedenlerle dâvanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken ..." (YKD., C.14, S.8, 1988, s.1128). Aynı yönde bk., 16.HD., 22.12.1987, E.1987/4680, K.1987/4746 (YKD., C.14, S.10, 1988, s.1415-1416); 16.HD., 15.1.1988, E.1987/4873, K.1988/634 (YKD., C.15, S.2, 1989, s.253-254); 7.HD., 11.2.1988, E.1986/13679, K.1988/1043 (YKD., C.14, S.4, 1988, s.499); 14.HD., 26.9.1988, E.1987/3841, K.1988/5926 (YKD., C.15, S.10, 1989, s.1448); 16.HD., 8.10.1993, E.1993/1826, K.1993/10363 (YKD., C.19, S.11, 1993, s.1693); İBK., 29.3.1996, E.1993/6, K.1996/2, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 3/6. maddesi ile bilirkişi olarak görev yapmaları yasaklanan kişilerin kadastro tutanaklarının düzenlenmesine katılmaları usule ilişkin aykırılık oluşturduğundan, mahkemece tutanakların Kadastro Müdürlüğüne iade edilemeyeceğine ..." (YKD., C.22, S.7, 1996, s.1029-1034); 16.HD., 13.11.1997, E.1997/5023, K.1997/5060 (YKD., C.24, S.8, 1998, s.1188-1189). 766 sayılı Tapulama Kanununa göre ise, tutanakta görülen usule ilişkin eksiklik dosyanın tapulama komisyonuna iade edilmesini gerektirirdi. Bk., 16.HD., 15.1.1988, E.1987/4873, K.1988/634 (YKD., C.15, S.2, 1989, s.253-254).

¹⁴) 16.HD., 2.6.1989, E.1989/6685, K.1989/8944, "... dâva dosyası görevsizlik kararıyla tapulama mahkemesine aktarılmıştır. Bu durumda 3402 sayılı Yasanın 27. maddesi gereğince aynı Kanunun 11. maddesine uygun şekilde askı ilânının yaptırılması gerekir. İlân süresi bitmeden duruşmaya başlanamayacağı 27. maddede öngörülmüştür. Mahkemece kanunun bu amir hükmü dikkate alınmaksızın, askı ilânları yaptırılmadan, işin esasına girilmesi ve yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, temyiz itirazı yerinde görüldüğünden kabulüyle hükmün (BOZULMASINA) ..." (YKD., C.15, S.9, 1989, s.1304).

¹⁵) Kesinleşmiş ve fakat hakkında yargılamanın iadesi kararı verilmiş dosyaların da kadastro mahkemesine devredileceği hususunda bk., Kuru, 4355, dn.16.

¹⁶) 16.HD., 18.3.1991, E.1990/13523, K.1991/4040 (YKD., C.17, S.8, 1991, s.1236).

¹⁷) Kuru, 4351.

Gerçekten, 3402 sayılı Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Kadastro mahkemesi; taşınmaz mal mülkiyetine ⁽¹⁸⁾ ve sınırlı aynı haklara ⁽¹⁹⁾, tapuya tescil veya şerh edilecek veyahut beyanlar hanesinde gösterilecek sair haklara, sınır ve ölçü uyumsuzluklarına, kadastroyu ve tapu sicilini ilgilendiren benzeri dâvalara ⁽²⁰⁾ ve özel kanunlarca kendisine verilen işlere bakar ⁽²¹⁾. Kadastroya ve kadastro ile ilgili verasete ait uyumsuzlukları çözümleyebileceği gibi, istek üzerine veraset belgesi de verebilir" ⁽²²⁾.

Kadastro mahkemesi, yine bu çerçeve içinde olmak üzere,

a) 3402 sayılı Kanununun 10 uncu maddesine göre kadastro komisyonu tarafından gönderilen tutanaklara ait dâvaları,

b) 11 inci maddede belirtilen askı ilânı içinde açılan dâvaları,

c) Mahallî hukuk mahkemelerinden 27 nci madde uyarınca devredilen dâva ve dosyaları,

¹⁸⁾ 13.HD., 7.7.1997, E.1997/5562, K.1997/6172, "... Davacının, satış senedine ilişkin isteği, mülkiyet hakkının saptanması ile ilgili bulunduğundan, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 25. maddesine göre, senet iptali davasına da, kadastro mahkemesi bakmakla görevlidir. ..." (YKD., C.23, S.10, 1997, s.1575-1576).

¹⁹⁾ İpotekle ilgili bir uyumsuzluk için bk., 17.HD., 30.6.1998, E.1998/2916, K.1998/2967 (YKD., C.24, S.10, 1998, s.1509-1511).

²⁰⁾ 16.HD., 19.4.1990, E.1989/11859, K.1990/5577, "...Kadastonun amacı, taşınmazların geometrik ve hukukî durumlarının doğru olarak belirlenmesidir. Çekişmeli parseller dâvacı adına tesbit edilmiş ancak, dâvacı adının eksik yazıldığını belirterek Kadastro Genel Müdürlüğü'nü hasım göstermek suretiyle dâva açmıştır. Tesbitler kesinleşmediğine ve sicil oluşmadığına göre dâvanın doğrudan Hazine aleyhine açılması mümkün değildir. Dâvacı tarafından açılan dâva, kendi adının nüfus kaydına göre eksik yazılmasına ilişkindir. Dâvacı tarafından başka bir kişiden istemde bulunulmamakta, başka bir anlatımla dâvacının istemi başkası ile çatışmamaktadır. Özelliği olan bu tür dâvaların çekişmesiz yargı yolu ile Kadastro Mahkemelerinde çözümlenmesi mümkündür..." (YKD., C.16, S.11, 1990, s.1674-1675).

²¹⁾ Kadastro mahkemesi, bu çerçevede orman kadastrolarına ilişkin uyumsuzluklara da bakar. Bk., 16.HD., 31.3.1989, E.1988/1905, K.1989/4699 (YKD., C.16, S.1, 1990, s.93); HGK., 11.11.1992, E.1992/20-50, K.1992/256 (YKD., C.19, S.1, 1993, s.8-11). Ancak, bu tip dâvalarda öncelikle Orman Kanunu hükümleri uygulanır. Kadastro Kanununun uygulanması, sadece Orman Kanununda hüküm bulunmaması ve söz konusu hükmün Orman Kanununa aykırı düşmemesi halinde mümkün olur. Bk., 8.HD., 20.3.1989, E.1989/567, K.1989/2675 (YKD., C.15, S.7, 1989, s.963-964).

²²⁾ Ancak, bu hüküm sulh hukuk mahkemesinin yetkisini sona erdirmeye için, kadastro mahkemesinde devam eden bir dâva için sulh hukuk mahkemesinden de veraset belgesi alınabilir (bk., Kuru, 4351, dn.4).

d) Kadastro mahkemelerine dâva açıldıktan sonra, tesbitten önceki haklara dayanarak aslî müdahil olarak katılanların iddialarına dair uyuşmazlıkları inceler ve karara bağlar (KK.m.26/I) ⁽²³⁾.

Kadastro mahkemesinin, sadece kadastro işlerine has olmak üzere aile hukuku ve usul hukuku nitelikli görevleri de vardır. Buna göre kadastro mahkemesi,

a) Velisi veya vasisi bulunmayan küçüklere ve kısıtlılara kayyım tayin eder. Bunların menfaatlerini korumak amacıyla Türk Medeni Kanununun hâkimin iznini şart kıldığı hallerde bu izni verir.

b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 465 ve bunu takip eden maddeleri gereğince adli yardım taleplerini inceleyip kabul eder.

c) Tutanağı düzenlenen taşınmaz mallara ait ihtiyati tedbir kararı verir ve kararı hemen o yerin kadastro ve tapu sicil müdürlüklerine bildirir. Tedbir kararı alan taraf, karar gününden itibaren usulün öngördüğü süre içinde kadastro mahkemesine dâva açmadığı takdirde tedbir kendiliğinden hükümsüz kalır (KK.m.25/II).

3402 sayılı Kadastro Kanununun 26 ncı ve 40 ıncı maddeleri saklı kalmak üzere, "kadastro tutanağının düzenlenmesi gününden ve tutanak sonradan tamamlanmış ve düzeltilmiş ise o günden sonra doğan haklara dair istekler ⁽²⁴⁾, taksim, şuyunun giderilmesi ve muhdesata bağlı olarak taşınmaz

²³⁾ Şüphesiz, dâvaya aslî müdahil olarak katılan lehine hüküm kurulabilmesi için müdahale harcının alınması şarttır. Bk., 20.HD., 25.1.1993, E.1992/6100, K.1993/295 (YKD., C.19, S.7, 1993, s.1049-1050). Ayrıca bk., 17.HD., 28.12.1993, E.1993/9995, K.1993/15197, "... 3402 sayılı Kadastro Yasasının 26/D maddesi gereğince, kadastro mahkemelerinde dâva açıldıktan sonra, tesbitten önceki haklara dayanılarak asli müdahil sıfatıyla dâvaya katılanların iddialarına dair uyuşmazlıkların kadastro mahkemeleri tarafından incelenme olanağı var isede dâvaya katılanların tutanağa itiraz etmemiş olmaları gerekir. Somut olayda komisyon kararının tebliği üzerine süresinde dâva açmayan Orhan yönünden komisyon kararı kesinleşmiştir. Bu halde kesinleşen komisyon kararlarına karşı açılan dâvaların aynı Yasanın 12. maddesi gereğince Genel Hukuk Mahkemesinde görülüp karara bağlanması gerekir. Hal böyle olunca katılan Orhan'ın dâvasının görev yönünden reddine, tutanağın onaylı bir örneği ile dâva dosyasının Eğridir Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, tutanak aslı ve eklerinin de Tapu Sicil Müdürlüğüne gönderilmesine karar vermek gerekirken, katılan Orhan'ın dâvasının esastan incelenerek yazılı olduğu gibi hüküm kurulmuş olması isabetsizdir..." (YKD., C.20, S.5, 1994, s.781-783).

²⁴⁾ Zira, "kadastro mahkemesi taşınmazın kadastro tesbiti günündeki hukukî durumu ile ilgilendir" (bk., Oğuzman/Seliçi, 176). 16.HD., 20.12.1990, E.1990/6660, K.1990/18646, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 25. maddesi uyarınca Kadastro Mahkemesi tesbit tarihine kadar olan uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. Kadastro tesbit tarihinden sonra doğan uyuşmazlıklara bakmak görevi genel mahkemelere aittir. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olup bu hususun mahkemeye re'sen nazara alınması gerekir. Dâvacı tesbitten sonra doğan hakka dayandığına göre bu dâvaya Kadastro Mahkemesinde baki-

malı iktisap⁽²⁵⁾, muhdesatın yıkılıp kaldırılması ve benzeri nitelikte olan⁽²⁶⁾ ve mahkemeden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren⁽²⁷⁾ dâva ile

lamaz. ..." (YKD., C.17, S.3, 1991, s.405-406). Aynı yönde bk., 16.HD., 11.5.1992, E.1991/10982, K.1992/6717 (YKD., C.18, S.8, 1992, s.1247-1248); 16.HD., 22.1.1993, E.1992/2710, K.1992/304 (YKD., C.19, S.6, 1993, s.906-907); 16.HD., 12.11.1993, E.1993/2878, K.1993/11683 (YKD., C.20, S.3, 1994, s.425-426); 16.HD., 4.11.1996, E.1996/5267, K.1996/5004 (YKD., C.24, S.1, 1998, s.81-82).

²⁵⁾ Bk., 16.HD., 4.2.1997, E.1996/6092, K.1997/407 (YKD., C.25, S.7, 1999, s.953-954).

²⁶⁾ 1.HD., 6.2.1989, E.1988/13809, K.1989/1006, "... 3402 sayılı Kadastro Yasasının 25. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, muhdesatın yıkılıp kaldırılması, muhdesata bağlı olarak taşınmaz mal edinilmesi gibi mahkemeden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren dâva ile ilgili isteklerin incelenmesi kadastro mahkemesinin görevi dışındadır. ..." (YKD., C.17, S.1, 1991, s.18-19); 14.HD., 29.3.1993, E.1993/1886, K.1993/2626, "... Dâva, taşınmaza elatmanın önlenmesi ve kal' isteminden ibarettir. Dâvanın devamı sırasında bölgeye kadastro gelmiş ve taşınmazın tapulama tutanakları düzenlenmiştir. Hal böyle olunca elatmanın önlenmesiyle ilgili dâvaya kadastro mahkemesinde bakılmalıdır. Ne varki bunun sonucu olarak kal' de istenmektedir. Kal'e tapulama mahkemesinde karar verilemez. O halde kal' ile ilgili istek tapulamadaki hukuki ve geometrik durumun belirlenmesini müteakip verilecek müdahale ile ilgili karardan sonra bu mahkemede ele alınmalı, belirlenecek duruma göre hüküm verilmelidir. ..." (YKD., C.19, S.12, 1993, s.1843-1844).

²⁷⁾ 7.HD., 31.1.1989, E.1988/1489, K.1989/820, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 25/son maddesinde, mahkemeden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektiren dâva ile ilgili isteklerin kadastro mahkemesinin görevi dışında olduğu belirtilmiştir. Şufa dâvaları bu nitelikteki dâvalardandır. ..." (YKD., C.15, S.5, 1989, s.658-659). Aynı yönde bk., 6.HD., 1.7.1988, E.1988/5330, K.1988/10576 (YKD., C.15, S.9, 1989, s.1250-1251); 14.HD., 4.7.1988, E.1988/5201, K.1988/4996, "... Komşu hukukuna aykırılık ileri sürülerek açılan ve pencereyi kapatan yapının yıktırılması isteğini içeren dâva mahkemeden yenilik doğurucu hüküm almayı gerektirdiğinden belirtilen konudaki uyumsuzluğun çözümlenmesi 3402 sayılı Kanunun 25/son maddesi gereğince kadastro mahkemesinin görevi dışındadır. ..." (YKD., C.15, S.8, 1989, s.1146-1147); 17.HD., 5.11.1992, E.1992/210, K.1992/9728, "... Dâvacı Kıranlı Köyü ... dâva dilekçesinde çekişmeli 553 nolu parselin güneydoğu bölümünde 5000 metrekairelik yerin dâvalı Çamavlu Köyü'nün değil, kendi köylerinin mer'ası olduğunu, bu bölümün ifrazen Kıranlı Köyü'nün mer'ası olduğunun tesbitine karar verilmesini istemiştir. Dâvacı köyün bu isteği mer'a aidiyeti ile ilgili yenilik doğurucu hüküm almayı gerektirmektedir. 3402 sayılı Yasanın 25/son maddesi uyarınca bu tür istekler Kadastro Mahkemelerinde görülemez. ..." (YKD., C.19, S.5, 1993, s.741-742); 17.HD., 5.6.1996, E.1996/2306, K.1996/3008, "... davacı İbrahim ile tapu kayıt maliki Selim karısı Hatice arasında, Ödemiş Noterliğince düzenlenen sözleşme, taşınmaza incir ağaçları dikilmesi ve yetiştirilmesi koşulluyla taşınmazın yarı mülkiyetinin davacı İbrahim'e, kalan yarısının ise kayıt malikine ait olacağına ilişkin bulunmaktadır. Bu haliyle yapılan sözleşme, yenilik doğurucu hüküm almayı gerektirir nitelikteki isteği içermektedir. ..." (YKD., C.22, S.9, 1996, s.1445/1446); 17.HD., 16.10.1997, E.1997/5136, K.1997/5027, "... Meraların aidiyeti ile ilgili uyumsuzluklar mahkemede yenilik doğurucu hüküm almayı gerektirmektedir. 3402 sayılı Kadastro Yasasının 25/son fıkrası gereğince bu nitelikteki davalar kadastro mahkemesinin görevi dışındadır. ..." (YKD., C.23, S.11, 1997, s.1765-1766); 7.HD., 5.4.1999, E.1999/1266, K.1999/1660, "... Davacı tarafından daha sonra aynı taşınmazla ilgili olarak kadastro mahkemesine açılan dava ise "ortaklığın giderilmesi" davası niteliğindedir. Bu nitelikteki davalar yenilik doğurucu hakka ilişkin davalardan o-

ilgili isteklerin incelenmesi"ise kadastro mahkemesinin görevi dışındadır (KK.m.25/III). Aynı şekilde, kesinleşmiş tutanaklara ilişkin uyuşmazlıklara da kadastro mahkemesi tarafından bakılamaz. Bu tip uyuşmazlıklar için genel mahkemelerde dâva açılması gerekir⁽²⁸⁾.

III- KADASTRO MAHKEMESİNİN FAAALİYETTE BULUNMASI

Bir ihtilâfın (uyuşmazlığın) kadastro mahkemesi önüne gelmesi, mahallî mahkemelerden devredilenlerle kadastro müdürünün gönderdikleri (KK.m.9) bir kenara bırakılırsa, kadastro işlemi yüzünden hakkı zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmış kişi veya kişilerin dâva açmasıyla olur. Zira, kadastro tesbitlerine itirazı olanlar, otuz günlük askı ilânı süresi içinde kadastro mahkemesinde dâva açabilirler (KK.m.11, 26/I,B). Dâva, otuz günlük askı ilânı içinde genel mahkemelerde açılırsa, genel mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilir. Buna karşılık, otuz günlük askı ilânı süresi geçtikten sonra kadastro mahkemesinde dâva açılırsa, tutanaklarda yer alan sınırlandırma ve tesbitler kesinleşmiş olacağı için, doktrinde, kadastro mahkemesinin süre aşımından dolayı dâvayı reddetmeyip dosyanın sulh veya aslıye hukuk mahkemesine gönderilmesi yönünde karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir⁽²⁹⁾.

lup kadastro mahkemesinde görülmesi olanaksız genel mahkemede çözümlenmesi zorunludur. ..." (YKD., C.25, S.6, 1999, s.784-785). Buna karşılık, yenilik doğurucu nitelik taşımadıkları için, hibeden ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan davalara ise kadastro mahkemesinde bakılması gerekir. Bk., HGK., 29.1.1997, E.1996/7-704, K.1997/6 (YKD., C.23, S.6, 1997, s.897-901); 16.HD., 30.9.1997, E.1997/3921, K.1997/4011 (YKD., C.24, S.6, 1998, s.879-880).

²⁸⁾ 16.HD., 10.10.1991, E.1991/3055, K.1991/12849 (YKD., C.18, S.4, 1992, s.570-571); 17.HD., 15.6.1993, E.1993/1116, K.1993/7507, "... Dâva konusu 201 parselle ilgili kadastro tutanağı 6.2.1980 tarihinde askı ilânına çıkarılmıştır. Hazinesinin askı ilân süresi içinde tesbite karşı bir itirazı vaki olmamıştır. Dâvacı Hazine 30 günlük yasal süre geçirdikten sonra 5.11.1980 tarihinde dâva açmıştır. Kesinleşen tesbit aleyhine açılan davalara kadastro mahkemesinde bakılamaz. Öte yandan 3402 sayılı Kadastro Yasasının 27. maddesi gereğince Kadastro Mahkemelerinde dâva açıldıktan sonra tesbitten önceki haklara dayanılarak asli müdahil sıfatıyla dâvaya katılanların iddialarına ait uyuşmazlıkların kadastro mahkemelerinde görülebilmesi için ortada usulüne uygun olarak açılmış bir dâvanın bulunması ve dâvaya katılan kişinin tutanağa itiraz etmemiş olması gerekir. Somut olayda, dâvacı Hazine tutanağa itiraz etmemiş ise de itiraz eden gerçek şahıs kadastro komisyonunun red kararına karşı dâva açmamıştır. Bu durumda Hazinesinin dâvası da kadastro mahkemesinde görülemez. Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerekir. ..." (YKD., C.19, S.9, 1993).

²⁹⁾ Bk., Kuru, 4364.

Kadastro mahkemesinde dâvacı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi⁽³⁰⁾ de olabilir. Dâvalı ise, iptali istenen kadastro işleminden yararlanan, yani lehine kadastro işlemi yapılmış kişi veya kişilerdir⁽³¹⁾. Dâva konusu taşınmaz mirasçılara ait bulunuyorsa, bunlardan herhangi biri diğerlerinin muvafakatına gerek olmaksızın dâva açabilir ve tek başına dâvaya devam edebilir⁽³²⁾. Mirasçılarının tayin edilememesi yüzünden ölü olduğu belirtilip kayıt sahibi adına tesbiti yapılan taşınmaz mallar hakkında, ölünün ismi açıklanarak ve mirasçıları denilmek suretiyle mirasçılar aleyhinde dâva açılabilir⁽³³⁾. Dâva sırasında dâvalının daha önce ölmüş olduğu anlaşılırsa, dâva-yı mirasçıları aleyhine devam edilir (KK.m.29/II)⁽³⁴⁾. Dâva devam ederken

³⁰⁾ Tüzel kişiliği bulunmayan mahalle muhtarlığının dâva açamayacağı yönünde bk., 17.HD., 11.5.1998, E.1998/2118, K.1998/2067 (YKD., C.24, S.7, 1998, s.1033-1034).

³¹⁾ Kuru, 4358; 7.HD., 18.4.1988, E.1985/3207, K.1988/3445, "... Kadastro dâvaları lehine komisyon kararı verilen kişi veya kişiler aleyhine açılır. Bu nedenle, Orman İdaresinin komisyonca lehine tescile karar verilen Fahriye'yi hasım göstermesi ve dâvayı onun aleyhine ikame etmesi zorunludur. Oysa; Orman İdaresi komisyonca lehine karar verilen Fahriye'yi değil, tesbit tutanağında adı geçen ve komisyon kararına karşı dâva açmayan Ayşe'yi hasım göstermek suretiyle dâva açmıştır. Bu durumda; Orman İdaresinin dâvasının husumet yönünden reddine, komisyon kararı ve eklerinin gereği yapılmak üzere kadastro müdürlüğüne iadesine karar verilmek gerekirken, işin esası incelenerek yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsiz..." (YKD., C.14, S.7, 1988, s.1090-1091); 16.HD., 9.9.1996, E.1996/3600, K.1996/3388, "... Kadastro Mahkemelerinde dava, tesbit malikine; komisyonca tesbit maliki değiştirilmişse, komisyon kararında malik olarak belirtilen kişi aleyhine açılır. ..." (YKD., C.23, S.5, 1997, s.751-752). Çekişmeli parsel tesbit sırasında mer'a olarak sınırlandırılmışsa, dâvanın Hazine ile birlikte köy tüzel kişiliğine karşı açılması gerekir. Bk., 16.HD., 24.4.1991, E.1990/13065, K.1991/5664 (YKD., C.17, S.11, 1991, s.1696-1697). Buna karşılık, böyle bir dâvanın Tapu Kadastro Müdürlüğü aleyhine açılması mümkün değildir. Açılmışsa husumet yönünden reddi gerekir. Bk., 16.HD., 10.9.1996, E.1996/3692, K.1996/3605 (YKD., C.25, S.4, 1999, s.503).

³²⁾ 16.HD., 20.10.1987, E.1987/1373, K.1987/1517 (YKD., C.14, S.4, 1988, s.540-541); 7.HD., 21.1.1988, E.1986/25805, K.1988/346 (YKD., C.14, S.4, 1988, s.495-496). Ancak, murisin resmi olmayan eşi miras hakkına dayanarak dâva açamaz. Böyle bir durumda mahkemenin esasa girmeden dâva ehliyeti yokluğu gerekçesiyle dâvayı reddetmesi gerekir. Bk., 17.HD., 25.11.1996, E.1996/6123, K.1996/6089 (YKD., C.23, S.3, 1997, s.412-414).

³³⁾ 16.HD., 20.10.1987, E.1987/1373, K.1987/1517 (YKD., C.14, S.4, 1988, s.540-541); 16.HD., 24.12.1987, E.1987/4648, K.1987/4833 (YKD., C.14, S.8, 1988, s.1125-1126); 7.HD., 6.5.1988, E.1985/3723, K.1988/4460 (YKD., C.14, S.7, 1988, s.1093-1094).

³⁴⁾ 7.HD., 12.10.1987, E.1987/14490, K.1987/22043 (YKD., C.13, S.11, 1987, s.1655-1656; 16.HD., 13.10.1987, E.1987/41, K.1987/1237 (YKD., C.14, S.3, 1988, s.398-399); 16.HD., 15.1.1988, E.1987/5843, K.1988/588 (YKD., C.15, S.1, 1989, s.88-89). Bu açıdan, dâva dilekçesinde, adına tesbit yapılan ve ölü olduğu anlaşılan kayıt malikinin ismi yanına "salt mirasçıları" sözcüğünün eklenmemiş bulunması dâvanın reddini gerektirmez. Bk., HGK., 5.12.1990, E.1990/16-531, K.1990/616 (YKD., C.17, S.12, 1991, s.1783-1785). Kadastro Kanununun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa aykırı olduğu ve dolayısıyla iptal edilmesi gerektiği yönündeki bir iddia Anayasa Mahkemesi tarafından

taşınmaz başkasına devredilirse (KK.m.40), dâvaya taşınmazı devralan devam eder (KK.m.26/III) ⁽³⁵⁾.

Dâva bir temsilci aracılığıyla da açılıp sürdürülebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tanıdığı imkânlar saklı kalmak ve dâvadaki menfaatleri zıt olmamak şartıyla, karı ve koca birbirlerini vekil tayin edebilirler ⁽³⁶⁾. Kadastro veya sulh hâkimi tarafından tasdik edilmiş vekâletnameler de geçerlidir (KK.m.31/I). Kamu kurum ve kuruluşları ise, taraf oldukları işlerde avukatlarıyla, avukatları bulunmadığı takdirde daire amiri veya daire amirinin yetkili kılacağı memurlar aracılığıyla temsil edilirler (KK.m.31/II) ⁽³⁷⁾. Kadastro Kanununun 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Avukat veya dâva vekili ile takip edilen dâvalarda vekalet ücreti; dâvanın önemi, vekilin sarf ettiği emek, tarafların dâvada iyi niyetle hareket edip etmediği, hak ve eşitlik kuralları göz önünde tutularak maktuan takdir ve tayin olunur. Şu kadar ki, takdir edilecek vekalet ücretinin miktarı, keşif yapılmışsa, taşınmaz malın değerine göre avukatlık ücret tarifesinin tayin ettiği nisbi vekalet ücreti sınırlarının üstünde olamaz" ⁽³⁸⁾.

Dâva, asliye hukuk mahkemelerindeki gibi ⁽³⁹⁾ bir dilekçe ile açılır. Ancak, dâva dilekçesinin mahkemenin esas defterine kaydedilebilmesi için gerekli harcın ödenmesi de zorunludur ⁽⁴⁰⁾. İspat yükü kural olarak kendile-

reddedilmiştir. Bk., Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.3.1988, E.1987/30, K.1988/5 (AMKD, S.24, s.71-79).

³⁵⁾ 7.HD., 20.2.1992, E.1988/4438, K.1992/4360 (YKD., C.18, S.4, 1992, s.538-539).

³⁶⁾ Buna karşılık, 3402 sayılı Kadastro Kanunu, 766 sayılı Tapulama Kanunundan farklı olarak kardeşlerin birbirlerini temsil etmelerine imkân tanımamıştır. Bu hüküm, usule ilişkin düzenlemeler geçmişe yürüyeceği için (HUMK.m.578/I), 766 sayılı Kanun zamanında açılmış olmakla birlikte halen devam eden dâvalarda da uygulanır. Bk., 16.HD., 8.7.1991, E.1990/16908, K.1991/10007 (YKD., C.18, S.1, 1992, s.93-94); 16.HD., 9.9.1991, E.1990/14077, K.1991/11149 (YKD., C.17, S.12, 1991, s.1852).

³⁷⁾ Bk., 16.HD., 20.3.1995, E.1995/1512, K.1995/2092 (YKD., C.21, S.9, 1995, s.1435-1436). Muhtarın taraf olduğu dâvada köyü köy derneğinin belirleyeceği yetkili kişi temsil eder. Bk., 7.HD., 16.4.1997, E.1997/2102, K.1997/2307 (YKD., C.23, S.6, 1997, s.919-921).

³⁸⁾ 16.HD., 13.4.1992, E.1991/10967, K.1992/5615 (YKD., C.18, S.8, 1992, s.1245-1246); 16.HD., 2.4.1993, E.1992/6738, K.1993/3336 (YKD., C.19, S.8, 1993, s.1204-1205).

³⁹⁾ Kuru, 4360.

⁴⁰⁾ Bk., 7.HD.; 29.6.1989, E.1989/7851, K.1989/8091 (YKD., C.15, S.11, 1989, s.1568-1570). Zira, kadastro mahkemesinde açılacak dâvalarda da, dâvacının, genel mahkemelerdeki gibi başvurma harcı ve dörtte bir peşin harç yatırması gerekir (KK.m.36) (bk., Kuru, 4372). 20.HD., 14.2.1994, E.1993/102, K.1994/1329, "... 3402 sayılı Yasanın 36. maddesi, kadastro tesbitine itiraz dâvalarının harca tabi olduğunu belirtmiştir. Dâvaya katılan ve lehine hüküm kurulan Yakup'tan katılma harcı alınmamış olup, bu nedenle taraf sıfatını almamıştır. Taraf sıfatını almayan kişi yönünden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." (YKD., C.20, S.6, 1994, s.961-962).

ine düştüğünden ⁽⁴¹⁾, dâvacı gerçek ve tüzel kişiler, dilekçelerinde dâva sebep ve delillerini bildirmek zorundadırlar ⁽⁴²⁾. Dilekçede bu husus bildirilmemişse, hâkim, gönderilecek davetiyede dâva sebep ve delillerini bildirmesini dâvacıya tebliğ eder ⁽⁴³⁾. Dâvacı, ilk duruşma oturumuna kadar dâva sebep ve delillerini dilekçe ile veya ilk oturuma gelmek suretiyle bildirmezse, hâkim, dâvanın açılmamış sayılmasına ⁽⁴⁴⁾ ve tesbit gibi tescile karar verir ⁽⁴⁵⁾.

Ancak, bu hükmün açık olarak davetiyede belirtilmesi lâzımdır ⁽⁴⁶⁾. Aksi takdirde, dâvacıya söz konusu hükümleri (KK.m.28/II,c.2,3) açıkça belirten yeni bir davetiye gönderilmesi gerekir ⁽⁴⁷⁾. Kadastro komisyonlarından gönderilen tutanaklar ile mahallî mahkemelerden devredilen dosyalarda söz konusu hüküm uygulanmaz (KK.m.28/II). Dâvanın açılmamış sayılması halinde, dâvacı, on yıllık hak düşürücü süreyi kaçırmamak kaydıyla mahallî hukuk mahkemelerinde yeniden dâva açabilir (KK.m.28/IV) ⁽⁴⁸⁾.

Kadastro hâkimi, askı süresi içinde açılacak dâvalar, kadastro müdürü tarafından mahkemeye tevdi olunacak taşınmaz mallara ait kadastro tutanakları ve mahallî hukuk mahkemelerinden devredilen işler hakkında birer

⁽⁴¹⁾ 7.HD., 22.9.1988, E.1988/10207, K.1988/8476, "...Bir tapulama dâvasında dâva açan taraf hakkında 3402 sayılı Kanununun 28. maddesi ile 36. maddesinin uygulanabilmesi için dâva da ispat yükünün de dâva açan tarafa düşmesi gerekir. Olayda, dâvalı taraf kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayanmıştır. Bu durumda tapulama tesbiti gününde kazandırıcı zamanaşımı ile mülk edinme koşullarının yararına gerçekleştiğini ispat etmek yükü dâvalıya düşer. Çünkü, ülke topraklarının Devlete ait olduğu asıldır..." (YKD., C.15, S.1, 1989, s.42).

⁽⁴²⁾ 7.HD., 18.2.1992, E.1992/1071, K.1992/3932, "...Dâvacı Hazine, duruşmada dâva konusu taşınmazın Hazine adına tapuda kayıtlı olduğunu ileri sürerek mülkiyet iddiasında bulunmuştur. Bu iddia yönünden Hazinenin tesbit tutanağında tarih ve numarası belirtilen tapu kaydına dayandığı açıktır. Bu durumda, Hazinenin dâva sebebini ve delillerini bildirmedikten söz edilemez..." (YKD., C.18, S.3, 1992, s.378).

⁽⁴³⁾ Yargıtay'a göre, asliye hukuk mahkemesi tarafından davalılara delillerini bildirmeleri için süre verilmişse, kadastro mahkemesinde delil bildirmek üzere yeniden süre verilemez. Bk., 7.HD., 19.2.1999, E.1999/461, K.1999/637 (YKD., C.25, S.4, 1999, s.478-479).

⁽⁴⁴⁾ Dâvanın açılmamış sayılması durumunda zamanaşımı ve hak düşürücü süreler devam eder. Bk., 8.HD., 6.6.1988, E.1988/7826, K.1988/7801 (YKD., C.14, S.9, 1988, s.1230-1231).

⁽⁴⁵⁾ 7.HD., 12.4.1993, E.1990/12550, K.1993/3908 (YKD., C.19, S.4, 1993, s.529-530).

⁽⁴⁶⁾ 16.HD., 4.7.1989, E.1988/9515, K.1989/11148, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 28/2. maddesi uyarınca, dâvacı gerçek ve tüzel kişiler dâva sebep ve delillerini dilekçelerinde bildirmek zorundadırlar. Dâvacı tarafından delillerin mahkemece toplanmasına elverişli biçimde bildirilmemiş olması ve açıklamalı davetiye tebliğine rağmen dâvacı veya vekilinin duruşmaya gelerek bildirimde bulunmaması karşısında dâvanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetli bulunmaktadır..." (YKD., C.15, S.12, 1989, s.1764-1765).

⁽⁴⁷⁾ Kuru, 4362.

⁽⁴⁸⁾ Zira, böyle bir dâvayı takipten vazgeçmek feragat olarak nitelendirilemez. Bk., 7.HD., 19.1.1993, E.1992/11124, K.1993/20 (YKD., C.19, S.3, 1993, s.364-365).

dâva dosyası açar. İlgililerin başvurusunu beklemeksizin kadastro tutanakları ile uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek kayıt ve diğer belgeleri dairelerinden getirir⁽⁴⁹⁾. Bunun için ilgililerden masraf istenemez⁽⁵⁰⁾. Duruşma gününü de Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde taraflara re'sen tebliğ eder (KK.m.28/I). Tebligat masrafları da haksız çıkacak taraftan alınmak üzere bütçeye konulan ödenekten karşılanır⁽⁵¹⁾.

Duruşma, kural olarak tarafların huzurunda yapılır. Taraflardan hiç biri gelmezse, dosya yine işlemde kaldırıılmaz. Kadastro mahkemesinde 3402 sayılı Kanun hükümleri yanında "basit yargılama usulü" uygulandığı için (KK.m.28/II)⁽⁵²⁾ gelmeyen tarafın yokluğunda duruşma yapılır. Ancak, bunun için taraflara ve özellikle duruşmaya gelmemiş olan tarafa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 213 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre meşruhatlı davetiye gönderilmiş (tebliğ edilmiş) olması gerekir⁽⁵³⁾.

Hâkim, toplanması mümkün olan delilleri inceler ve 3402 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi hükmüne göre işi karara bağlar (KK.m.30/I). Dâvadan vazgeçme halinde ise genel hükümlere göre hareket edilir⁽⁵⁴⁾.

⁴⁹⁾ 17.HD., 3.12.1992, E.1992/7375, K.1992/11285 (YKD., C.19, S.8, 1993, s.1207-1209).

⁵⁰⁾ Bk., 17.HD., 2.11.1993, E.1993/6046, K.1993/11976 (YKD., C.19, S.12, 1993, s.1853-1854); 17.HD., 19.4.1999, E.1999/1222, K.1999/1501 (YKD., C.25, S.6, 1999, s.824-825).

⁵¹⁾ Bk., 16.HD., 28.10.1997, E.1997/4161, K.1997/4726 (YKD., C.24, S.6, 1998, s.881-882).

⁵²⁾ 16.HD., 18.3.1991, E.1990/13523, K.1991/4040 (YKD., C.17, S.8, 1991, s.1236). Basit yargılama usulüne açıklık olmayan hallerde ise yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler (HUMK.m.178 vd.) uygulanacaktır (bk., Kuru, 4375).

⁵³⁾ Kuru, 4369. Ayrıca bk., 16.HD., 24.3.1994, E.1993/11203, K.1994/2857, "... Mahkemece, dâvacıya tebligat yapılmasına rağmen duruşmaya katılmadığından dâvanın reddine karar verilmiştir. Kadastro Mahkemesinde tarafların duruşmaya katılmaları zorunlu bulunmamaktadır. Mahkemece 3402 sayılı Kadastro Kanununun 28/2. maddesinin amacına aykırı olarak yorumlanması doğru bulunmamaktadır. Öte yandan, dâva Asliye Hukuk Mahkemesinden aktarıldığına göre, 3402 sayılı Yasanın 30/2. maddesi gereğince mahkeme gerçek hak sahipleri adına tescile karar vermekle yükümlüdür. ..." (YKD., C.20, S.6, 1994, s.942-943); 20.HD., 4.5.1995, E.1994/8176, K.1995/5936, "... Kadastro Mahkemesinde görülen davalarda, 3402 sayılı Yasanın usul hükümleri uygulanır. 3402 sayılı Yasanın 29. maddesi uyarınca tarafların hiçbirinin gelmemesi ve takip etmemesi halinde, dosya işlemde kaldırıılmaz. Başka bir anlatımla, HUMY.nın 409. madde hükümleri kadastro mahkemelerinde uygulanamaz. Açıklanan husus gözetilmeksizin dâvanın işlemde kaldırılarak HUMY.nın 409/5. maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece, 3402 sayılı Yasanın 28. maddesi hükmüne taraflara yön temince davetiye tebliğ edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. ..." (YKD., C.21, S.9, 1995, s.1458).

⁵⁴⁾ 7.HD., 15.3.1988, E.1988/2134, K.1988/2058, "...3402 sayılı Kadastro Kanununda, dâvacının yargılama aşamasında dâvadan vazgeçmesi halinde ne yolda işlem yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın genel hükümlere göre çö-

Kadastro hâkiminin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi vardır⁽⁵⁵⁾. Kadastro tutanaklarında beyanlarına başvuru alan kişiler, bu beyanlarına gerekçe gösterilerek itiraz edilmedikçe yeniden dinlenmezler. Ancak hâkim, kadastro tutanağındaki beyanla duruşma sırasında topladığı deliller arasında çelişki görürse, meselâ keşifte dinlenen mahallî bilirkişi ve tanıkların açıklamaları ile tutanak bilirkişilerinin açıklamaları birbirini tutmazsa⁽⁵⁶⁾, bunu gidermek için tutanakta beyanlarına başvuru alan kimseleri tanık sıfatıyla yeniden dinleyebilir (KK.m.30/I)⁽⁵⁷⁾. Bu çerçevede, gerekli görürse⁽⁵⁸⁾ ikinci kez keşif yapabilir⁽⁵⁹⁾. Aynı şekilde, dâvacı da tesbit sırasında yaptığı itiraz sebep ve delilleriyle bağlı değildir (KK.m.28/III)⁽⁶⁰⁾.

zümelenmesi gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95. maddesi hükmünce feragat (vazgeçme) kat'i bir hükmün hukukî neticelerini hasıl eder..." (YKD., C.14, S.7, 1988, s.921-922).

- ⁵⁵⁾ Kadastro dâvalarında da yemin teklif edilebilir. Böyle bir durumda mahkeme yemin teklifinin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Bk., 16.HD., 3.6.1996, E.1996/2689, K.1996/2585 (YKD., C.23, S.3, 1997, s.408-409).
- ⁵⁶⁾ 7.HD., 22.12.1988, E.1988/14828, K.1988/13250 (YKD., C.15, S.3, 1989, s.345-346). Resmî kayıtlara aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine de kıymet verilemez. Bk., 16.HD., 6.2.1995, E.1995/479, K.1995/1105 (YKD., C.21, S.6, 1995, s.926-927).
- ⁵⁷⁾ Kadastro Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, "Taraflardan her biri dâva harcını, dinlenmesini talep ettiği tanık ve bilirkişi ücretini ve diğer yargılama giderlerini karşılamak zorundadır. Dâvacı, hâkim tarafından belirlenecek süre içinde gerekli giderleri mahkeme veznesine yatırmadığı takdirde, onunla ilgili delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılır. Bu Kanun gereğince resen yapılması gereken soruşturma ve tebligat işlemleri için zaruri giderler, ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere bütçeye konulan ödenekten karşılanır". Bk., 7.HD., 17.11.1993, E.1991/6870, K.1993/11702, "... Dâvacıya, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 36/1. maddesi hükmü gereğince keşif giderlerini yatırması için tebligat yapılmış, dâvacı tebligata rağmen keşif giderlerini yatırmamıştır. Taraflar arasında görülmekte olan bu dâvada uyumsuzluğun niteliğine göre dâvaya bakan kadastro mahkemesinin re'sen toplayacağı bir delil bulunmamaktadır. Bu itibarla, suçüstü giderinden harcama yaparak delil toplanmasına da gerek bulunmamaktadır..." (YKD., C.20, S.1, 1994, s.47-48). Ayrıca bk., 7.HD., 1.12.1997, E.1997/5506, K.1997/5698 (YKD., C.24, S.1, 1998, s.38-40).
- ⁵⁸⁾ Yargıtay'a göre, tesbite esas alınan tapu kaydının dava konusu taşınmazları kapsadığı yanlar arasında uyumsuzluk konusu değilse, salt davacı tarafın öne sürdüğü tapu dışı satın alma olgusunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi için taşınmazlar başında keşif yapılmasına gerek yoktur. Bk., 7.HD., 5.3.1997, E.1997/1056, K.1997/1175 (YKD., C.23, S.5, 1997, s.709-710).
- ⁵⁹⁾ Ancak, hâkimin kendiliğinden karar verdiği ikinci keşif için dâvacıdan gerekli giderleri yatırması istenemez. İkinci keşifin giderleri bütçeye konulan ödenekten karşılanır. Bk., 7.HD., 29.3.1994, E.1991/17183, K.1994/2792, "... Mahkemece öngörülen süre içerisinde dâvacı tarafından keşif giderlerinin yatırılmadığı gerekçe gösterilerek dâvanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç Kadastro Kanunu hükümlerine uygun düşmemektedir. Mahkemece öngörülen ilk keşif gideri dâvacı tarafından yatırılmış, keşif yapılmış, bilirkişi ve tanıklar dinlenmiş, uzman bilirkişi raporunu düzenlemiştir. Taraflar yeniden keşif isteğinde bulunmamışlardır. Mahkemece, ilk keşifte toplanan delillerin ve uygulamanın hüküm vermeye yeterli olmadığı gerekçe gösterilerek ikinci kez keşfe karar verilmiştir.

Hâkim, kadastro komisyonlarından gönderilen tutanaklar ile mahallî mahkemelerden devredilen dosyaların muhtevâsından malik tesbiti yapılmadığı veya dâva açan mirasçının dışında başka mirasçıların da bulunduğu anlaşıldığı takdirde, re'sen gerekli gördüğü delilleri toplayarak taşınmaz malın kimin adına tescil edileceğine karar vermekle yükümlüdür (KK.m.30/II,c.1) ⁽⁶¹⁾. Zira, "Kadastro Kanunu, taşınmazların hukukî durumunu belirlemek için 766 sayılı Tapulama Kanununda olduğu gibi açıkça belirtmemekle birlikte "doğru tesbit" ilkesini hedef olarak tesbit etmiş bulunmaktadır" ⁽⁶²⁾. Başka bir ifadeyle, kadastro mahkemesinde "kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesi" geçerlidir ⁽⁶³⁾.

Taşınmazın ölü bir şahsa ait olduğu görülür ve mirasçıları da tesbit edilemezse, ölü olduğu yazılmak suretiyle yine o şahsın adına tescil kararı verilir (KK.m.30/II,c.2) ⁽⁶⁴⁾.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 36. maddesi re'sen yapılması gereken soruşturma için zaruri giderler ilerde haksız çıkacak taraftan alınmak üzere bütçeye konulan ödenekten karşılanır hükmünü içermektedir. Öngörülen ikinci keşif taraflarca istenmediğine göre, giderin ilerde haksız çıkacak tarafa yükletilmek üzere bu madde hükmünce bütçedeki ödenekten karşılanması gerekir. ..." (YKD., C.20, S.5, 1994, s.742-743). Böyle bir keşif için gerekli masraflar süresinde yatırılmadığı gerekçesiyle dava reddedilemez. Bk., 16.HD., 3.1.1997, E.1997/4870, K.1997/4820 (YKD., C.24, S.9, 1998, s.1346-1347).

⁶⁰⁾ Kuru, 4367.

⁶¹⁾ 17.HD., 30.9.1993, E.1993/3855, K.1993/10355 (YKD., C.19, S.10, 1993, s.1544-1545); 16.HD., 16.10.1997, E.1997/4509, K.1997/4451, "... Kadastro Hakimi doğru sicil oluşturmak ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 30/2. maddesi gereğince gerçek hak sahipleri adına tescile karar vermekle yükümlüdür. Dosyaya ibraz edilen veraset ilamında mirasçıların payları belirlenmiş olmasına rağmen, mahkemece mirasçıların payları değişik olarak saptanmıştır. Veraset ilamları aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgelerdir. Aksi kanıtlanmadıkça veraset ilamlarına aykırı uygulama yapılamaz. Davacılar tarafından veraset ilamına itiraz edildiği takdirde verasetin iptali davası açılması için önel verilmesi ve sonucunun beklenmesi, aksi takdirde veraset ilamındaki oranlara göre mirasçılara pay verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. ..." (YKD., C.25, S.4, 1999, s.505-506). Aynı yönde bk., 16.HD., 21.11.1996, E.1996/5466, K.1996/5372 (YKD., C.23, S.11, 1997, s.1759-1760); 16.HD., 5.6.1997, E.1997/2836, K.1997/2702 (YKD., C.23, S.11, 1997, s.1761-1762).

⁶²⁾ Oğuzman, Kemal M./Seliçi, Özer, Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s.162. "Doğru tesbit ilkesi" için ayrıca bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1989, s.269-270. 7.HD., 11.1.1990, E.1987/16055, K.1990/121, "...3402 sayılı Kadastro Kanununun 30. maddesi hükmünce, kadastro hâkimi gerçek maliki saptamak ve doğru sicil oluşturmakla yükümlüdür..." (YKD., C.16, S.4, 1990, s.547-548). Aynı yönde bk., 7.HD., 3.5.1990, E.1988/6480, K.1990/5262 (YKD., C.16, S.7, 1990, s.1001-1002); 7.HD., 19.9.1990, E.1986/16471, K.1990/10644 (YKD., C.16, S.10, 1990, s.1472-1473).

⁶³⁾ Kuru, 4371. Bk., 17.HD., 22.9.1992, E.1992/13980, K.1992/7893 (YKD., C.19, S.6, 1993, s.908-910).

⁶⁴⁾ 7.HD., 18.3.1988, E.1985/1953, K.1988/2321, "...3402 sayılı Kadastro Kanununun 30. maddesi hükmünce; kadastro hâkimi gerçek hak sahiplerini belirlemek ve taşınmazın on-

Sınır uyuşmazlığı nedeniyle açılan dâvalarda ⁽⁶⁵⁾ anlaşmazlık taşınmazın sadece belirli bir bölümüne ilişkin ise, ilgililerin talebi üzerine ve imar mevzuatı da engel teşkil etmediği takdirde çekişmeli olmayan kısım ifraz edilerek dâvaya kalan kısım üzerinde devam edilir (KK.m.30/III; Yönetmelik 3,m.8/I). "Mahkeme, ayırma işlemini yapmak üzere kadastro müdürlüğüne talepte bulunur. Kadastro müdürlüğü bu ayırmanın imara uygunluğunu yetkili mercilerden sağladıktan sonra ayırımı yapar ve sonucunu mahkemeye iletir. Mahkemenin bildirişi üzerine ihtilafsız kısma son parsel numarası verilerek tescili yapılır" (Yönetmelik 3,m.8/II).

Kadastro hâkimi, toplanan delilleri değerlendirdikten sonra, asliye hukuk mahkemesindeki usule göre ⁽⁶⁶⁾ dâvanın kabulü veya reddi yönünde kararını verir. Bu karar, Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde re'sen taraflara tebliğ edilir (KK.m.32/I). Dolayısıyla, kararın (ilâmın) taraflara tebliği için karar ve ilâm harcının yatırılması gerekmez ⁽⁶⁷⁾.

IV- KADASTRO MAHKEMESİ KARARLARININ DENETLENMESİ

Kadastro mahkemesinin kararı aleyhine, asliye hukuk mahkemelerindeki usule göre ⁽⁶⁸⁾ kanun yollarına başvurulabilir. Böyle bir durumda, temyiz dilekçesinin işleme konulabilmesi için, temyiz edenin, kararda yazılı olan

lar adına tapuya tesciline karar vermekle yükümlüdür. Bu ilke gereğince tapu kayıt maliklerinin, ölmüşlerse mirasçılarının kimlerden ibaret olduğunun saptanması ve taşınmazın tapu kaydı kapsamı içinde kalan bölümünün payları da belirtmek suretiyle adlarına tapuya tesciline karar verilmesi icap eder..." (YKD., C.14, S.7, 1988, s.923-924). Aynı yönde bk., 16.HD., 28.1.1988, E.1987/7362, K.1988/1359 (YKD., C.15, S.1, 1989, s.89-90); 16.HD., 8.7.1991, E.1990/17030, K.1991/10025, "...Kadastro Kanununda dâvanın taraflarla sınırlı olarak ve taraflara izafeten görülmesi ilke olarak benimsenmiştir. Bu kuralın istisnaları anılan Kanununun 30/2. maddesinde gösterilmiştir. Kadastro hâkimi, kadastro komisyonunun yetkisizlik kararı ile gönderdiği tutanaklar ile genel mahkemelerden aktarılan dâvalarda veya dâva açan mirasçı dışında başka mirasçı bulunması halinde, gerçek hak sahibi adına tescile karar verebilir..." (YKD., C.17, S.11, 1991, s.1697-1698).

⁶⁵⁾ Kuru, 4372.

⁶⁶⁾ Kuru, 4374.

⁶⁷⁾ Kuru, 4374. 7.HD., 15.3.1988, E.1988/2206, K.1988/2056, "... 3402 sayılı Kadastro Kanununun 32. maddesi; mahkeme ilâmının harç alınmadan taraflara re'sen tebliğe çıkarılacağını öngörmüştür. Bu itibarla, ilâmın müktazı harç alınmadan taraflara tebliği yasa hükümlerine uygundur. Ne var ki; taraflardan birinin hükmü temyiz etmesi halinde 492 sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesi hükmünce müteakip işlemlerin yapılabilmesi için lehine işlem yapılmasını isteyen tarafın mahkeme hükmünde belirtilen ilâm harcını ödemesi, bu koşul yerine getirildikten sonra temyiz dilekçesinin işleme tâbi tutulması gerekir..." (YKD., C.14, S.7, 1988, s.920-921).

⁶⁸⁾ Kuru, 4374.

karar ve ilâm harcının (KK.m.36/II,III) tamamını ve bunun dörtte biri tutarındaki temyiz harcını yatırması gerekir ⁽⁶⁹⁾.

Süresi içinde kanun yollarına başvurulmaz veya başvurulup tüketilirse, artık karar kesinleşmiş olur. Mahkeme, kesinleşen ilâmları, dayanakları olan dâva dosyaları ile birlikte tescil edilmek üzere ilgili kadastro veya tapu sicil müdürlüğüne devreder. Mahkemenin kararı kadastro haritasında değişiklik yapılmasını gerektiriyorsa, bu değişikliği gösteren ve mahkemece tasdik edilmiş olan harita da ilâma eklenir (KK.m.32/I, II, III) ⁽⁷⁰⁾.

Şüphesiz, kadastro tutanaklarında yer alan sınırlandırma ve tesbitlerin askı süresi içinde kadastro mahkemesine dâva açılmaması nedeniyle kesinleşmesi ve buna dayanılarak tapu siciline tescil işlemlerinin yapılması, gerçek (maddî) hak sahiplerinin haklarını olumsuz yönde etkilemez. Kadastro nun kesinleşmesi, sadece adına tesbit yapılan kimse lehine aksi ispatlanabilen bir hak karinesi oluşturur ⁽⁷¹⁾. Dolayısıyla onlar (gerçek hak sahipleri) ⁽⁷²⁾, genel hükümlere göre (MK.m.933) ve genel mahkemelerde ⁽⁷³⁾ tapu sicilini düzeltme dâvası (MK.m.933) ⁽⁷⁴⁾ açabilirler.

⁶⁹⁾ Bk., Kuru, 4374-4375.

⁷⁰⁾ Bk., 16.HD., 17.10.1996, E.1996/4769, K.1996/4612, "... Kadastro Hâkimi, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 32/3. maddesi gereğince karara ifraz durumunu gösterir kroki eklemekle yükümlüdür. ..." (YKD., C.24, S.2, 1998, s.233-234); 16.HD., 24.2.1997, E.1997/1007, K.1997/715, "... 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 32/3. maddesi gereğince taşınmazın ifrazına karar verildiğine göre, ölçekli ifraz haritasının karara eklenmesi ve taşınmazın diğer bölümü hakkında da sicil oluşturulması gerekirken, kalan bölüm hakkında hüküm kurulmaması isabetsizdir. ..." (YKD., C.25, S.3, 1999, s.364-365).

⁷¹⁾ Bk., Eren, Fikret, Toprak Hukuku, Ankara 1991, s. 249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 284-285; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara 1989, s.140.

⁷²⁾ Bu açıdan, iştirak halinde mülkiyet konusu taşınmazlarda malikler bakımından mecburî dâva arkadaşlığı vardır (MK.m.581). Dolayısıyla, söz konusu taşınmazlarla ilgili dâvalarda 3402 sayılı Kadastro Kanununun 29. maddesi uygulanamaz. Bk., HGK., 21.10.1988, E.1998/1-692, K.1998/741 (YKD., C.25, S.1, 1999, s.8-11). Orman sınırlaması ve orman sınırları dışına çıkarma işlemleri yapılmışsa, süresi içinde orman yönetiminin de kadastro mahkemesinde dâva açma hakkı vardır. Bk., HGK., 13.5.1998, E.1996/20-566, K.1998/338 (YKD., C.24, S.12, 1998, s.1759-1762). Hazineyi ilgilendiren dâvalar ise, illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü tarafından açılır. Dolayısıyla, kadastro mahkemesine kaymakam tarafından verilen bir dilekçe hukukî sonuç doğurmaz. Bk., 7.HD., 28.3.1996, E.1996/358, K.1996/3155 (YKD., C.22, S.7, 1996, s.1062-1063).

⁷³⁾ Zira, kesinleşen tesbitlere ilişkin dâvalara bakma görevi genel mahkemelere aittir. Böyle bir dâva kadastro mahkemesinde açılmaz. Bk., Eren, Toprak, 250; 7.HD., 13.9.1983, E.1983/13354, K.1983/12687, "... Tutanağın kesinleşmesinden sonra açılacak dâvalara Tapulama Kanununun 52 ve 31. maddeleri hükümlerince tapulama mahkemesinde bakılamaz..." (YKD., C.10, S.2, 1984, s.234-235); 7.HD., 26.1.1988, E.1988/718, K.1988/438, "... Dâva konusu taşınmazın tesbitine askı ilânı süresi içinde dâvacı itiraz etmemiş ve tesbit itirazsız kesinleşmiştir. Tesbitin kesinleşmesinden sonra açılan dâvaya 3402 sayılı Kadastro Kanununun 25. maddesi hükümünce Kadastro Mahkemesi'nde bakılamaz..." (YKD., C.14, S.4, 1988, s.498); 7.HD., 19.6.1989, E.1986/683, K.1989/7573,

Dâva, kesinleşmiş tutanak ve tapu sicilinde malik olarak gösterilen kimse aleyhine açılır (⁷⁵). Hazine ve ilgili kamu tüzel kişininin hasım gösterilmesine ve ayrıca ilâna gerek yoktur (⁷⁶).

Dâvacı, tutanaktaki tesbit ve iktisap sebebinin aksini ispat etmek zorundadır. Bu konuda onun, kadastradan önceki hukukî sebeplere dayanması aranır (KK.m.12/III). Kadastradan sonraki hukukî sebeplerin yarattığı anlaşmazlıklar genel hükümler çerçevesinde çözümlenir (⁷⁷).

Ancak, 3402 sayılı Kadastro Kanunu bu konuda bir hak düşümü süresi öngörmüştür (⁷⁸). Buna göre, "... Tutanaklarda belirtilen haklara (⁷⁹), sınır-

"...komisyon kararı ve tesbitin kesinleşmesinden sonra açılan dâvalara Tapulama, başka bir anlatımla Kadastro Mahkemesinde bakılamaz. Bu aşamadan sonra açılan dâvalara genel hükümlere göre görevli genel mahkemelerde bakılması gerekir..." (YKD., C.15, S.9, 1989, s.1256-1257). Aynı yönde bk., 7.HD., 3.10.1988, E.1985/7489, K.1988/8718 (YKD., C.15, S.1, 1989, s.43-44); 16.HD., 1.5.1989, E.1988/6230, K.1989/6829 (YKD., C.15, S.8, 1989, s.1163-1164); 7.HD., 19.6.1989, E.1986/683, K.1989/7573 (YKD., C.15, S.9, 1989, s.1256-1257); 7.HD., 8.1.1990, E.1990/280, K.1990/15 (YKD., C.16, S.3, 1990, s.370-371); 14.HD., 9.7.1991, E.1991/6534, K.1991/6600 (YKD., C.17, S.12, 1991, s.1838-1839); 16.HD., 10.10.1991, E.1991/3055, K.1991/12849 (YKD., C.18, S.4, 1992, s.570-571); 16.HD., 24.6.1997, E.1997/2467, K.1997/3053 (YKD., C.25, S.1, 1999, s.68-69). Uzmanlaşmış kadastro mahkemesinin bu dâvayı daha çabuk ve kolay görebileceği hususunda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 286.

⁷⁴) Ünal, Mehmet, Şekil Eşya Hukuku, Ankara 1989, s.187. Bu konuda istihkak dâvası ile müdahalenin men'i dâvasının (MK.m.618) da açılabilmesi hususunda bk., Eren, Toprak, 250. Hattâ, muhdesata ilişkin dâva da on yıllık hak düşümü süresi içinde açılabilir.

⁷⁵) 17.HD., 25.10.1993, E.1993/5711, K.1993/11571 (YKD., C.20, S.1, 1994, s.93-94). Mer'aların mülkiyeti Hazineye, yararlanma hakkı ise ilgili köye aittir. Bu nedenle, mer'a üzerinde mülkiyet iddiası ile açılan dâvalarda Hazineye husumet tevcihi yasal zorunluluktur. Bk., 7.HD., 19.6.1989, E.1986/683, K.1989/7573 (YKD., C.15, S.9, 1989, s.1256-1257). Yanlış hasım gösterilerek açılan dâva ise reddedilir. Böyle bir durum tutanağın kesinleşmesini de engellemez. Bk., 20.HD., 25.4.1994, E.1993/3136, K.1994/4697, "... Çekişme konusu parsel ile ilişkin kadastro tutanağı Ahmet adına düzenlenmiş; 30.12.1991 ile 20.01.1992 tarihinde askı ilânına çıkartılmış olup, Yönetim bu süre içerisinde dâva ile ilgili olmayan Veli'ye husumet yöneltmek suretiyle dâva açmıştır. Gerek 3402 sayılı Yasada gerekse HUMY.de husumetin yanlış kişiye yöneltmesi halinde, gerçek hasmın belirlenmesinden sonra bu kişinin dahili dâva yolu ile dâvaya katılmasına olanak sağlanan bir hüküm bulunmamaktadır. İslah suretiyle hasım değiştirilemeyeceğine göre, tutanak kesinleşmiştir. Yönetimin kayıt malikine karşı genel mahkemelerde dâva açma hakkının saklı bulunduğu gözetilerek dâvanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (YKD., C.20, S.6, 1994, s.964-964). Çekişmesiz olan muhdesat malikleri hasım gösterilmek suretiyle de dâva açılmaz. Bk., 17.HD., 8.4.1997, E.1997/2091, K.1997/2037 (YKD., C.23, S.7, 1997, s.1114-1115).

⁷⁶) Bk., Eren, Toprak, 251.

⁷⁷) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 285-286.

⁷⁸) Oğuzman/Seliçi, 178-179; Eren, Toprak, 249; Ünal, 187; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 289. 1.HD., 3.3.1988, E.1988/13984, K.1988/2422 (YKD., C.14, S.10, 1988, s.1344-

landırma ve tespitlere ait "tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren" ⁽⁸⁰⁾ on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki sebeplere dayanarak ⁽⁸¹⁾ itiraz olunamaz ve dâva açılmaz" (KK.m.12/III) ⁽⁸²⁾.

1345); HGK., 11.5.1997, E.1997/8-685, K.1997/900 (YKD., C.23, S.12, 1997, s.1850-1852).

⁷⁹⁾ Kanunun bu ifade şeklinden hareketle, tutanaklara hiç geçmemiş haklar için söz konusu hak düşümü süresinin uygulanmaması ve bunların Medeni Kanunun 933 üncü maddesine tâbi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bk., Ertaş, 141. 8.HD., 6.5.1991, E.1990/13569, K.1991/6305, "... Bir yerin tapulama dışı bırakılması, tapulama işlemi sayılmakla birlikte tapuya tescil anlamına gelmez. 766 sayılı Tapulama Kanununun 31. maddesinin amacı kadastro yoluyla oluşmuş sicillerin ikide bir bozulmasını önlemek ve bunu bir süreye bağlamaktan ibarettir. Bu yolla tapuya tescil edilmiş olan bir taşınmaz için açılacak dâvanın 10 yıllık hak düşürücü süreye tâbi olduğu hükmüne bağlanmıştır. Oysa, olayımızda tapuya tescil söz konusu olmayıp taşınmaz niteliği itibariyle tapulamaca tescile tâbi olmayan bir yer şeklinde mütalâa edilmek suretiyle tapulama dışı bırakılmıştır, tutanak dahi düzenlenmemiştir. Bu hallerde ne mülga Tapulama Kanununun 31. maddesi, ne de 3402 sayılı Kanunun 12. maddesi uygulanamaz. ..." (YKD., C.17, S.8, 1991, s.1196-1197); 8.HD., 18.10.1993, E.1992/6873, K.1993/10312, "... taşınmaz, tapulama komisyonu kararı ile tapulama dışı bırakılan yerler durumuna düşmüştür. Uyuşmazlık, tapulama dışı bırakılan taşınmazın tescili niteliğinde olup bu dâvanın açılması bir süreye tabi değildir. Her zaman için tescil dâvası açma olanağı vardır..." (YKD., C.20, S.2, 1994, s.218-219).

⁸⁰⁾ Yani, "tapu siciline fiilen yapılan tescil tarihi gözönüne alınmaz. Sürenin başlaması için fiilî tescil tarihinin değil de kadastro tesbitinin (tutanağının) kesinleştiği tarihin esas alınması, eşitlik, güven ve istikrar görüşüne dayanmaktadır". Bk., Eren, Toprak, 249-250. Aksi yönde bk., Ertaş, 146-147. Hak düşürücü sürenin tescil tarihinden başlatılması konusunda ise bk., Ozanalp, Nusret A., 3402 sayılı Kadastro Kanununda Yer Alan Hak Düşürücü Süreyle İlgili Düşünceler, YD., C.14, S.55, 1988, s.274-275. 16.HD., 5.4.1988, E.1987/10268, K.1988/6128, "...Halen dâvası görülmekte olan taşınmaza ait tesbit tutanağının kesinleştiğinden söz edilemez. 10 yıllık süre tutanağın kesinleştiği tarihten itibaren başlar..." (YKD., C.15, S.2, 1989, s.254-255). Kadastro mahkemesine açılan bir dâvanın tutanağın kesinleşmesini engellemesi, sadece dâvacılar bakımından değil, herkes için etkili olur ve hak düşümü süresinin işlemeye başlamasını geciktirir. Bk., 1.HD., 14.5.1992, E.1992/4189, K.1992/6378, "...Çekişmeli taşınmazda tesbit ile belirlenen hakka karşı dâvacılar dışında başka şahısların tapulama (kadastro) mahkemesine itiraz etmiş olmaları; diğer bir anlatımla dâvacıların itiraz etmemiş olmaları 10 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihinin saptanmasında sonuca etkili olamaz. Zira, tesbite itiraz nedeniyle tesbit askıda kalmıştır. Dâva konusu taşınmazda hak sahibi, ancak tesbitin kesinleştiği tarihte belirlenecektir. Olayda da çekişmeli parselin tesbitine dâva dışı kişiler tarafından tapulama (kadastro) mahkemesinde açılan kadastro dâvasının kesinleştiği tarih esas alındığında 10 yıllık sukutu hak süresinin geçmediği saptanacaktır. Çünkü, dâvacı yönünden de mülkiyet iddiasında bulunduğu taşınmazdaki hak sahibi olan gerçek hasım, ancak, tapulama mahkemesinde kurulan hükmün kesinleştiği tarihte belirli hale gelmiştir..." (YKD., C.18, S.7, 1992,s.1020-1021); 8.HD., 17.12.1992, E.1992/3845, K.1992/16595, "... asıl olan tutanağın kesinleşme tarihinin belirlenmesidir. Dâvacı tapulama komisyonuna itiraz etmemiştir. Dâvacı dışında üçüncü şahıslar tarafından vaki itirazlar reddedilmiş ve yukarıda açıklandığı üzere son tebliğ tarihi itibariyle tutanak 8.1.1981 tarihinde kesinleşmiştir. Tapulama tesbiti sonunda düzenlenen tutanak bir bütün olduğundan asıl olan vaki itiraz üzerine kesinleşme tarihidir. Nizalı taşınmazda tesbit ile belirlenen hakka karşı dâvacı dışında başka şahısların kadastro komisyonuna itiraz etmiş olması, başka anlatımla dâvacı-

On yıllık süre hak düşürücü nitelik taşıdığı için, kesilmesi veya durması söz konusu olmaz⁽⁸³⁾. Hâkim, kamu düzenine ilişkin olan bu süreyi e'sen nazara almak zorundadır⁽⁸⁴⁾.

Söz konusu hak düşümü süresinin kamu malları bakımından da etkili olup olmayacağı hususu tartışmalıdır⁽⁸⁵⁾. Bir görüşe göre, maddede herhan-

nın itiraz etmemiş olması 10 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihinin tesbitinde sonuca etkili olmaz. Zira, herhangi bir kişi tarafından tesbite itiraz nedeniyle tesbit askıda kalmıştır. Dâva konusu taşınmazda hak sahibi, ancak tesbitin kesinleştiği tarihte belirlenecektir..." (YKD., C.19, S.1, 1993, s.38-40).

Buna karşılık, tutanakların kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan sebeplere dayanılarak açılacak dâvalarda on yıllık hak düşümü süresi uygulanmaz (bk., Ertaş, 116-117). 1.HD., 19.9.1989, E.1989/5408, K.1989/9939, "... orijinal ölçü değerlerine aykırı çap ve sicil oluşturulması işlemi tapulama (kadastro) öncesi bir sebepten kaynaklanmadığı için bu tür uyuşmazlıklarda 766 sayılı Yasanın 31 ve bunun yerine geçen 3402 sayılı Yasanın 12. maddelerinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanma olanağı yoktur..." (YKD., C.16, S.10, 1990, s.1445-1446). Aynı yönde bk., 1.HD., 13.12.1991, E.1991/14363, K.1991/14585 (YKD., C.18, S.6, 1992, s.852-853). Ayrıca bk., 14.HD., 8.2.1993, E.1992/5541, K.1993/994, "... Dâva, şahsi hakka dayalı tapu iptal ve tescil isteminden ibarettir. 14.4.1961 tarihli tek taraflı beyanla satıcı taşınmazı sattığını ve teslim dahi ettiğini açıkça beyan etmiştir. Alıcı, 1961 yılından beri satın alma yolu ile taşınmazla zilyettir. Bundan epey süre geçtikten sonra 1981 yılında bölgeye tapulama gelmiş, taşınmazlar malik adına tapulanmıştır. Bu hali ile dâvacı tapulamaya tekaddüm eden bir sebebe dayanarak tapulamadan itibaren 10 yıl geçmeden 1988 yılında bu dâvayı açmış ve 3402 sayılı Yasanın 13/B-b ve son fıkrası itibarıyla tescil istemiştir. Mahkeme zamanışımından dâvayı reddetmiştir. Her şahsi hak genel olarak zamanışımına tabidir. Yalnız satıcı taşınmazı alıcıya teslim ettiği takdirde açılacak tescil dâvalarında zamanışımı def'ini i-leri sürmesi halinde bu def'i artık iyiniyet kurallarına aykırı bulunduğundan dinlenmemek gerekir..." (YKD., C.19, S.9, 1993, s.1364-1365).

1.HD., 8.4.1988, E.1988/1868, K.1988/4387 (YKD., C.14, S.11, 1988, s.1492-1493); 8.HD., 8.4.1988, E.1988/1868, K.1988/4387, "... Tapulamadan önceki sebebe dayanıldığına ve tapulama tutanağının kesinleşmesinden itibaren dâva tarihine kadar 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş olduğuna göre bu dâvanın reddi gerekir. ..." (YKD., C.15, S.2, 1989, s.213-214). Uygulamada, 2613 sayılı eski Kadastro Kanunu yürürlükte iken açılan dâvalar için söz konusu on yıllık hak düşümü süresinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Bk., 1.HD., 19.12.1988, E.1988/11360, K.1988/14461 (YKD., C.15, S.8, 1989, s.1082-1083). Ayrıca, kadastro dâvalarında on yıllık hak düşürücü sürenin dolmuş olması, imar ve ihya nedeniyle açılacak dâvanın görülmesine engel değildir. Bk., 8.HD., 27.9.1988, E.1988/13261, K.1988/12281 (YKD., C.15, S.1, 1989, s.45-46). Yine, Yargıtay'a göre, on yıllık hak düşürücü süre dolmadan açılmış bir dâvaya on yıl geçtikten sonra da müdahale edilebilir. Bk., 16.HD., 27.3.1998, E.1998/977, K.1998/1269 (YKD., C.25, S.5, 1999, s.663-664).

Ertaş'a göre ise, "Tapulama Kanununa göre tesis edilen yolsuz tapu kayıtlarına karşı açılacak her türlü düzeltim dâvası 31 II m.deki hak düşürücü süreyi keseceği gibi, bu sicillerde belirtilen haklara itiraz niteliğindeki, örneğin yolsuz kayıt sahibinin taşınmazla el atmasının önlenmesi gibi bir dâva da hak düşürücü süreyi kesebilir" (bk., age., 147).

Eren, Toprak, 249.

Bk., Eren, Toprak, 251-252.

gi bir ayırım yapılmadığı için kamu malları bakımından da on yıllık hak düşürücü süre işlemelidir. Eşitlik ilkesi bunu gerektirir ⁽⁸⁶⁾. İkinci görüşe göre, hak düşürücü süre sadece özel mülkiyet konusu taşınmazlar bakımından söz konusudur. Dolayısıyla, kamu mallarının hukuka aykırı bir şekilde fertler adına tesbit edildiği hallerde her zaman için düzeltme talebinde bulunulabilir. Nitekim, Yargıtay, kamu malları için on yıllık hak düşümü süresini uygulanamayacağını kabul etmektedir ⁽⁸⁷⁾.

Buna karşılık, otuz günlük askı süresi içinde kadastro mahkemesine dâva açılır ve bu dâva sonucunda verilen karar kesinleşirse ⁽⁸⁸⁾, anlaşmazlık kesin şekilde çözümlenmiş olacağından yeniden dâva açılmaz. Aynı şekilde, tapu siciline itimat ilkesi (MK.m.931) ⁽⁸⁹⁾ veya olağan zamanaşımı

⁸⁶⁾ Bk., Ozanalp, 279-280.

⁸⁷⁾ HGK., 23.11.1988, E.1988/1-825, K.1988/964, "... gerek 766 sayılı Yasanın 31/2 ve gerekse 3402 sayılı Yasanın 12/3. maddelerinin özel mülkiyete konu olamayacak, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler hakkında Hazine tarafından açılacak dâvaları 10 yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutmamış olmaları. ..." (YKD., C.15, S.4, 1989, s.464-476); 1.HD., 15.5.1989, E.1989/3543, K.1989/5936, "... tescile tabi olmayan ve özel mülkiyet konusu teşkil etmeyecek yerlerin her nasılsa sicile kaydedilmiş olması taşınmazın kamu malı olma niteliğini, eş anlatımla hukuksal durumunu değiştiremez. Bu nedenle bu tür taşınmazlar hakkında Hazine tarafından açılan iptal dâvaları hak düşürücü süreye tabi değildir..." (YKD., C.15, S.11, 1989, s.1545). Aynı yönde bk., 1.HD., 14.3.1989, E.1989/13752, K.1989/2892 (YKD., C.16, S.1, 1990, s.15-17); 20.HD., 12.7.1993, E.1992/11625, K.1993/6200, "... Hazine kamu malı niteliğinde gördüğü, ayrıca Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan tüm taşınmazlar için her zaman dâva açmak hakkına sahiptir. Ormanlar da Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olması nedeniyle genel dâva hakkı içinde yeralan bir konu olarak değerlendirilmeli ve çoğun içinde azın bulunabileceği kabul edilmelidir. ..." (YKD., C.19, S.9, 1993, s.1391-1392); 20.HD., 25.1.1995, E.1994/3036, K.1995/615 (YKD., C.21, S.9, 1995, s.1455-1456). Hak düşürücü sürenin dar anlamda kamu mallarında değil ve fakat sadece idarenin özel malı niteliğindeki taşınmazlarda uygulanabileceği hususunda bk., Hatemi / Serozan / Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.411.

⁸⁸⁾ Kadastro mahkemesi tarafından verilen kararlar kesin hüküm kuvvetini kazandıkları anda kesinleşmiş sayılırlar. Böyle bir durumda, kesinleşme tarihi de tescil tarihi olarak kabul edilir. Bk., Eren, Toprak, 248-249.

⁸⁹⁾ 1.HD., 18.12.1989, E.1989/13999, K.1989/15149, "...dâvalılar çekişmeli taşınmazların 1971 yılında haricen kendilerine satılıp zilyetliğin devredilmesinden onbeş yıl sonra 1986 yılında dâvacıya tapuda kayden satıldığını savunmuşlardır. Gerçekten kural olarak, dâvacının kayda göre edinmesinin korunması ve kayda üstünlük tanınması asıldır. Ancak, dâvacı, dâvalılara önceden yapılmış ve tapulamanın o bölgede başladığı tarihe kadar bozulmamış olan harici satışı ve buna bağlı zilyetlik olgusunu, diğer bir deyişle, 766 sayılı Yasanın 32/c ve paralel hüküm getiren 3402 sayılı Yasanın 13/B-b maddelerinde öngörülen koşulların dâvalılar yararına gerçekleştiğini bile bile harici satış ve zilyetlikten kaynaklanan hakları ortadan kaldırmak için (kötü niyetle) edinmede bulunmuş ise kayda dayalı edinme, MK.nun 931. maddesi hükmü uyarınca korunamaz. Bu durumda, dâvacının hukuksal değerini yitiren kayıtları edindiği sonucuna varılarak dâvasının reddi yoluna gidilir..." (YKD., C.16, S.5, 1990, s.646-647).

(MK.m.638) dolayısıyla iyiniyetli üçüncü şahısların korundukları hallerde de dâva açılması artık mümkün değildir⁽⁹⁰⁾.

Kadastro sırasında tesbit dışı bırakılan taşınmazlar hakkında ise, hak sahiplerinin 3402 sayılı Kanunun 14 ve 17 nci maddesindeki şartlar çerçevesinde tescil dâvası açmaları mümkündür. Kadastro tutanağı hiç düzenlenmediği için, on yıllık hak düşürücü süre bu tip taşınmazlarda uygulanmaz⁽⁹¹⁾.

V- KADASTRO MAHKEMESİNİN SONA ERMESİ

Kadastro mahkemesinin görevi, kadastro işlemlerinin bir bölgede tamamlanmasından sonra veya iş hacmi itibariyle kadastro mahkemesinin devamına ihtiyaç kalmadığının anlaşılması halinde, adalet Bakanlığı tarafından o bölgede kadastro mahkemesinin kaldırılıp görülmekte olan dâva dosyalarının taşınmazların bulunduğu mahallî aslıye hukuk mahkemelerine devri yönünde karar verilmesiyle birlikte sona erer. Mahallî mahkeme, kendisine devredilen dâvaya 3402 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde kaldığı noktadan devam eder (KK.m.33/I-II).

⁹⁰⁾ Oğuzman/Seliçi, 180. Devralan durumundaki üçüncü şahsın kötüniyetli olması halinde ise, yine on yıllık hak düşümü süresinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 292.

⁹¹⁾ Eren, Toprak, 252-253. 8.HD., 18.10.1993, E.1992/6873, K.1993/10312, "... Dâva konusu 82 parsel sayılı taşınmaz 17.7.1972 tarihinde yapılan tapulamada dâvacının miras bırakanı Murat adına tesbit edilmiş, Orman İdaresinin itirazı üzerine tapulama komisyonunca 5.7.1974 tarih, 123 sayısı ile orman sayılan yerlerden olduğundan tesbitin iptali ile taşınmazın tapulama dışı bırakılmasına karar verilmiş, bu komisyon kararı aleyhine açılan tesbite itiraz dâvası sonucunda da deliller bildirilmediğinden itiraz edilmemiş sayılmasına, tutanak ve eklerinin komisyon kararı gereği işlem yapılmak üzere tapu sicil müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmiştir. Bu anlatıma göre taşınmaz, tapulama komisyonu kararı ile tapulama dışı bırakılan yerler durumuna düşmüştür. Uyuşmazlık, tapulama dışı bırakılan taşınmazın tescili niteliğinde olup bu dâvanın açılması bir süreye tabi değildir. Her zaman için tescil dâvası açma olanağı vardır. Bu sebeple mahkemenin dâvanın reddine dair verdiği kararda isabet bulunmamaktadır..." (YKD., C.20, S.2, 1994, s.218-219). Ayrıca bk., 8.HD., 18.2.1994, E.1992/1232, K.1994/2243, "... Mahkemece; 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde belirtilen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğundan hareketle, dâvanın reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlık konusu 766 parselde ait tapu kaydında taşınmazın ihdasen Hazine adına tescil edildiği açıklanmıştır. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde; kadastro yoluyla oluşturulan kayıtlara karşı tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki sebeplere dayanılarak itiraz olunamayacağı ve dâva açılmayacağı belirtilmiştir. Az önce açıklandığı üzere uyuşmazlık konusu parselde ait tapu kaydı kadastro yoluyla oluşturulmadığı için dâva bu maddede belirtilen hak düşürücü süreye tabi değildir. Eş bir anlatımla, ihdasen oluşturulan bir kayda karşı süreye bağlı olmaksızın her zaman dâva açılabilir. Mahkemece bu yön gözönünde tutulmayarak hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle dâvanın reddine karar verilmiş olması yasaya aykırıdır..." (YKD., C.20, S.5, 1994, s.744-745).

1982 ANAYASASI'NDA BAKANLAR KURULU*

Arş. Gör. Faruk BİLİR**

GİRİŞ

Her örgütlenmiş toplum gibi, devletin de bir düzeni bulunmaktadır. Bu düzen anayasal düzendir. Anayasal düzen, devlet organlarının görev ve yetkilerini, fertlere tanınan hak ve hürriyetleri belirler. Anayasa ise, devleti oluşturan güçlerin temel kaynağını oluşturmaktadır. Devleti oluşturan üç klasik güçten her biri, yasama, yürütme ve yargı güçleri kanuniliklerini ve yetkilerini Anayasadan almaktadır. Dolayısıyla, anayasanın amacı, iktidarın işleyişini düzene koymak, keyfi hareketlerini önlemek ve yöneticilerin haklarını korumaktır.

Anayasa Hukukunda, öteden beri genel kabul görmüş olan ve ana çerçevesini Fransız hukukçusu Montesquieu'nun ortaya koyduğu, kuvvetler ayrılığı esasına göre, hükümet sistemleri üçlü bir tasnif içinde ele alınmaktadır. Bu tasnifin dayandığı temel ise, yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirleriyle olan ilişkileridir. Bu ilişkilerin niteliğine göre, Başkanlık hükümet sistemi, Meclis hükümeti sistemi ve Parlâmenter hükümet sistemi olmak üzere üç tür hükümet sisteminden söz etmek mümkündür.¹ Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvvetleri kesin ve sert bir biçimde birbirinden ayrılmıştır. Bu sistemde, yürütme yetkisi Başkana verilmiştir. Meclis hükümeti sisteminde, yasama ve yürütme yetkileri, halk tarafından demokratik usuller içinde seçilmiş bir mecliste birleşmiştir. Parlâmenter rejim ise, yasama ve yürütme kuvvetlerinin hukuken birbirinden ayrı organlarda bulunduğu ve bu organlar arasında etkileşim ve işbirliğinin bulunduğu, yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan bir hükümet sistemi olarak tanımlanmaktadır².

1982 Anayasası da öngördüğü hükümet sistemi bakımından, Türkiye'nin İkinci Meşrutiyetiyle başlayan parlâmenter geleneğin bir devamı durumundadır. 1982 Anayasasının kurduğu hükümet sistemi-

* Bu çalışma 1997 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Yrd. Doç. Dr. Hasan TUNÇ'un danışmanlığı altında Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmış ve oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

¹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 301

² ERDOĞAN, Mustafa, Anayasacılık-Parlamentarizm – Silahlı Kuvvetler, Ankara 1993, s. 27-28.

nin bu özelliğini çalışmamızda yeri geldikçe belirtmeye çalışacağız.

1982 Anayasasının tanzim tarzına göre, yürütme organı bir şahıs değil, bir kuruldur. Yürütme yetkisi bu kurul tarafından yerine getirilmektedir.

Yine Anayasaya göre, yürütme organı iki başlıdır. Yürütmenin sorumsuz başını devlet başkanı, sorumlu başını da Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır. Anayasanın bu konudaki hükmü şu şekildedir:

"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" (An.md.8).

Bakanlar Kurulu yürütmenin en önemli organıdır. Yürütme yetkilerini fiilen kullanan ve ülkeyi yöneten; devlet faaliyetlerine belli bir yön tayin ederek bunu gerçekleştiren organ Bakanlar Kuruludur. Başka bir ifadeyle, devletin yasama ve yargılama faaliyetleri dışında kalan her türlü faaliyeti yapmak ve yaptırmak Bakanlar Kurulunun görevidir³.

Nisbi Temsil sisteminin uygulanmaya başlamasından itibaren, ülkemizde, koalisyon hükümetlerine gittikçe daha sık rastlanmaya başlaması, sürekli olarak, bir hükümetin kurulması meselesini ortaya çıkarmış ve bu konu etrafında çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Günümüzde de, bir hükümet arzusu, ülkemizde, her devlette olduğundan daha fazla, bir anlam ve önem kazanmış bulunmaktadır⁴. Bütün bu sebeplerden dolayı 1982 Anayasası bakımından, Bakanlar Kurulunun gerçek yerinin ne olduğunun araştırılması, hem bilimsel hem de pratik bir ihtiyaçtır.

I. BAKANLAR KURULUNUN KURULUŞU

1982 Anayasasına göre, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan oluşmaktadır. Başbakan, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır (An. md. 109/1,2). Bakanlar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanı atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı görevlerine son verilir (An.md. 109/3). Bu maddeden anlaşıldığı gibi, Başbakanın milletvekili olması zorunludur. Bakanların ise milletvekili olması zorunlu değildir, milletvekili olmayan kişiler de eğer milletvekili seçilme yeterliliğine sahip ise bakan olabilirler.

³ ERDOĞAN, Anayasacılık

⁴ ARMAĞAN, Servet, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul 1978, s. 3.

1982 Anayasasının 109 maddesinin, 1961 Anayasasından ayrılan tek farkı, gerektiğinde Başkanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı'nca bir bakanın görevine son verilebilmesidir. İlk kez 1961 Anayasası ile getirilmiş olan, Millet Meclisi dışından bakan atanabilmesi usulü, 1982 Anayasasında da korunmuştur⁵.

1982 Anayasası hazırlanırken, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, Meclis üyeleri dışından Başbakan atanabilmesi yöntemini getirmek istemişse de Anayasa komisyonunun bu görüşü Danışma Meclisince kabul edilmemiştir⁶.

Başbakanın Meclis üyeleri arasından atanması yerinde bir düzenlemedir⁷. Çünkü parlâmenter rejimde ilke yürütme organının yasamadan çıkması ve yasama organına karşı sorumlu olmasıdır⁸. Ayrıca, 1961 Anayasasının bu konuyu düzenleyen maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi "... Başbakanın seçmenler önünde sorumluluğunun tecelli edebilmesi için Meclislerden olması zaruri görülmüştür."

Anayasamızın 109. maddesinden hareketle, Bakanlar Kurulunun kuruluşunun üç aşamada tamamlandığını söyleyebiliriz. İlk aşama, Cumhurbaşkanı tarafından Başbakanın belirlenmesi, ikinci aşama Başbakan tarafından bakanların belirlenmesi ve son aşama Başbakanın ve bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanmasıdır⁹.

A. Hükümeti Kurma Görevinin Verilmesi (Başbakanın Belirlenmesi)

1982 Anayasasına göre, Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Anayasanın 109. maddesine göre, "Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır."

Cumhurbaşkanının, yürütme organının başı sıfatıyla, yürütme organının bir parçası olan Bakanlar Kurulunun Başkanını seçmesi parlâmenter rejimin bir gereği ve özelliğidir¹⁰.

Anayasamız, 109. maddesinde Başbakanın T.B.M.M üyeleri a-

⁵ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293

⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 210.

⁷ ARMAĞAN, a.g.e., s. 21.

⁸ TURHAN, Mehmet, Hükümet sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989, s. 126.

⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 31.

¹⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 32; GÜNEŞ, Turan, Parlâmenter Rejimin Bugünkü Manası Ve İşleyişi, İstanbul, 1956, s. 64

rasından atanacağını belirtmekle yetinmiş, Başbakan olarak atanacak kişiyle ilgili olarak başka herhangi bir kurala yer vermemiştir¹¹.

Acaba Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanı seçme ve atama yetkisi sınırsız mıdır? Yani, Cumhurbaşkanı istediği bir milletvekilini Başbakan olarak atayabilir mi? Herşeyden önce şunu belirtelim ki, Cumhurbaşkanı'nın Başbakanı seçme ve atama yetkisi sınırsız değildir¹². Çünkü, kurulan Bakanlar Kurulunun, Türkiye Büyük Millet Meclisinden güven oyu alması zorunluluğu, Cumhurbaşkanı'nın ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çoğunluğun güvenini sağlayacak bir kişiyi Başbakan olarak atayabileceği anlamına gelir¹³. Cumhurbaşkanı buna hukuken değilse de, fiilen mecburdur¹⁴. Aksi halde, yani Cumhurbaşkanı'nın atadığı Başbakanın Meclis'te güven oyu alamaması, Cumhurbaşkanlığı makamının tarafsızlık niteliğine zarar verebileceği gibi, otoritesi de sarsılabilir¹⁵.

Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanı belirleme yetkisi çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin, genel seçimler sonucunda, bir parti tek başına mecliste çoğunluğu sağlamış olabilir. Ya da partilerden hiç biri tek başına mecliste çoğunluğu sağlayamaz, bu nedenle ya bir koalisyon hükümetinin kurulması ya da muhalefetin desteğiyle bir azınlık hükümeti kurulması gündeme gelebilir.

Genel seçimlerden sonra, bir partinin tek başına Millet Meclisi'nde çoğunluğu elde etmesi halinde, Cumhurbaşkanı'nın hükümeti kurma görevini bu partinin genel başkanına vermesi gerekir¹⁶. Yukarıda belirttiğimiz gibi, hukuken Cumhurbaşkanı, Meclis'te çoğunluğu sağlayan partinin başkanı yerine, bir başka partinin başkanına da bu görevi verebilir. Ancak, Cumhurbaşkanı'nın görevlendirdiği, Başbakanın kurduğu Bakanlar Kurulunun Meclis'te güven oyu alamaması, Cumhurbaşkanlığı makamının otoritesini sarsabilir ve bu durum bir anayasa bunalımına sebep olabilir¹⁷. Millet Meclisi'nde tek başına çoğunluğu sağlamış partinin başkanına hükümeti kurma görevinin verilmesi, aynı zamanda Cumhurbaşkanı'nın

¹¹ ERDOĞAN, Mustafa, 1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı'nın Hukuki Durumu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1987, s. 99.

¹² GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 210; ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293; ÖZER, Attila, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara 1981, s.142; TURHAN, Hükümet Sistemleri, s.127 ; TURHAN, Mehmet, "Başbakanın Seçimi ve Atanması", Anne İdaresi Dergisi, C.26, Sayı: 3, Eylül 1993, s.25.

¹³ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293.

¹⁴ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293.

¹⁵ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293-294; TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 126.

¹⁶ ÖZER, a.g.e., s. 142; ÖZBUDUN, Anayasa hukuku, s. 293; TURHAN, Başbakan, s. 28; ARMAĞAN, a.g.e., s. 33.

¹⁷ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293-294.

nının tarafsızlığının da gereğidir¹⁸.

Ancak, ülkemizde zaman zaman bu söylediğimiz kurala uygun davranılmamıştır. Bu duruma gerekçe olarak, ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü şartlar gösterilmiş ve "Partiler Üstü Hükümet" kurma yoluna gidilmiştir¹⁹. Bizce de, "Partiler üstü Hükümet" modelleri, Millet Meclisi'ndeki çoğunluğun istekleri dışında hareket etmektedir. Oysa, parlâmenter rejimde, parlâmento çoğunluğun istekleri dışında bir hükümet kurulamaz²⁰. Nitekim, ülkemizde 12 Mart 1971 Muhtırasından sonra AP Millet Meclisi'nde çoğunlukta olduğu halde, hükümeti kurma görevi, bu partinin liderine verilmemiştir. Cumhurbaşkanı bu görevi AP' li olmayan milletvekiline vermiştir²¹.

Millet Meclisi'nde hiç bir parti tek başına çoğunluğu sağlayamamış ise, hükümetin kurulması açısından, bu gibi hallerde görevin kime verilmesi gerektiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, bu gibi durumlarda Cumhurbaşkanıya kısmen serbesti tanınmıştır. Cumhurbaşkanı mecliste en çok milletvekiline sahip olan ancak çoğunluğu sağlayamamış olan parti liderini, Başbakan olarak atamak zorunda değildir. Eğer partiler etrafında toplanarak çoğunluğu sağlamış iseler, Cumhurbaşkanı partilerin üzerinde anlaşığı kişiyi Başbakan olarak atamak zorundadır²².

Bir başka görüş, Cumhurbaşkanı'nın en çok oy alan partinin liderini değil, mecliste güven oyu alabilecek bir kimseyi Başbakan olarak atamasının maksada daha uygun olacağı yönündedir²³.

Bu konuda bir diğer görüş ise, Cumhurbaşkanı'nın, tarafsızlık ilkesine uygun davranarak, ilk olarak en çok milletvekiline sahip parti liderini hükümeti kurmakla görevlendirmelidir. Cumhurbaşkanı'nın öncelikle meclis aritmetiğini göz önüne alması, daha sonra diğer seçeneklere yönelmesi gerekir. Eğer en çok milletvekiline sahip parti lideri hükümeti kuramayacağını biliyorsa, görevi kabul etmemesi gerekir²⁴.

Bizce de, Cumhurbaşkanı, en çok milletvekiline sahip olan ancak çoğunluğu sağlayamayan partinin genel başkanını Başbakan olarak atamak zorunda değildir. Yani bu konuda Cumhurbaşkanı'nın seçim hakkı

¹⁸ ERDOĞAN, Cumhurbaşkanı, s. 100.

¹⁹ ÖZER, a.g.e., s. 143; ARMAĞAN, a.g.e., s. 33-34.

²⁰ TURHAN, Başbakan, s. 31; ÖZER, a.g.e., s. 143.

²¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 33-34.

²² ÖZER, a.g.e., s. 143.

²³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 34.

²⁴ TURHAN, Başbakan, s. 31.

vardır²⁵. Ancak en çok milletvekiline sahip partinin, mecliste çoğunluğun güvenini sağlayabileceği ihtimali var ise, öncelikle görevinin bu partiye verilmesi parlâmenter rejimin kurallarına daha uygun olacaktır²⁶.

Bu konuda önemli olan hükümeti kurmakla görevlendirilen kimse- nin oluşturduğu Bakanlar Kurulunun Millet Meclisinden güven oyu alabilmesidir.

B. Bakanların Belirlenmesi

1982 Anayasasına göre, "Bakanlar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanıca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanıca görevlerine son verilir." (An. md. 109/3)

Anılan maddedeki düzenlemenin 1961 Anayasasından ayrılan tek yönü, Başbakanın önerisi üzerine bakanların Cumhurbaşkanıca görevden alınması kuralıdır. Bunun dışında, 1961 Anayasasındaki, Bakanlar Kurulunun kuruluşuna ilişkin düzenleme, 1982 Anayasasında da korunmuştur.

Başbakanın milletvekili olması zorunluluğuna rağmen, bakanlar için böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar da dışarıdan bakan olabilirler²⁷. Yine Anayasamız dışarıdan bakan olabilecek kişilerin sayısını da sınırlandırmamıştır.

Millet Meclisi dışından bakan atanabilmesi yöntemi ilk kez 1961 Anayasası ile getirilmiştir. Bu yöntem 1982 Anayasasında da aynen korunmuştur.

Dışarıdan bakan atanalar, "81'nci maddede yazılı şekilde Millet Meclisi önünde and içerler ve bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve parlâmenter muafiyetlerden yararlanırlar. Aynı zamanda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri gibi ödenek ve yolluk alırlar." (An. md. 112/4)

Millet Meclisi dışından bakan olanların hukuki statüsü, milletvekillerinin hukuki statüsü ile aynıdır. Millet Meclisi dışından bakan olanlar, sadece meclisteki oy verme işlemine katılamazlar. Bunun dışında diğer milletvekilleri gibi yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğundan

²⁵ ÖZER, a.g.e., s. 143.

²⁶ TURHAN, Başbakan, s. 31.

²⁷ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 293; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 210; ÖZER, a.g.e., s. 146; ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1962, s. 380.

faidalanırlar ve meclisin her türlü çalışmalarına katılabilirler. Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan işler bunlar için de geçerlidir²⁸. 1961 Anayasası ile getirilen bu düzenleme, milletvekili seçilemeyen değerli kişilerin bilgilerinden ve tecrübelerinden, dışardan bakan atanması yoluyla faydalanılabileceği düşüncesiyle Anayasaya girmiştir²⁹. 1961 Anayasa görüşmeleri sırasında, karşı görüşte olanlar, parlâmenter sistemde bakanların mutlaka meclisten seçilmeleri gerektiğini, bakanlığın teknik bir mevki olmaktan ziyade, siyasi bir mevki olduğu, dışarıdan alınacak kimselerin ne kadar bilgili olurlarsa olsunlar meclis siyasetine uyamayacakları gerekçesiyle karşı çıkmışlardır³⁰.

Bizce de, bir bakanlığı yürütmek için özel vasıflara sahip olup da milletvekili olamayan değerli kişileri bakan yapmakla onlardan faydalanılabilir. Yine, Millet Meclisi dışından bakan atanabilmesi, Başbakan bakanları seçmekte geniş bir tercih imkanı verebilir³¹. Ancak, seçmenlerden temsil yetkisi almış ve seçmenlere karşı siyasi sorumluluğu olan bakanların görevlerine daha sıkı bağlı olacağı gerçeği karşısında, dışarıdan bakan atamanın, pek fazla faydalı olacağı söylenemez. Yine bir bakanlık için, özel vasıflı kişilerin varlığı ve bunların Millet Meclisi dışında kalmış olmaları her zaman karşılaşılan bir durum değildir³².

C -Bakanlar Kurulu Listesinin Cumhurbaşkanına Sunulması:

Başbakan tarafından belirlenen Bakanlar Kurulu listesi atanmak üzere Cumhurbaşkanına sunulur. Yürütme organının başı olması sebebiyle Başbakan ve bakanların atanması Cumhurbaşkanı tarafından yapılacaktır.

Cumhurbaşkanı tarafından bu atamanın yapılabilmesi için herşeyden önce, Başbakan tarafından Bakanlar Kurulu listesinin Cumhurbaşkanına bildirilmesi gerekir. Yani, Cumhurbaşkanına böyle bir teklif yapılması gerekir. Böyle bir teklif olmadan Cumhurbaşkanı herhangi bir atama yapamaz. Bu durum , Bakanlar Kurulu üyelerinin tamamının atanmasında olduğu kadar, sadece bir bakanın atanmasında da geçerlidir³³.

Başbakan tarafından Bakanlar Kurulu listesinin ne kadar bir zamanda belirleneceği ve Cumhurbaşkanına sunulacağına ilişkin Anayasamızda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak, Bakanlar Kurulunun

²⁸ ÖZER, a.g.e., s. 147; ARSEL, a.g.e., s. 382.

²⁹ TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 130; ÖZER, a.g.e., s. 146; ARSEL, a.g.e., s. 380.

³⁰ ARSEL, a.g.e., s. 380; ÖZER, a.g.e., s. 146.

³¹ ARSEL, a.g.e., s. 380; ÖZER, a.g.e., s. 146.

³² ARMAĞAN, a.g.e., s. 36.

³³ ÖZER, a.g.e., s. 152-153; ARMAĞAN, a.g.e., s. 41.

kırkbeş gün içinde kurulamaması, belli şartlar altında Cumhurbaşkanının T.B.B.M seçimlerinin yenilenmesi kararı almasına sebep olabilir (An. md.116)³⁴. Bu nedenle, Başbakanın, bakanları kendisine bu görevin verilmesinden itibaren, kırkbeş gün içinde belirlemesi ve Cumhurbaşkanına sunması gerekir.

D- Başbakan ve Bakanların Atanması ve Göreve Başlaması

Başbakanın ve bakanların atanması, daha önce belirttiğimiz gibi, yürütme organının başı olması sebebiyle Cumhurbaşkanı tarafından yapılmaktadır. Cumhurbaşkanı bu atamayı yaparken, kendisine sunulan Bakanlar Kurulu listesini hukuki açıdan inceleme yetkisine sahiptir. Yani Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu listesinde yer alan kişilerin, Anayasanın 109. maddesinin son fıkrasındaki şartlara sahip olup olmadıklarını araştırabilir³⁵. Ancak, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu listesini siyasi açıdan inceleme yetkisine sahip değildir. Eğer Anayasanın 109. maddesinin son fıkrasındaki şartlar gerçekleşmiş ise, yani hukuki bakımdan bir engel yoksa, önerilen kişileri bakan olarak atamak zorundadır³⁶.

Doktrinde bazı yazarlar, Cumhurbaşkanının böyle bir yetkisinin olduğunu kabul etmektedirler³⁷. Ancak, bizim de katıldığımız görüş, Cumhurbaşkanının böyle bir yetkisinin olmadığı yönündedir³⁸. Bizce de, Cumhurbaşkanının bu listeye siyasi açıdan herhangi bir müdahalesi esas bakımından denetime girer. Esas bakımından denetim ise işlemin siyasi maksada uygunluğu anlamına gelir. Cumhurbaşkanı bu listeyi siyasi maksada uygunluk yönünden denetleyemez³⁹. Çünkü Anayasamız, bakanları belirleme yetkisini Başbakana vermiştir. Başbakan bu belirleme yetkisini, çeşitli kriterleri göz önünde bulundurarak kullanmaktadır. Herşeyden önce, Başbakan, kendisi ile uyum içinde çalışabilecek ve aynı düşünceleri paylaşabilecek kişileri bakan olarak seçmektedir. Ayrıca, Başbakan bu listeye Meclis çoğunluğunun güvenini sağlamayı hedeflemektedir. Cumhurbaşkanının bu listeye müdahalesi Başbakanın Meclis'ten güven oyu alamamasına veya uyum içinde çalışacağı arkadaşlarından yoksun bir Bakanlar Kurulu oluşmasına sebep olabilir⁴⁰.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 210-211.

³⁵ ÖZER, a.g.e., s. 151; TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 131; ARMAĞAN, a.g.e., s. 41.

³⁶ ARMAĞAN, a.g.e., s. 41.

³⁷ Sıddık Sami, İdare Hukuku Umumi Esasları, C. II, İstanbul 1996, s. 733.

³⁸ ARMAĞAN, a.g.e., s. 41; ÖZER, a.g.e., s. 151; KERSÉ, Ahmet, Türkiye'de 1961 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1973; TURHAN, Hükümet Sistemleri ONAR,, s. 131.

³⁹ ARMAĞAN, s. 43.

⁴⁰ ÖZER, a.g.e., s. 151.

Yine böyle bir davranış, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu kuralına aykırıdır. Sorumluluğu olmayan bir kimsenin, bakanların belirlenmesinde bu nevi bir yetki sahibi olması Parlâmenter rejimin kurallarına uygun değildir⁴¹.

Ülkemizde, 1982 Anayasası döneminde kurulan hükümetlerde, parlâmenter rejimin geleneklerine uygun olarak, Cumhurbaşkanları daima Başbakanın belirlemiş olduğu bakanları atamaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, Cumhurbaşkanları, Bakanlar Kurulu listelerine müdahale etmemektedirler.

Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülerek atanan Bakanlar Kurulunun ne zaman kurulmuş olacağı ve göreve başlayacağı konusu doktrinde zaman zaman tartışma konusu olmaktadır. Bu tartışma şu iki nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır: İlk olarak Bakanlar Kurulu ne zaman kurulur ve göreve başlar? İkinci olarak da yeni kurulan Bakanlar Kurulunun, atama ile güven oyu alma işlemi arasında geçen sürede yapacağı işlemlerin neler olduğu konusudur.

Hemen belirtelim ki, bu konuda Anayasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulunun kuruluşu ile ilgili olarak doktrinde bazı yazarlar Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanının atama işlemiyle birlikte kurulmuş olduğunu ve göreve başladığını göreve başlamak için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin güven oyunun beklenmesine gerek olmadığını ifade etmektedirler⁴². Bu görüşü kabul edenlere göre; Bakanlar Kurulu yürütme organının bir parçasıdır ve parlâmenter rejimlerde yürütme organı, yasama organı karşısında bağımsız bir fonksiyon yerine getiren bir organ olarak kabul edilir. Bu nedenle, yürütme organının başı sıfatıyla Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunun kuruluşunu tamamlaması gerekir. Güven oyu Bakanlar Kuruluna ve onun programına meclisin güvendiğini belirten ve ona karşı kullanacağı bir imkandır, dolayısıyla Bakanlar Kurulunun kurulması yasama organının idaresi ve kararına bırakılamaz⁴³. Bazı yazarlar da Bakanlar Kurulunun atama işlemiyle birlikte kurulmuş olduğunu ve fiilen göreve başladığını, ancak resmen göreve başlayabilmek için Bakanlar Kurulunun, Mecliste güven oyu alması gerektiğini kabul etmektedirler⁴⁴.

⁴¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 42.

⁴² bkz. ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 294; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 211, ARMAĞAN, a.g.e., s. 57; ÖZER, a.g.e., s. 155; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 266; ALDIKAÇTI, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1978, s. 335.

⁴³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 57-58

⁴⁴ ARSEL, a.g.e., s. 388; OKANDAN, Recci Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 476.

Bizce de, Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı tarafından Bakanlar Kurulu listesinin uygun görülerek atamaların yapıldığının bildirilmesi ile kurulmuş olur ve göreve başlar. Yeni kurulan Bakanlar Kurulunun güven oyu istemesi göreve başlamak için değildir. Sadece kurulan Bakanlar Kurulunun meclisin güvenine sahip olup olmadığı ve bu Bakanlar Kurulunun göreve devam edip etmeyeceğinin tesbiti içindir⁴⁵.

E. Güven Oyu

Hükümet programının Türkiye Büyük Millet Meclisinde okunması ve görüşülmesinden sonra güven oyuna başvurulur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, güven oyu, Bakanlar Kurulunun göreve başlaması için değil, sadece kurulan Bakanlar Kurulunun göreve devam edip etmeyeceğinin, ya da Millet Meclisinin güvenine sahip bir Bakanlar Kurulunun oluşup oluşmadığının tespiti içindir. Bu nedenle yeni kurulan Bakanlar Kurulunun, göreve devam edebilmesi ve programını uygulayabilmesi için güven oyu alması gereklidir.

1982 Anayasası, görev başlangıcında ve görev sırasında olmak üzere iki çeşit güven oyunu düzenlemiştir. Biz burada ilk önce görev başlangıcındaki yani Bakanlar Kurulunun kuruluşunu izleyen güven oyunu ele alacağız. Görev sırasındaki güven oyu ise Bakanlar Kurulunun sorumluluğu bölümünde ele alacağız.

Görev başlangıcındaki güven oyu Anayasamızda ve T.B.M.M. İçtüzüğünde düzenlenmiştir. Anayasamıza göre, Güven oyu için görüşmeler, programın okunmasından iki tam gün geçtikten sonra başlar ve görüşmelerin bitiminden bir tam gün geçtikten sonra oylama yapılır (m. 110 / 2). Serinleme süresi adı verilen bu sürelerin amacı, program üzerinde görüş bildirecek olan milletvekillerine ve siyasi parti grupları sözcülerine hazırlanmaları için imkan vermek ve oylamaya katılan milletvekillerinin de o anki duygu ve heyecanlarıyla değil, iyice düşünerek oy kullanmalarını sağlamaktır⁴⁶.

16.5.1996 tarih ve 424 sayılı "Millet Meclisi İç tüzüğünün Başlığı ile Bazı Maddelerin Değiştirilmesi ve Bu İçtüzüğe Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkındaki Karar"la İçtüzüğün 105. maddesinin son fıkrası değiştirilmiştir. TBMM İçtüzüğünde yapılan bu değişiklikte görev başlangıcındaki güven oyu 124. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

Bakanlar Kurulu programının Genel Kurulda okunmasından itibaren iki tam gün geçtikten sonra, program üzerinde görüşme açılır. Bu

⁴⁵ TEZİÇ, a.g.e., s. 408.

⁴⁶ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 294.

görüşme sırasında genel hükümler uygulanır.

Görüşmeye ayrılan gün için Danışma Kurulunca Genel Kurula bir özel gündem teklif olunur.

Bu görüşme için söz almak, yeni Bakanlar Kurulu listesine dair Cumhurbaşkanlığı yazısının Genel Kurulda okunmasından sonra mümkündür.

Görüşmelerin bitiminden bir tam gün geçtikten sonra güven oylamasına baş vurulur. Güven oylaması açık oyla genel hükümlere göre yapılır.

Yeni düzenlemeye göre, görev başlangıcındaki güven oylaması bir genel hüküm olan Anayasanın 96. maddesine göre yapılacaktır. Anayasanın bu maddesinin birinci fıkrasına göre, "Anayasa da, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz" Buna göre, Bakanlar Kurulunun kuruluşundan, Meclisten alınacak güven oyunu üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınması zorunlu olmayıp, Mecliste oylamaya katılanların salt çoğunluğunun oy vermesi yeterlidir. Ancak bu sayının da Meclis üye tam sayısının dörtte birinden çok olması gerekir.

II-BAKANLAR KURULUNUN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

A- Güvensizlik Oyu Sebebiyle

Bakanlar Kurulunun Meclisin güvenini kaybetmesi ve kendisine güvensizlik oyu verilmesi halinde görevi sona erer⁴⁷. Bakanlar Kurulunun, gerek kuruluşta gerekse görev sırasında Meclisin güvenine sahip olması gerekir. Yani, Bakanlar Kurulu görevde kaldığı süre içerisinde Meclis çoğunluğunun desteğini almalıdır. Meclis çoğunluğunun güvenine sahip olmayan Bakanlar Kurulunun görevine devam edebilmesi mümkün değildir.

Daha önce belirttiğimiz gibi, siyasi sorumluluğu harekete geçirebilecek anayasal yöntem güven oyudur. Anayasamıza göre güven oyu, görev başlangıcında ve görev sırasında olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Görev başlangıcındaki güven oyu, Bakanlar Kurulunun kuruluşunu izleyen güven oyudur (An.md. 110/2). Görev sırasındaki güven oylaması ise, ya milletvekillerinin ya da Bakanlar Kurulunun teşebbüsü üzerine yapılır. Milletvekillerinin teşebbüsü ile güven oylamasına, gensoru gö-

⁴⁷ ARMAĞAN, a.g.e., s. 105.

rüşmeleri neticesinde başvurulur(An.md. 99). Görev sırasındaki güven oylamasının ikinci türü, Bakanlar Kurulunun teşebbüsü üzerine yapılan ve güven istemi olarak adlandırılan güven oylamasıdır⁴⁸.

Hükümetin görevinin sona ermesini sağlayan güvensizlik oyu esas itibariyle Bakanlar Kuruluna veya onun adına güven isteyen Başbakana verilmektedir. Gensoru görüşmeleri sonucunda da bir bakana güvensizlik oyu verilebilir. Ancak, tek bir bakana verilen güvensizlik oyu hükümetin görevinin sona ermesini gerektirmez⁴⁹.

Bakanlar Kurulunun güvensizlik oyu sebebiyle görevinin sona ermesi şu hallerde söz konusu olabilmektedir:

1. Bakanlar Kurulu görev başlangıcında, Meclisin güvenini almak zorundadır. Bakanlar Kurulu bu güveni alamazsa, yani Meclis Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verirse, görevine devam edemez⁵⁰

2. Yine Başbakan, görev sırasında Millet Meclisinden güven oyu isteyebilir. Başbakanın Millet Meclisinde güven istemi, Anayasamızın 111. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Başbakan, gerekli görürse, Bakanlar Kurulunda görüşükten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisinden güven isteyebilir(An.md. 111/1). Başbakanın bu maddeye göre güven isteminde bulunabilmesi için, belirli bir sebep olması ya da belli bir olayın meydana gelmesi gerekmez. Başbakan "gerekli görürse" güven oyu isteyebilecektir⁵¹.

Bakanlar Kurulunun, Millet Meclisinde güven isteminde bulunmasını gerektiren çeşitli sebepler olabilir. Daha önce açıkladığımız gibi, Bakanlar Kurulu parlamento tarafından desteklenip desteklenmediğini öğrenmek ya da bundan emin olmak için güven isteminde bulunabilir. Bazen de, Bakanlar Kurulu kendi düşünce ve politikalarını kabul ettirebilmek için bu yola gidebilir. Güven oyu verilmezse istifa edeceğini bildirerek, bunu bir baskı aracı olarak kullanabilir⁵². Yine parlâmentonun Bakanlar Kuruluna karşı Anayasada belirtilen denetim yollarını işletmesi sonucu, Başbakan görüşmelerin seyri ve neticesine göre, güven isteminde bulunabilir⁵³.

Başbakanın Anayasanın 111/1 maddesi hükmüne göre güven isteminde bulunması üzerine, Millet Meclisi güvensizlik oyu verirse, Ba-

⁴⁸ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 296.

⁴⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 106.

⁵⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 107.

⁵¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 107.

⁵² ARMAĞAN, a.g.e., s. 108.

⁵³ ARMAĞAN, a.g.e., s. 108.

kanlar Kurulunun görevi sona erer.

3. Bakanlar Kurulunun görevinin sona ermesini gerektiren başka bir ihtimalde, gensoru neticesinde Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verilmesidir.

Gensoru, parlâmenter rejimlerde, yasama organının yürütme organına karşı sahip olduğu en önemli denetim yoludur. Gensoru aracılığıyla, parlâmento, yürütme organının politikasını değiştirme veya onun görevine son verme imkanına sahip olmaktadır⁵⁴.

Gensoru, Bakanlar Kurulunun izlediği genel siyasetin Meclisce uygun görülmediği veya yanlış olduğu düşüncesiyle, Bakanlar Kurulu hakkında ya da bir bakanın kendi bakanlığında izlediği siyasetin Meclisce uygun görülmediği durumlarda, bakan hakkında işletilen bir denetim yoludur⁵⁵. Yani, gensoru ya tek tek bakanlar hakkında verilir ya da Bakanlar Kurulu hakkında verilir.

Gensoru görüşmeleri sonucunda, Bakanlar Kurulu hakkında güvensizlik oyu verilmesi halinde Bakanlar Kurulunun görevi sona erer. Ancak, gensoru sonucunda bir bakan hakkında güvensizlik oyu verilmesi, Bakanlar Kurulunun görevinin sona ermesini gerektirmez, sadece o bakanın bakanlık görevi sona erer.

Gensoru görüşmeleri sonucunda yapılan güven oylamasında ve Başbakanın güven istemi üzerine yapılan güven oylamasında, Bakanlar Kurulunun düşürülebilmesi, T.B.M.M.'nin üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyuyla mümkün olabilmektedir (An.md. 99, 111). Ancak, görev başlangıcındaki güven oylaması için üye tam sayısının salt çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesi gerekmemekte, toplantıya katılanların salt çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesi, Bakanlar Kurulunun düşürülmesi için yeterli olmaktadır (T.B.M.M. İçtüzüğü md. 124 / son, An. md. 96). Ayrıca Bakanlar Kurulunun hazırlamış olduğu bütçenin, Meclis tarafından reddedilmesi halinde de, Bakanlar Kurulunun çekilmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bütçe, bir hükümetin siyasi programının uygulanmasına imkan veren temel hukuki araçlardan biridir. Bütçenin parlâmento tarafından reddedilmesi, Bakanlar Kuruluna güvensizlik anlamına gelir. Bu nedenle bütçesi Meclis tarafından kabul edilmeyen Bakanlar Kurulunun istifa etmesi gerekir⁵⁶.

⁵⁴ ARMAĞAN, a.g.e., s. 109-110.

⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 195.

⁵⁶ ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 240; ÇAĞAN, Nami, "Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesini Parlamenter Kontrolü", Anayasa yargısı, Ankara, 1986,206-207.

"Memleketimizde güvensizlik oyu, koalisyon hükümetlerinin ortaya çıkmasından sonra, iktidar partisi veya partilerine karşı kuvvetli bir tehdit vasıtası olarak kullanılmıştır. İktidardaki partinin, devamlı olarak kendisini, verilecek veya verilebilecek bir güvensizlik oyu tehdidi altında hissetmesi, muhalefette bunu aynı maksatla her fırsatta ileri sürmesi, memleketimizde siyasi hayat dışında, sosyal ve iktisadi hayatı da tedirgin ve huzursuz kılmıştır. İkinci olarak, gerçekten de memleketimizde, zayıf bir çoğunluk hükümeti yıkmakta ya da kurulurken güven oyu vermemekte, ama aynı çoğunluk bir hükümet kurmamakta veya kuramamaktadır. Bu durumun memleketimizde zaman kaybına sebep olduğu ve kalınma hedeflerine doğru yürümeye zarar verdiği açıktır"⁵⁷.

Ülkemizde kabine buhranlarının önlenmesi ve partilerin lüzumsuz kaptislerine engel olunması için⁵⁸, Alman Anayasa sisteminde öngörülen ve adına kurucu güvensizlik oyu denilen müessesenin, bizce de ülkemizde benimsenmesi gerekir⁵⁹.

Alman Anayasasının sistemine göre, Başbakan güvensizlik oyunu Federal Meclis verebilmektedir. Ancak, Federal Meclis güvensizlik oyunu, yeni bir Başbakan seçmek suretiyle verebilir. Eğer Başbakan, Federal Meclisten güven oyu ister de, Federal Meclis güven oyu vermezse, bu durumda, Federal Başbakan, Federal Başkandan Federal Meclisin feshedilmesini isteyebilmektedir. Federal Başkan, Başbakanın bu istemi üzerine yirmi bir gün içinde Federal Meclisi feshedebilir. Ancak bu süre içinde Federal Meclis bir Başbakan seçerse, Federal Başkan Meclisi feshedemez⁶⁰.

B- Güvensizlik Oyu Dışındaki Sebeplerle

Güvensizlik oyu dışındaki sebeplerle de Bakanlar Kurulunun görevi sona ermektedir. Bu durumda Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verilmemekte, Bakanlar Kurulunun görevleri çeşitli sebeplerden dolayı sona ermektedir. Bu sebeplerden önemli bir kısmı, Başbakanın görevinin sona ermesi ile bağlantılı sebeplerdir. Çünkü, hangi sebeple olursa olsun, Başbakanın görevinin sona ermesi, Bakanlar Kurulunun da görevinin sona ermesini gerektirir⁶¹. Bakanlar Kurulunun görevinin, güvensizlik oyu dışındaki sebeplerle sona erme hallerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

⁵⁷ ARMAĞAN, a.g.e., s. 241.

⁵⁸ ARMAĞAN, a.g.e., s. 63.

⁵⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 63.

⁶⁰ ARMAĞAN, a.g.e., s. 217

⁶¹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 114.

1- Çekilme

Başbakanın belli bir hukuki zorunluluk olmadığı halde görevinden ayrılması halinde, Bakanlar Kurulunun görevi sona erer. Bu durumda, Başbakanı görevinden ayrılmaya zorlayan, Anayasanın öngördüğü bir sebep yoktur, ancak o kendiliğinden görevinden ayrılmaktadır⁶².

Başbakanın bu istifası Cumhurbaşkanının kabulüne bağlı değildir. Cumhurbaşkanının, Başbakanın istifasını kabul etmemesi, Başbakanın görevde kalması arzusunu gösterir, bu ise hukuki olmaktan çok, siyasi bir durumdur⁶³.

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanının, Başbakanı görevden alma yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının yetkileri arasında sayılan, Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek yetkisinden, Cumhurbaşkanının Başbakanı görevden alabileceği sonucu çıkarılamaz. Ancak, Anayasanın 109. maddesinin gerekçesi, bunun mümkün olabileceğini ifade etmektedir⁶⁴. Bu gerekçeye göre, "Cumhurbaşkanı, gereğinde Başbakanın ve bakanların görevine usulüne uygun olarak son verir. Hiç şüphesiz ki Cumhurbaşkanı parlâmenter rejim gereği Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin güvenine haiz bir Başbakanı azledemez, o zaman çoğunlukla ihtilafa düşmüş olur, tarafsızlık niteliğini yitirir. Hüküm ender de olsa T.B.M.M.'de 105 ve 28. maddeler uyarınca güvensizlik oyu alan ve 132/1 maddesinin uygulanmasını istemeyen ve istifada etmeyen bir Başbakan düşünüldükçe konmuştur. Bu anda krizin tek çözüm yolu Cumhurbaşkanının, Başbakanın görevine son vermesidir."

Ancak bu gerekçe artık bütünüyle anlamını yitirmiştir. Şöyle ki, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısında, Başbakanın "usulüne uygun olarak Cumhurbaşkanınca görevine son verilebilir" ifadesi yer almaktaydı. Fakat bu ifade Danışma Meclisi tarafından madde metninden çıkarılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Milli Güvenlik Konseyi tarafından da benimsenmiştir. Gerekçe değiştirilmediğinden, bu şekliyle Anayasamızda yer almıştır⁶⁵. "Ayrıca Danışma Meclisi tasarısında (md. 124) Başbakanın isteğine bağlanmış olan meclis seçimlerinin Cumhurbaşkanınca yenilenmesi yetkisi, Anayasada (md. 116) doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Dolayısıyla, gerekçede değinilen durumun, yani güvensizlik oyu almış bir Başbakanın ne istifa etmesi ne de Cumhurbaşkanından seçimlerin yenilenmesini istemesi halinin ortaya çıkması mümkün değildir. Böylece gerekçe, anlamını tamamen yitirmiş olmakta-

⁶² ARMAĞAN, a.g.e., s. 114.

⁶³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 217.

⁶⁴ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 308.

⁶⁵ TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 127-128.

dır⁶⁶. Başbakan çeşitli sebeplerle görevinden ayrılabilir. Bunlar arasında sağlık sebeplerini, siyasi sebepleri ve özellikle koalisyon hükümetlerinde, koalisyon ortağı partiler arasındaki uzun süren görüş ayrılıklarını sayabiliriz⁶⁷.

2- Meclis Seçimleri

Genel seçimler sonucunda, yeni Meclisin toplanması ile Bakanlar Kurulunun görevi sona erer. Bu husus Anayasamızda düzenlenmemiştir, ancak bu parlâmenter sistemin yerleşmiş bir geleneğidir⁶⁸. Ülkemizdeki uygulamada bu yöndedir.

3-Meclis Seçimlerinin Cumhurbaşkanı Tarafından Yenilenmesi

Cumhurbaşkanınca seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Bakanlar Kurulunun görevi sona erer. Anayasamızın 114. maddesinin ikinci fıkrasına göre, seçimlerin yenilenmesine karar verildiğinde, Bakanlar Kurulu çekilir ve Cumhurbaşkanı geçici Bakanlar Kurulunu kurmak üzere bir Başbakan atar.

4- Yüce Divana Gönderme

1982 Anayasasına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla Yüce Divana verilen bir bakan bakanlıktan düşer. Hakkında Meclis soruşturması açılan Başbakanın Yüce Divana sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılır. (An. md. 113/3). 1961 Anayasası konuyla ilgili maddesinde, sadece Yüce Divan'a sevk edilen bir bakanın bakanlıktan düşeceğini belirtmekle yetinmiştir. (1961 An. md. 106/3) Ancak, 1961 Anayasası döneminde de, her ne kadar Anayasada açık bir düzenleme olmamasına rağmen, Başbakanın Yüce Divan'a sevki halinde Bakanlar Kurulunun görevinin sona ereceği doktrinde kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, " Bu madde de sadece "bakan" dan bahsetmesi böyle bir tefsire engel teşkil etmez: Başbakan da bir bakandır. İkincisi, bakan seviyesinde bir kimse- nin, Yüce Divan'a sevk edilme kararından sonra bakanlıktan düşmesi istendiğine göre, Başbakanın evleviyetle aynı neticeye uğraması kabul edilmelidir"⁶⁹

5-Başbakanın Ölümü

Başbakanın ölümü halinde de Bakanlar Kurulunun görevi sona erer.

⁶⁶ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 309.

⁶⁷ ARMAĞAN, a.g.e., s. 114.

⁶⁸ ARMAĞAN, a.g.e., s. 113.

⁶⁹ ARMAĞAN, a.g.e., s. 115

6- Başbakanın Milletvekilliği Görevinin Sona Ermesi

Başbakanın milletvekilliğinin sona ermesini gerektiren sebepler, Bakanlar Kurulunun da görevinin sona ermesini gerektirir. Çünkü , Anayasamıza göre, Başbakanın Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olma zorunluluğu vardır (An. md. 109/2) .Anayasamızda öngörülen milletvekilliğinin sona erme sebeplerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz :

i- Çekilme

ii- Mahkumiyet

iii- Kısıtlanma

iv- Milletvekilliğiyle Bağdaşmayan Bir Görev Kabul Etme

v- Meclis Çalışmalarına İzinsiz ve Özürsüz Katılmama

vi-Milletvekilinin Partisinin Kapatılmasına Sebep Olması

SONUÇ

Parlâmenter rejim bir bakıma, ülkeyi Bakanlar Kurulunun yönettiği bir sistem olarak tanımlanabilmektedir. Gerçi bu sistemde, yürütme parlâmentonun destek ve güvenine dayanmaktadır, ancak, bir partiler demokrasisi olan modern parlamentarizmde, hükümet yasama organında çoğunluğu sağlayan bir partinin veya partiler koalisyonununun hükümeti olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda parlâmento çoğunluğuna ve hükümete aynı siyasi görüş hakim olmaktadır.

1982 Anayasasında Bakanlar Kurulu, siyasi programını gerçekleştirebilecek, gerekli düzenleme yetkileri ile donatılmıştır. Bunlardan en önemlisi kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisidir. (An. md. 91). Bunun yanında, Bakanlar Kurulu, kanun tasarıları hazırlamak (An. md. 88), tüzük çıkarmak (An. md. 115), bütçeyi hazırlamak (An. md. 162, 163), mali yükümlülükler koymak (An. md. 73/4, 167/2) ve çeşitli konularda düzenleyici kurallar getirebilmek yetkisine sahiptir.

Parlâmenter bir hükümet sistemini benimsemiş olan 1982 Anayasasında yürütme yetkisinin asıl sahibi Başbakan ve Bakanlar kuruludur. 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı bir ölçüde güçlendirilmiştir. Ancak, Anayasa Cumhurbaşkanı yürütme dengesini bozacak ölçüde güçlendirmemiştir. Çünkü , Anayasamız Cumhurbaşkanı'nın işlemleri bakımından karşı-imza kuralına yer vermiştir. Karşı imza kuralı gereğince, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemleri dışındaki, bütün işlemlerinden ilgili bakan veya Başbakan sorumlu olmaktadır. Görüldüğü gibi, karşı imza kuralı da yürütme yetkisinin gerçekte devlet başkanında değil,

yürütme organının sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulunda olduğunu ifade etmektedir.

Hükümetin kurulmasında esas çözümün siyasi partilerce bulunması gerekir. Siyasi partilerin hükümetin oluşturulmasında kendi üzerlerine düşen görevleri yerine getirmeleri ve bu konuda ülke menfaatleri ön planda tutulmalıdır.

Mecliste, hiçbir partinin çoğunluğu sağlayamadığı durumlarda, Cumhurbaşkanının hükümeti kurma görevini ilk olarak, en çok oyu almış ve Mecliste en çok milletvekiline sahip partinin genel başkanına vermesi, Cumhurbaşkanlığı makamının tarafsızlığını gerçekleştirmesi bakımından en iyi çözümdür. Ancak, en çok milletvekiline sahip partinin genel başkanı hükümeti kuramayacağını biliyorsa bu görevi kabul etmemesi de bir siyasi ahlak gereğidir.

Yürürlükteki mevzuat Bakanlar Kuruluna çoğu kez ayrıntılı sayılabilecek konularda karar verme görevi yüklemiştir. Bu görevlerden çok büyük bir bölümü, Bakanlar Kurulu dışında, daha alt düzeyde kararlaştırılabilecek konulardır. Bu görevler, Bakanlar Kurulunu gereksiz yere uğraştırmakta ve ağır yük altında bırakmaktadır. Bakanlar Kurulunu gereksiz yere uğraştırmakta olan bu görevlerin büyük bir bölümünün bakanlıklara verilmesi gerekir.

1982 Anayasasında, bakanların parlâmentoya karşı olan sorumluluklarının yanında Başbakana karşı da sorumlu oldukları belirtilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak Başbakana, bakanların görevden alınmasını Cumhurbaşkanından isteme yetkisi de tanınmıştır. 1982 Anayasası ile getirilen bu yenilikler, Başbakanın Bakanlar Kurulu içindeki durumunu güçlendirmiş ve onu "eşitler arasında birinci" durumundan çıkarıp, Bakanlar Kurulunun gerçek lideri durumuna getirmiştir. Başbakanın Bakanlar Kurulu içindeki otoritesinin güçlendirilmesi yönündeki bu düzenlemeleri, parlâmenter rejimdeki çağdaş gelişmelere uygun düzenlemeler olarak kabul etmek gerekir.

TÜRKİYE-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ*

Doç.Dr. Vahit DOĞAN**

I. Genel Olarak

Dünyamız, NAFTA-KEİ-AB gibi bölgesel entegrasyon hareketlerinin önemli gelişmeler kaydettiği bir dönemi yaşamaktadır. Bu hareketlerin en başarılı örneği, çağdaş Avrupa entegrasyonu olan Avrupa Birliğidir.

Tarihi süreç içinde dünyanın değişik bölgelerinde değişik zamanlarda birlik fikirleri ortaya atılmış ve uygulanmaya çalışılmıştır. Eski dönemlerde birlik fikirleri askerî veya dinî sebeplere dayanıyordu. Ancak, askerî veya dinî sebeplere dayanan birlik fikirlerinin sonu hep hüsrana biten birer maceraya niteliğinde kalmışlardır. Bunun en son örneği doğu-batı bloklaşmasıdır.

Acı tecrübelerin yaşanmasına neden olan askerî ve dinî birlik hareketlerinden, ülkeler arasında karşılıklı menfaat dengelerini esas alan *ekonomik birlikleri* ön plana çıkarmıştır. Neticede 2. Dünya savaşı sonunda artık yüksek sesle telaffuz edilen ve gittikçe taraftar toplayan Avrupa'da birlik fikri, Almanya, Fransa, Belçika, Lüksemburg, İtalya ve Hollanda'dan oluşan 5 Avrupa devletinin bir araya gelerek 18 Nisan 1951'de Paris'te imzaladıkları AKÇT ile hukukî alanda sonuç alınmış bir hareket olarak gün ışığına çıkmıştır. Bu topluluğun zaman içinde başarılı olması, üye ülkeler arasında diğer alanlarda da birlikte hareket etme fikrinin oluşmasına vesile olmuştur. Bu amaçla 1958 yılında üye ülkeler, Atom enerjisinin barışçıl amaçlarla kullanılmasını hedefleyen AAET ve üye ülkeler arasında ekonomik yaklaşmayı ön plana çıkaran AET'yi kurmuşlardır. Özellikle ekonomik birliğe hedefleyen AET'nun kurulması ile Avrupa'daki birlik fikri yeni bir boyut kazanmıştır.

1958'den itibaren Topluluk hareketi yeni bir ivme kazanmış ve ekonomik ilişkiler ön plana alınarak dikey entegrasyona ağırlık verilmiştir. Başka bir anlatımla, üye ülkeler arasındaki iktisadî, sosyal, siyasal ve hukukî alanda uyum çalışmalarına ağırlık verilmiştir. Bunun ilk neticesi üye ülkeler arasında 1969 yılında gerçekleştirmeyi hedefledikleri **Gümrük Birliği** öngörülen süreden bir yıl önce 1968 yılında gerçekleştirilmiştir. Topluluk hareketi bu başarıdan sonra uyum çalışmalarına daha da hız vermiştir.

Avrupa Toplulukları üye ülkeler arasında uyum sağlanması çalışmalarının yanı sıra, coğrafi anlamda da genişlemeye başlamıştır. İlk genişleme

* 10 Nisan 2000 Tarihinde S.Ü. Hukuk Fakültesinin Düzenlemiş Olduğu "Türkiye-AB İlişkilerinin Dünü-Bugünü-Yarını" Konulu sempozyumda sunulmuştur.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1973 yılında İngiltere, İrlanda, Danimarka'nın katılımı ile, ikinci genişleme 1981 yılında Yunanistan'ın katılımı ile, üçüncü genişleme 1986 yılında İspanya ve Portekiz'in katılımı ile olmuştur. Topluluk bu aşamaya kadar ki katılmalarda, katılan ülkelerin *ekonomik durumlarının iyi olmadığı bu sebeple ticaretin serbestleştirilmesinden doğacak yükümlülükleri hemen kaldıramayacakları gerekçesi ile bu ülkelere belli bir uyum süresi verilmesinin uygun olacağını kabul etmiştir. İngiltere, Danimarka, Norveç ve Yunanistan için 5 yıllık uyum dönemi, İspanya ve Portekiz'in ekonomik durumlarının daha kötü olduğu kabul edildiğinden bunlara 8 yıllık bir uyum süresi verilmesinin uygun olacağı kabul edilmiştir.*

Bu dönemle ilgili olarak çok önemli bir hususun altının çizilmesinde fayda vardır. Topluluğun ilk genişleme döneminde Norveç Topluluk ile katılma anlaşması imzalamış olmasına rağmen, anlaşmayı halkoyuna sunmuş, oylama sonucu %53 oranında Topluluğa katılmama yönünde çıkmıştır.

Avusturya, İsveç ve Finlandiya'nın 1 Ocak 1995 tarihinde Topluluğa tam üye olarak katılması ile birlikte Topluluk 15 (on beş) üyeli hale gelmiştir. **Norveç, Topluluk ile imzaladığı katılma anlaşmasını ikince defa Kasım 1994'de halkoyuna sunmuş ve Norveç halkı, Topluluğa katılmayı %52 oy oranı ile ikinci defa reddetmiştir.**

Avrupa Topluluğu, yeni katılan üyelerin Topluluğa tam entegre olabilmesi ve kendi iç dinamiklerindeki bir kısım problemleri aşabilmesi için genişleme hareketine belli bir süre ara vermesi gerektiğini açıklamıştır. Bu sürenin sonunda (2005) Topluluğa tam üye olmaya aday ülkeleri (11 ülke aday ülke olarak kabul edilmiştir) de tespit etmiştir. Tam üyeliğe aday olarak kabul edilen ülkeler daha ziyade eski doğu bloğu üyesi ülkelerdir.

II. Türkiye Topluluk İlişkilerinin Tarihi Gelişim

A) Genel Olarak

Türkiye, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden kısa bir süre (19 ay) sonra Anlaşmanın 238. maddesi uyarınca Avrupa Ekonomik Topluluğuna ortak üye (associate member) olmak için 31 Temmuz 1959 tarihinde Topluluklar Konseyine başvurmuştur. Ancak, burada hemen bir hususun açık olarak ifade edilmesinde fayda görüyoruz: Türkiye'nin, Avrupa Ekonomik Topluluğuna ortak üye olarak müracaat etmesinin nedeni, Topluluğu iyi irdeleyip Türkiye'nin menfaatine olduğu yönünde bir değerlendirme yapmış olması değildir. Aksine, 15 Mayıs 1959'da Yunanistan'ın Avrupa Topluluklarına ortak üyelik başvurusunda bulunmuş olmasıdır. Türkiye'nin, Yunanistan'ı yalnız bırakmamak düşüncesi ortaklık başvurusunun yapılmasında

en büyük etkenlerden birisidir. Türkiye'nin bu düşüncesi başarıya ulaşmış ve Topluluk, 21 Nisan 1959'da her iki ülkenin müracaatlarının paralel süreçte ele alınmasını kararlaştırmıştır. Nihayet 11 Eylül 1959 tarihinde AET Bakanlar Konseyi toplantısında Türkiye'nin talebi olumlu karşılanmış ve Komisyon ile Türkiye arasında ortaklık şartlarının belirlenmesi için görüşmelere başlanmıştır.

12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında ortaklık anlaşması imzalanmıştır. Ortaklık ilişkilerini kuran Ankara Anlaşmasının 28. maddesi "**Anlaşmanın işleyişi, topluluğu kuran anlaşmadan doğan yükümlülüklerin tümünün Türkiye tarafından üstlenilebileceğini gösterdiğinde, âkit taraflar Türkiye'nin topluluğa katılması olanağını incelerler**" hükmünü ihtiva etmektedir. Ankara anlaşmasının bu hükmü, Topluluk ile Türkiye arasında tam üyeliğe matuf bir ortaklık ilişkisi kurmakla beraber, tam üyeliğin anlaşmada belirlenen şartların Türkiye tarafından yerine getirilmesi halinde otomatik olarak değil, aksine bir katılma anlaşmasına istinaden ortaya çıkacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla Anlaşmada, Topluluk ile Türkiye arasındaki ilişkilerde ilk hedefin *Gümrük Birliği* olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda Topluluk ile Türkiye arasında Gümrük Birliğinin sağlanabilmesi için, hazırlık dönemi-geçiş dönemi ve son dönem olmak üzere üç dönem öngörülmüş ve bu üç dönemin hangi sürelerde tamamlanacağı da anlaşmada karara bağlanmıştır. Bu dönemler zarfında Türk ekonomisi topluluk ekonomisine uyum sağlayacak ve öngörülen süre içinde topluluk ile Türkiye arasında Gümrük Birliği gerçekleşecektir. 1973 Yılında Ankara Anlaşmasının işleyişine yönelik Katma Protokol imzalanmıştır. Katma Protokolde Türkiye Topluluktan bir kısım tavizler elde etmiştir.

O halde denilebilir ki, *Ankara anlaşması ve Katma Protokol Türkiye ile Topluluk arasında Gümrük Birliğine dayanan bir ortaklık ilişkisi kurmayı hedeflemiştir.*

B) Gümrük Birliği Aşaması

Nihayet, Ankara anlaşması ve Katma Protokolde öngörülen sürelerin dolması ve Türkiye'nin öngörülen yükümlülükleri, en azından formel anlamda önemli ölçüde yerine getirdiğinin tespit edilmesinden sonra, Ortaklık konseyinin 1/95 sayılı kararı ile 1 Ocak 1996 tarihinden başlamak üzere Türkiye ile Topluluk arasında Gümrük Birliğinin gerçekleştiği kabul edilmiştir.

Bu dönemde toplumun hemen bütüm kesimlerinde, Topluluk ile Türkiye arasında Gümrük Birliğinin gerçekleştirilmesinin, Topluluğa tam üyelik hususunda büyük bir avantaj sağlayacağı yolunda hakim bir kanaat

bulunmaktaydı. Ancak, durumun gerçekte öyle olmadığı kısa zamanda anlaşıldı. Bu hususta ilk resmi açıklama dönemin Topluluk Türkiye temsilcisi Michael Lake tarafından Nisan 1995'de Konya'da yapıldı. Büyükelçi, Hukuk Fakültesince tertip edilen sempozyumda **“Gümrük Birliğini başka oluşumlarla karıştırmamak gerektiğini ifade etti. Büyükelçiye göre, Gümrük Birliği gümrük Birliğidir. Tam üyeliğin ne ön şartı ne de son şartıdır”**. Bu ilk açıklamadan sonra Topluluğun resmi görüşünün de aynı doğrultuda olduğu ortaya çıktı. Şöyle ki, 1997 Yılında yapılan Devlet ve Hükümet başkanları zirvesinde Topluluğun ileriye dönük genişleme planının açıklandığı toplantıya Türkiye davet edilmedi. Türkiye toplantıya gözlemci ülke statüsünde kabul edildi. Toplantı sonunda yapılan açıklamada, Türkiye'nin tam üyeliği ile ilgili bir açıklamaya da yer verilmedi. Dolayısıyla, Türkiye'nin Topluluğa tam üyeliği hususunda herhangi bir süre söz konusu değildir.

Gümrük Birliği nedir? Çok genel bir tanımlamayla, **üye ülkeler arasında Gümrük vergilerinin ve eş etkili vergilerin kaldırılmasıyla malların serbest dolaşımının sağlanması ve üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifelerinin uygulanmasıdır**. Başka bir anlatımla GB. Dış görünüşü itibarıyla üçüncü ülkelere karşı OGT'nin uygulanması iç görünümü itibarıyla da, malların serbest dolaşımına engel olacak vergilerin, eş etkili vergilerin ve miktar kısıtlamalarının kaldırılmasıdır.

Avrupa Topluluğunda GB'nin sağlanmasındaki amaç, üye ülkeler arasında tam anlamı ile bir iç Pazar oluşturmaktır. İç pazarın oluşturulabilmesi için malların serbest dolaşımının sağlanması ve üçüncü ülkelere karşı OGT'nin uygulanması yeterli olmayacaktır. Bunun üye ülkeler arasında bir iç pazarın oluşturulmasına hizmet edecek olan **ORTAK TİCARET POLİTİKALARI** ile de desteklenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu husus Avrupa Topluluğu Anlaşmasında açık olarak ifade edilmiştir. Buna göre, **“içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşımının anlaşma hükümlerince güvence altına alındığı, iç sınırların bulunmadığı alan iç Pazar”** olarak ifade edilmiştir (ATA.m.7/a-2). Bu hükümde de görüldüğü gibi, iç pazarın oluşmasında yalnızca fiziki sınırların kaldırılması esas alınmamış, bunların yanında mevzuatın öngördüğü bütün sınırlamalar ve kısıtlamaların kaldırılması kastedilmiştir. Aynı hüküm, **iç pazarın sağlanmasına yardımcı olacak serbestileri bir bütün olarak nazara almıştır. Özellikle ikincil hukukî düzenlemelerde hizmetlerin serbest dolaşımı, malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı birbirine karışmış durumdadır**. Başka bir anlatımla sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili bir düzenleme de hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili bir hükme veya yerleşme serbes-

tisi ile ilgili bir hükme rastlamak mümkündür. İç pazarın oluşturulmasına hizmet eden ağırlıklı konu malların serbest dolaşımıdır. Malların serbest dolaşımının temeli ise, **Gümrük Birliğine** dayanır. ATA m.9 gümrük birliğini üye devletler arasında ithalat ve ihracat gümrük vergileri ile eşetkili resimleri kapsadığı gibi üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifesi uygulamayı da kapsamına alacağı ifade edilmiştir. Aynı anlaşmada Gümrük Birliğinin gerçekleşmesi için, yalnızca üye ülkeler arasında gümrüklerin kaldırılmasının ve üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifelerinin uygulanmasının yeterli olmadığı, üye ülkelerin ticaret (m.110-115) ve rekabet politikaları(m.85-91), devlet tekellerini ve devlet yardımlarını da ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, **Anlaşmada iç pazarın oluşmasını hedefleyen bir gümrük birliği, sadece gümrük duvarlarının kaldırılması, üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifelerinin uygulanması ile gerçekleşmeyeceği, bunların yanında ortak ticaret politikalarının oluşturulmasının da gerekli olduğu kabul edilmiştir.** Ortak ticaret politikalarının oluşturulmasında, üçüncü ülkelerle ve bloklarla veya uluslararası örgütlerle anlaşmalar yapılması, üçüncü ülkelerin damping-sübvansiyon gibi dürüst olmayan uygulamalarına karşı üye ülkelerin korunmasına yönelik önlemlerin alınması, **özellikle üçüncü ülkelerden yapılan ithalatın ortak düzenlemelere bağlanması, üçüncü ülke kökenli mallarda üye ülke kökenli üreticilerin korunması için teknik mevzuatın oluşturulması burası bakımından ayrı bir önem arz etmektedir.** Ortak Gümrük tarifelerinin belirlenmesinden sonra üçüncü ülke kökenli malların üye ülkelere girişine ve üye ülke üreticileri ile haksız rekabet etmelerine engel olabilecek tek araç, **teknik mevzuata uygunluğun aranmasıdır ve teknik mevzuatın kapsamlı olarak düzenlenmesidir.**

Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliği sağlanmış olmasına rağmen, Türkiye Birliğin teknik mevzuatına uygun düzenlemeler yapmış ve bu düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamış mıdır?

Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı kararı ile gerçekleşen GB. Türkiye'ye ne gibi yükümlülükler getirmektedir. Türkiye Birliğin OGT.ne uyacak, üçüncü ülkelerle Birliğin yapmış olduğu tercihli anlaşmalar rejimini kabul etmesi, topluluğun ticaret politikasını ve ortak gümrük tarifelerini kabul etmesi gibi yükümlülükleri yerine getirecektir. Ayrıca, ticarette teknik engelleri kaldıracaktır.

Türkiye, GB kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeye çalışmaktadır. Türkiye açısından önemli olan iki husus bulunmaktadır.

1) 2/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile Üçüncü ülke kökenli mallarda Ortak Gümrük tarifelerine uyum hususunda 5 yıllık bir süre öngörülmüştür. Dolayısıyla, kararda belirtilen üçüncü ülke kökenli mallar bakımından OGT.nin üzerinde vergi uygulayabilmekteydi. 5 Yıllık sürenin sonunda, yani 31 Aralık 2000 tarihinde kararda tespit edilen mallar bakımından Ortak Gümrük Tarifelerinin uygulanması zorunlu olacaktır.

2) 1/95 Sayılı Gümrük Birliği kararının 8-11 maddeleri arasında ticarete teknik engellerin kaldırılması hususundaki Topluluk müktesebatını kararın yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıllık sürenin sonunda iç mevzuata dahil etme yükümlülüğü altına girmiştir.

Teknik engeller hususundaki mevzuat uyumunun sağlanması GB kapsamındaki malların standartlar yönünden herhangi bir engelle karşılaşmaksızın Birlik üyesi ülkelere ihraç edilebilmesi, iç pazarın üçüncü ülkelerin haksız rekabetine karşı teknik mevzuatla korunabilmesi için gereklidir. Hatta, Topluluğun teknik mevzuatına uygun olmayan malların ülkede satılmasının da mümkün olmayacağını savunanlar bulunmaktadır. Bunlara göre, teknik mevzuata uygun olmayan malların ülkede satılması, rekabetin kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Bu durumda diğer üye ülkelerin üreticilerinin şikayeti ile karşılaşmak imkan dahilindedir. Böyle bir olayla karşılaşmamak için, Türk üreticisinin Birliğin teknik mevzuatının öngördüğü şekilde üretim yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Oysa Türkiye’de henüz birliğin teknik mevzuatına uyum sağlanamamıştır. Üreticilerin de böyle bir olayla karşılaşacaklarını düşündüklerini sanmıyorum.

Türkiye, gecikmiş olmasına rağmen, bu iki hususta gereken tedbirleri zaman kaybetmeden almak zorundadır. 1/95 sayılı GB kararından sonraki 5 yıllık süre 31 Aralık 2000’de, yani bu yılın sonunda tamamlanmaktadır.

Uluslararası ticaret hukukunda kabul edilen en eski ve en geniş kapsamlı ilkelerden birisi **ticaret serbestisi** ilkesidir. Buna göre, taraf devletler kendi durumlarını nazara alarak bu ilkeyi kendi ülkelerinde uygulamakta serbesttirler. Buna rağmen, ticaret serbestisi ilkesi, ülke içinde ve diğer ülkelerle sınırsız bir ticari faaliyete girme hakkını veren bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bu ilke, uluslararası alanda teorik olarak kabul edilen bir ilke olarak kalmaktadır. Çünkü, devletler, egemenliklerini kullandıkları alanlarda kendi menfaatlerini nazara alarak bu ilkeyi kısıtlayıcı düzenlemeler yapabilmektedirler.

Uluslararası alanda Devletlerin yetkilerini kullanmasını idare eden ilkelerden birisi de egemenliktir. Egemenlik ile bağımsızlık çoğu kez

birbirine karışmakta ve birinin yerine değeri kullanılabilir. Uluslararası alanda devletin egemenliğini kullanacağı alanın kendi ülkesi ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bir devletin diğer bir devletin egemenlik alanına müdahale edebilmesi ancak onun rızası ile mümkün olabilir.

Uluslararası ticaret hukukunun başlıca kaynaklarından birisi, devletlerin yapmış oldukları anlaşmalardır. Bir devletin uluslararası alanda yapmış olduğu anlaşmalar ve bu anlaşmalar yolu ile üstlenmiş olduğu yükümlülükler devletlerin mutlak egemenliğine getirilmiş sınırlamalar olarak görülmektedir. Ancak, devletler milletlerarası anlaşmalar yolu ile de olsa egemenlikten doğan yetkilerini kullanmaktan sürekli olarak feragat etmemektedirler. **Devletler hukukunda, ekonomik egemenliğin bağımsızlığın temel şartlarından birisi olduğu ve devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Siyasi, ekonomik ve askeri egemenlik olmadan, salt hukuki manada egemenliğin ve dolayısıyla bağımsızlığın bir mana ifade etmeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.**

Avrupa Birliği- Gümrük Birliği ilişkisinde aynı şeylerin söylenebilmesi mümkün müdür? Başka bir anlatımla **Avrupa Birliğine tam üye olmak veya Gümrük Birliğine dahil olmak devletin egemenlikten doğan yetkilerinden feragat anlamına gelir mi?** Topluluğa tam üye olmadan Gümrük Birliğine dahil olan tek ülke Türkiye olduğu için, önce tam üyelik aşamasının değerlendirilmesinde fayda görüyoruz.

Doktrinde hakim görüş, tam üyelik halinde egemenlikten feragat yoktur. Devletler, Topluluğun yetkili organları lehine egemenlikten doğan yetkilerini kullanmaktan feragat etmektedirler. Başka bir anlatımla bu durumda yetki terki ve ihdası söz konusudur. Topluluğun amacına ulaşmak için karar alma yetkisinin kendi yetkili organlarında olması gereken durumlarda, devletler yetkilerinden feragat etmekte ve bu konularda Topluluğun organlarına yetki ihdas etmektedirler. Yukarıda da açık olarak ifade etmeye çalıştığımız gibi, devletlerin uluslararası anlaşma yapmaları durumunda yapılan her bir anlaşma devletlerin egemenliğini kullanmalarına getirilmiş birer sınırlama niteliğindedirler. Burada, egemenlikten doğan yetkilerin kullanılmasından feragat ederken, kendilerinin de içinde bulunduğu bir organa gerektiğinde kullanılmak üzere yetki ihdas etmektedirler. Dolayısıyla, doktrindeki hakim görüşe göre, tam üyelik halinde egemenlikten feragat olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Gümrük Birliği halinde ise, Topluluklar ile tam üyelik gerçekleşmeden "Gümrük Birliğinin" sağlandığı durumlarda (ki bu hal yalnızca Türkiye için geçerlidir), yukarıda bahsedilen yetki terki ve ihdası görüşü kabul edile-

bilir mi? Yetki terki ve ihdası görüşünün Gümrük Birliği hali için kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü, Gümrük Birliğinden beklenen amacın gerçekleşebilmesi için ortak hareket edilmesi gereken konularda karar alma yetkisi Topluluk Organlarına devredilmektedir. Başka bir anlatımla Gümrük Birliği halinde, Ülkenin uluslararası ticareti hususunda karar alma yetkisinden feragat edilmesine rağmen (tam üyelikte olduğu gibi), karar organlarında bulunma imkanı yoktur (tam üyelikten farklı olarak)*. Böyle bir durum ise, devletin egemenlikten doğan yetkilerinin belli oranda Topluluk organları lehine açık olarak terki niteliğindedir. Topluluk yetkili organlarının dış ticaret ile ilgili olarak almış olduğu veya alacağı kararlar (Ortak Gümrük Tarifeleri, tercihli ticaret anlaşması yapmak gibi) Türkiye'yi de bağlayıcı niteliktedir. Ancak, Tek Pazar ve Maastricht anlaşmalarından sonra Topluluk organlarına verilen yetkiler uluslararası ticaretle sınırlı kalmamış, buna ilave olarak bir kısım sosyal ve siyasal Topluluk yetki alanına alınmıştır (özellikle tam üyelik müracaatının görüşülmesinden sonra yayınlanan raporda ve Gümrük Birliği kararının alınmasından sonra tavsiye niteliğinde alınmış kararlarda Türkiye'nin sosyal ve politik konularda nasıl davranması gerektiği yönünde tavsiye niteliğinde olduğu kabul edilen, ancak gerçekte yönlendirme niteliğinde kararlar alınmıştır). Bu hal ise, Türkiye'nin egemenlik hakkına doğrudan müdahale niteliğindedir. Türkiye, Topluluk üyesi olmayan veya Topluluğun öncelikli ticaret anlaşmaları yapılmasını uygun görmediği herhangi bir ülke ile serbest ticaret anlaşması veya karşılıklı gümrüklerin indirilmesine yönelik bir anlaşma imzalayamaz. Başka bir anlatımla Türkiye, iç pazarın tam anlamıyla oluşumunu engelleyici nitelikte uluslararası bir yükümlülük altına giremez. Bu hal ise, Türkiye'nin egemenlik hakkından feragat ettiğini açık olarak göstermektedir. Hatta doktrinde bir kısım yazarlar, Topluluk ile yapılan Gümrük Birliğinin Osmanlı imparatorluğunun son dönemlerinde batılı ülkelere verdiği en büyük kapitülasyonlarla eş değerde olduğu yönünde görüş bildirmektedirler. Bize göre ise, **karar mekanizmalarında olmadığımız bir organ tarafından alınan kararların Türkiye'nin dış ticaretine yön vermesi, en azından bu alanda egemenlik hakkından vazgeçmek sonucunu doğurmaktadır ki, bu kabul edilebilir bir durum değildir.**

Avrupa topluluklarını diğer uluslararası örgütlerden ayıran temel özellik, diğer uluslararası örgütlerin daha ziyade üye ülkeler arasındaki işbirliğini gerçekleştirme amacına hizmet etmek gayesi ile kurulmuş olmalarına rağmen, Avrupa Toplulukları ekonomik ve giderek sosyal ve siyasal bütün-

* Topluluk Türkiye'yi ilgilendiren konularda karar alacak ise, Türkiye ile Topluluk arasındaki ilişkilerde yardımcı olmak amacı ile kurulmuş olan istişare kuruluna alınmak istenen karar hakkında bilgi verecek, istişare kurulunun bu konuda vereceği karar, Topluluk yetkili organları tarafından nazara alınabilecektir.

leşme amaçlarına hizmet etme gayesi için kurulmuş olmasıdır. Bu farklılık Avrupa Topluluğunu ya da Avrupa Birliğini uluslar üstü yetkilerle donatılmış bir örgüt olarak ortaya çıkmasında kendini göstermiştir. AT'nun kurulmasında yatan bu özellikler hukuk düzenlerine de yansımış ve bazı bakımlardan bir devletin hukuk düzenini andıran bir yapılanma meydana getirilmiş, kendi hususiyetleri olan bir hukuk düzeni oluşturulmuştur. Topluluk hukukunun diğer uluslararası örgütlerin yaptıkları hukuki düzenlemelerden esas itibariyle iki önemli noktada ayrıldığı görülmektedir. **Bunlardan ilki, Topluluk hukuk kurallarının bir kısmı üye ülkelerde doğrudan uygulanmak zorundadır. İkincisi ise, topluluk hukuk kuralları ile üye ülkelerin hukuk kuralları arasında bir çatışma olduğu durumlarda, hatta Topluluk hukukunun normu ile çatışan hüküm üye ülke Anayasasının bir hükmü olsa dahi, Topluluk hukuk kurallarına üstünlük tanınmaktadır.** Bu durum Topluluk hukukunun önselliği şeklinde ifade edilmektedir. Topluluk hukukunun önselliği ile, Topluluk hukukunun supranational (uluslar üstü) niteliği arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Topluluk hukukunun önselliği meselesi, üye ülke hukuk düzenleri ile Topluluk hukuk düzeni arasında bir çatışma olması halinde kendini göstermekte ve Topluluk hukuku lehine sonuçlar doğurmaktadır. Oysa Topluluk hukukunun uluslar üstü niteliği, başka bir ifade ile, doğrudan uygulanabilirliği, Topluluğu kuran antlaşmalara dayanılarak Topluluğun yetkili organları tarafından çıkarılan hukuk kurallarının milli kanun koyucunun her hangi bir iradesine gerek kalmadan da etki ve sonuç doğurmaları halini ifade etmektedir. Topluluk hukukunun önselliği hususunda Topluluğu kuran antlaşmalarda her hangi bir açıklık bulunmamasına rağmen, bu özellik antlaşmaların yorumundan ve divan kararlarından ortaya çıkmaktadır.

Topluluk hukukunun oluşumundaki gaye, kaynaklar ve üye ülke hukukları ile ilişkisi nazara alındığında varılacak sonuç; Topluluk hukukunun milletlerarası hukuk olmadığıdır. Topluluk hukuku milli hukuklardan ve bu güne kadar oluşturulmuş olan milletlerarası hukuktan farklı bir yapıya sahiptir. Topluluk hukukunun bu özellikleri nazara alınarak onun milletler üstü (supranational) bir yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir.

III. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, Avrupa Birliği ile yapılan Gümrük Birliği değerlendirildiğinde şu sonuçlara varılabilir:

Ortaklık Konseyinin Gümrük Birliği kararını almasından sonra yapılan açıklamalarda, kararda Türkiye'nin menfaatlerine aykırı hükümlerin bulunduğundan, kararın alınması aşamasında pazarlık şansının iyi kullanılmadığından bahsedilmiş ve Kararın gözden geçirilmesi gerektiği savunulmuştur.

Bu görüşün değerlendirilmesinden önce Topluluk hareketinde benzer bir olayla karşılaşmış mıdır? Bu soruya verilecek cevap olumludur. Topluluğun ilk genişlemesi aşamasında İngiltere ile böyle bir olayla karşılaşmıştır. İngiltere'nin Topluluğa katılması anlaşmasının imzalandığı dönemde muhalefetteki işçi partisi **katılma anlaşmasının İngiltere'nin aleyhine olduğunu ve iktidara geldiklerinde katılma anlaşmasında İngiltere'nin aleyhine olan hükümleri kabul etmeyeceklerini seçim beyannamelerinde açıkladılar. Yapılan seçimleri Muhalefetteki İşçi Partisi kazandı ve yapılmış olan katılma anlaşmasında İngiltere'nin aleyhine olduğunu kabul ettikleri hükümlerden bir kısmının değiştirilmesini sağladı (Topluluklara katılım payının azaltılması).**

1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile 1 Ocak 1996 tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olan Gümrük Birliğinden bu yana geçen sürede Kararın gözden geçirilerek, mahzurlu görülen hükümlerin tadili yoluna gidilememiştir. Bu aşamadan sonrada böyle bir tadilat imkanı önemli ölçüde ortadan kalmıştır. Çünkü, Ortaklık Konseyi kararından bu yana çok uzun bir zaman geçmiş, kararın uygulanması hususunda öngörülen hemen bütün sürelerin sonuna gelinmiştir.

Burada çok önemli bir hususun açıklanmasında da fayda vardır: Avrupa Birliği üyesi ülkelerde 1980'li yıllardan itibaren akademik ve siyasi çevrelerde Avrupalılık tanımında değişiklik yapılmaya başlanmıştır. Önceki dönemde coğrafi bakımdan Avrupalı olmak, tam üyelik için yeterli görülürken, bu tarihten itibaren tam üyeliğe kabul için, coğrafi bakımdan Avrupalılığın yanında kültürel Avrupalılığın da mevcut olması gerektiği savunulmaya başlanmıştır. Bu yeni anlayışa göre, bir ülkenin coğrafi bakımdan Avrupalı olması o ülkenin Avrupalı olması, dolayısıyla Topluluklara tam üye olarak kabulü için yeterli değildir. Önemli olan kültürel entegrasyonun sağlanabilmesidir. Başka bir ifade ile, Avrupa kültürüne sahip olmayan bir devletin Avrupalı olması ve topluluğa tam üye olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Bu düşünceye sahip olanlardan bir kısmı (hem siyasi çevrelerden ve hem de akademik çevrelerden) Türkiye'nin Avrupalı olmadığını açık olarak ifade etmektedirler.

Tüm bu açıklamalara rağmen, **Türkiye Avrupa Birliğine mahkum değildir, ancak mecburdur.** Şöyle ki; iktisadi açıdan yaklaşıldığında, Türkiye'nin dış ticaretinin yarısı Avrupa Birliğine üye ülkelerle. Hukuki açıdan yaklaşıldığında ise, bulunduğu bölgede demokratik ve çağdaş hukuk kurallarına sahip hemen bütün ülkeler Topluluk bünyesine dahildirler. Ancak, buna rağmen Toplulukla ilişkilerin yalnızca Gümrük Birliği kapsamında devam etmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü, daha önceden de ifade etmeye çalıştığımız gibi, günümüzde uluslararası

ilişkiler tamamen ülkelerin menfaatleri ön plana alınarak yapılmaktadır. Oysa, Türkiye'nin Toplulukla Gümrük Birliğini gerçekleştirmesi aşamasından bu yana geçen süre içinde menfaat dengesi, Türkiye'nin aleyhine sürekli tek taraflı olarak bozulmaktadır. Ancak, dengenin ne zaman sağlanacağı hususunda da bir ışık görülmemektedir.

Objektif şartlar nazara alınarak yapılacak bir değerlendirmede, Türkiye'nin Topluluğa tam üye olması her iki tarafın da menfaatine sonuç doğuracaktır. Avrupa Birliği açısından bakıldığında, büyük bir Pazar potansiyeline sahip, Ortadoğu, Kafkaslar ve hatta Balkanlarda izleyeceği politikalarda etkin rol oynayabilecek çağdaş hukukun bütün gereklerini benimsemiş bir Türkiye'yi yanına almak kendi menfaatlerine olacaktır. Ancak, Avrupa Birliği Türkiye'yi tam üye olarak kabul hususunda gereğinden fazla çekimser davranmaktadır.

Avrupa Birliği, Türkiye'yi Gümrük Birliğine dahil ederek, Avrupa'dan dışlanmadığını göstermiştir. Ancak, tam üyelik hususunda bir açıklık da getirilmemiştir. Avrupa Birliğinin yetkililerinin yapmış oldukları açıklamalara bakılırsa, tam üyeliğin en iyimser bir tahminle 15 (on beş) yıllık bir süreden önce gerçekleşme ihtimalinin bulunmadığı yönündedir (sabahki oturumda da sayın Büyükelçi 15 (on beş) yıldan önce tam üyeliğin gerçekleşmeyeceğini açıkladılar). Benzer bir açıklama Dışişleri Bakanı İsmail CEM tarafından Alman gazetecilere yapılmıştır. Karşılıklı yapılan bu açıklamalar, tarafların tam üyeliğin kısa sürede gerçekleşmeyeceğini kabul ettiklerini göstermektedir. Oysa, Avrupa Birliği statik bir yapıda olmayıp dinamik bir yapıya sahiptir. Karşılıklı olarak açıklanan sürenin sonunda Avrupa Birliğinin alacağı durumun şimdiden tespit edilebilmesi mümkün değildir. Böyle bir dinamik yapıda 15 yıl sonra üyeliğin sağlanabileceğinin kabulü Türkiye'nin aleyhine olacaktır.

Avrupa'nın Türkiye'ye karşı göstermiş olduğu bu tavır, Türkiye'yi Avrupa'dan dışlamak istemediği gibi tam üye olarak almak istememesinin bir yansımasıdır. Bu sayede Avrupa Türkiye'yi kaybetmeyip, sürekli yanında tutacak; Türkiye, bölgeye yönelik politikalarda Avrupa'nın etkisi ve denetiminde olacak, ayrıca Avrupa, büyük bir pazarı da kaybetmemiş olacaktır. Bunun yanı sıra, tam üyelik halinde doğması muhtemel sıkıntılardan da kurtulmuş olacaktır. Avrupa'nın menfaatlerine olan bu çözüm şekli Türkiye'nin menfaatlerine uygun değildir.

Yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı Türkiye bu durumdan biran önce kurtulmalıdır. Bize göre, Türkiye'nin önünde halihazırda üç değişik ihtimal bulunmaktadır.

1) Türkiye'nin Topluluğa tam üye olması hususunda kesin bir tarihin tespit edilmesi gereklidir. Burada tespit edilecek tarihin kısa veya uzun olmasından ziyade kesin olması önemlidir.

2) 1.1.1996 tarihinde yürürlüğe giren Gümrük Birliği kararını yeniden ele alarak aleyhine olan hususların karşılıklı menfaatler dengesi gözetilerek yeni bir düzenlemeye gidilmesi sağlanmalıdır. Özellikle, Topluluğun dış ticaret rejimine tabi olmaktan kurtulmalı ve Gümrük Birliğinin işlemesine yönelik kararların alınması aşamasında, karar organlarında eşit olmasa bile belli bir oranda söz sahibi olunmalıdır. Bunun yanı sıra, karar organlarında kararların nitelikli çoğunlukla alınması sağlanmalıdır. Tabii ki, serbest dolaşım hakkının elde edilmesi de gereklidir. Halihazır-daki durumda, mal geçer adam geçemez politikası uygulanmaktadır ki bu da kabul edilemez.

Bu iki çözüm şekli birbiri ile bağlantılıdır. Şayet, Topluluk Türkiye'yi kısa vadede tam üye olarak kabul etmeyecek ise, mevcut şartlarda Türkiye'nin Gümrük Birliğine uzun süre devam etmesi hem iktisadi açıdan ve hem de hukuki açıdan mümkün değildir. Böyle bir durumda Türkiye Avrupa'dan kopamayacağına göre, Gümrük Birliği kararında aleyhine olan hükümlerden kurtulmanın yollarını aramalıdır.

3) İlk iki halden birisinin gerçekleşmemesi durumunda, Türkiye sonsuza kadar Avrupa'nın güdümünde, ikinci sınıf bir statüde kalamayacaktır. Bu sebeple, kısa vadede ilk iki halden birisinin gerçekleşmemesi durumunda Türkiye'nin önünde tek bir seçenek kalmaktadır. Avrupa Birliği ile serbest ticaret anlaşmasına dönmek. Avrupa Birliği ile serbest ticaret anlaşmasına dönüldüğünde, malların serbest dolaşımı belli oranlarda gerçekleşmekte fakat Topluluğun hukuk normlarına uyma zorunluluğu da belli oranda ortadan kalkmaktadır. Ancak, bu çözüm en son aşama olarak gündeme getirilebilir.

AB'İN ARALIK 1999 HELSİNKİ ZİRVESİ KARARLARI VE KIBRIS SORUNU

Arş. Gör. Hasan MOR

GİRİŞ

Dış politikanın belirlenmesinde, esas itibarıyla iç ve dış çevre şeklinde iki temel determinantın rolü olduğu söylenebilir¹ Bu çerçevede, Yunanistan Türkiye ilişkileri, özellikle cumhuriyet döneminde Türk dış politikasında önemli belirleyici bir dış çevre faktörü olarak karşımıza çıkar².

Yunanistan ile ilişkileri belirleyen en temel faktör ise Kıbrıs sorunu-
dur³. Zira 1821'deki Osmanlı'ya karşı isyanını müteakip 1832 yılında ba-
ğımsızlığını elde eden Yunanistan, daha sonra 1864, 1881, 1913, 1923 ve
1947 tarihlerinde belli başlı beş defa genişleyerek⁴ bu günkü sınırlarına u-
laşmış bulunmaktadır. Yunanistan, bütün bu genişlemeleri Osmanlı/Türkiye
aleyhine gerçekleştirmiştir. Bu yayılma politikasının Megali İdea (Büyük
Ülkü) gibi bir milli strateji konseptinin adım adım hayata geçirilişi şeklin-
deki Yunan algılaması⁵ tarihte ve günümüzde Türk-Yunan ilişkilerinin bütü-
nü için en temel tahrip edici faktör durumundadır. Bu, iki ülke ilişkilerinde
ciddi bir kriz kaynağı ve derin bir çıkmazdır⁶. Zira Megali İdea İstanbul,
İzmir de dahil günümüz Türkiye'sinin büyükçe bir kısmını içine alacak şe-
kilde büyük Yunanistan'ı kurarak Bizans'ı ihya etme projesidir⁷.

1930'lu yıllarda Atatürk ve Venizelos'un girişimleriyle⁸, uluslararası
sistemdeki zorlayıcı konjonktürün de etkisiyle⁹ ortaya çıkan Türk-Yunan

¹ Bkz. SCHELLHORN Kai M., "Wie entstehen außenpolitische Entscheidungen?", Kindermann, Gottfried-Karl (Hrsg.), Grundelemente der Weltpolitik, München 1991, s. 175; MEINARDUS Ronald, Die Türkei-Politik Griechenland: Der Zypern-, Ägäis-, und Minderheitenkonflikt aus der Sicht Athens (1967-1982), Frankfurt am Main 1985, s. 12.

² Bkz. STEINBACH Udo, Kranker Wächter am Bosphorus, Freiburg 1979, s. 123.

³ Bkz. GROTHUSEN Klaus-Detlev, "Außenpolitik", in: Südosteuropa-Handbuch, Bd. IV, TÜRKİE (hrsg.) Von K.-D. Grothusen, Göttingen 1985, s. 127.

⁴ Sözkonusu toprak genişlemesiyle ilgili olarak bkz. AXT Heinz-Jürgen/KRAMER Heinz, Entspannung im Ägäiskonflikt?, Baden-Baden 1990, s.11-13; HATIPOĞLU M. Murat, Yunanistan'daki Gelişmeler Işığında Türk-Yunan İlişkilerinin 101 Yılı (1821-1922), An-
kara 1988.

⁵ Bkz. AXT Heinz-Jürgen/KRAMER Heinz, Entspannung im Ägäiskonflikt?, a.g.e., s.11.

⁶ Bkz. STEINBACH Udo, Kranker Wächter am Bosphorus, a.g.e., s. 127.

⁷ Bkz. GÜRBEY Gülistan, Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen, Pfaffenweiler 1988, s. 54 vd.; Yeni Türk Ansiklopedisi (6. Cilt), Ötiken Yayınları, İstan-
bul 1985, s. 2256.

⁸ Bkz. ÜLMAN Haluk, "Türk Dış politikasına Yön Veren Etkenler (1923-1968)", A.Ü. SBF
Dergisi, Cilt: XXIII, Eylül 1968, No: 3-4, s. 250.

ilişkilerindeki yumuşama süreci çok kısa ömürlü olmuş ve 1950'li yılların ortalarına doğru Kıbrıs'ın İngiltere'nin denetiminden çıkarak bağımsızlık sürecine girmesi ile birlikte yerini tekrar gerginliğe bırakmıştır. Şüphesiz Türk-Yunan ilişkilerindeki tek ihtilaf konusu Kıbrıs sorunu değildir. Ancak bu sorun temel belirleyici etken olarak diğer sorunlar bakımından da kilit bir rol oynamış ve iki ülke arasında adeta sorunlu bir istikrarsızlık halinin ortaya çıkmasına yol açmıştır¹⁰.

Yunanistan açısından Kıbrıs sorunu, Türkler tarafından, Adayı Yunanistan'a bağlamak anlamına gelen "Enosis" in (Birleşme-Anschluss) gerçekleştirilmesi ve bununla Megali İdea doğrultusunda uzunca bir adım daha atılmasının akamete uğratılarak; "büyük milli ülkü" nün hayata geçirilmesine set çekilmiş olmasıdır. Zira, Yunanistan bağımsızlığını elde ettikten sonra istikrarlı bir şekilde genişleyerek Yunan milli politikası hedefi olan Megali İdea'yı adım adım gerçekleştirmekteydi. Kıbrıs'taki hamlesinin engellenmesiyle, Türk İstiklal Savaşı'ndan sonra ikinci defa Megali İdea'ya set çekiliyor oluşu; Yunanistan'ın ulusal onur ve moralini derinden zedeleyerek cesaretini kırmıştır¹¹.

Türkiye açısından ise Kıbrıs sorunu, Viyana bozgununu müteakip başlayan gerileme, çekilme, içeriye doğru büzülme ve ricatların yok olma aşaması olan Sevr'in revizyonu neticesi, uçurumun kenarında tutunulabilen son nokta olan Anadolu'da, kuşatma altına alınarak Sevr'in bir başka şekilde icra edilmesi projesine direncin adıdır¹².

Görüldüğü üzere bugün iki ülke arasındaki ilişkiler büyük ölçüde tarihi süreçlerden beslenen ağır bir psikolojik yükün etkisi altındadır¹³. Bu arkaplanın şekillendirdiği düzlemde biçimlenen Türk-Yunan ilişkileri¹⁴, depresyon felaketlerinin yaşandığı acı günlerde "birbirlerinin yardımına koşan iki komşu halk" gibi psikolojik faktörlerin etkisiyle belli bir iyileşme seyrine girmiş görünmektedir. Buradan hareketle kamuoyunda, Yunanistan'ın artık

⁹ Bkz. STEINBACH Udo, Grundlagen und Ansätze einer Neuorientierung der türkischen Aussenpolitik, Ebenhausen 1973, s. 85.

¹⁰ Bkz. BÖLÜKBAŞI Süha, "Türkiye'nin Yakınındaki Avrupa İle İlişkileri: Türk Yunan Sorunları", Atilla Eralp(der), Türkiye ve Avrupa, Ankara 1997, s. 242-243.

¹¹ Karşılaştırınız: PAPANTONIOU Antonios, Griechenland in der EPZ, Fankfurt am Main 1993, s. 48 ve 71.

¹² Bkz. STEINBACH Udo, Grundlagen und Ansaetze einer Neuorientierung der türkischen Aussenpolitik, a.g.e. s. 86-88.

¹³ Bkz. a.g.e. s. 88.

¹⁴ Yunanistan'da ulusal kimliğin oluşumu ve bunun bu günkü Yunanistan'ın tutumuna etkileriyle ilgili olarak ayrıntılı bir analiz için bkz. TZERMİAS Pavlos, "Grundsätzliches zum neugriechischen Selbstverständnis", in: Südosteuropa, Zeitschrift für Gegenwartforschung, Heft: 6/7, 44. Jahrgang 1995, S. 317-336.

Türkiye'ye karşı hırçın, dışlayıcı, aşırı talepkar ve AB ile ilişkilerini bloke edici tutumundan vazgeçmesi sayesinde Türkiye'nin AB'ye üyelik adaylığı-
nın mümkün olabildiği görüşü hakim olmuştur.

Bu makalede, Türkiye'nin Yunanistan ile ilişkilerinde yüzeysel olarak bir yumuşama ve diyalog ortamına girilmiş olmasına rağmen, Türk kamuoyunda bugünlerde hakim olan bu algılayışın bir yanılgıdan ibaret olduğu ve gerçekte bunun Türk-Yunan ihtilaflarına esas teşkil eden temel konularda Yunanistan'ın her hangi bir tutum değişikliğinden kaynaklanmayıp, sadece yeni bir stratejinin taktik manevralarından ibaret olduğu tezi ileri sürülmektedir. Yunanistan açısından bu yeni stratejinin ilk olumlu semeresi, ihtilafların temel eksenleri durumundaki Kıbrıs ve Ege sorunlarının Türkiye-AB ilişkilerine endekslenmesi olmuştur. Türkiye açısından ise, önemli bir ulusal dış politika hedefi olarak gördüğü AB ile ilişkileri geliştirerek Birliğe tam üye olmak ve bu süreçte diğer önemli ulusal çıkar alanı olan Kıbrıs ve Ege sorunlarının çözümünde Yunanistan'ın taleplerine boyun eğmek şeklindeki bir dilemma meydana gelmiştir. Nitekim, 10 Aralık 1999'da AB'nin Helsinki Zirvesi Kararlarında iki ülke ihtilaflarının bel kemiğini oluşturan Kıbrıs ve Ege Sorunları ile ilgili önemli hükümlere yer verilmesi böyle bir süreci başlatmış ve ilişkilerde yeniden kritik bir aşamaya gelinmesine yol açmıştır. İşte burada, Kıbrıs sorununu ortaya çıkaran tarihsel koşullara kısa bir bakıştan sonra Helsinki zirvesinde alınan bu karardan sonra Kıbrıs sorununun aldığı son boyut irdelenecektir.

KIBRIS SORUNUNDA TARİHİ KESİT

Kıbrıs'ta İngiliz Hakimiyeti ve Sona Erişi

Kıbrıs, 1878 Osmanlı-Rus savaşında Rusların hızla ilerleyerek Yeşilköy önlerine kadar gelmeleri neticesinde, Avrupa'nın önemli güçlerinden biri olan İngiltere'nin, bu bölgedeki dengelerin kendi aleyhine bozulacağı kaygısına kapılarak Osmanlı'nın yardımına koşmasının mükafatı olarak İngiltere'ye kiralanmak suretiyle fiilen Türklerin hakimiyetinden çıkmıştır. Birinci Dünya Savaşı esnasında İngiltere'nin Adayı ilhak ettiğini ilanının Lozan anlaşması ile kabul edilmesi üzerine Kıbrıs, Devletler Hukuku açısından da İngiltere'nin denetimine geçmiştir¹⁵.

İngiliz idaresinin sistematik olarak uyguladığı politikalar sonucu Adadaki Türkler arasında Anadolu'ya göçler başlamış; bu ise Adadaki nüfus bileşiminin Türkler aleyhine gelişmesine sebep olmuştur. Bununla beraber,

¹⁵ Kıbrıs'ta yaklaşık üç yüz yıllık Türk hakimiyetinin sona ererek, adanın tedricen İngiltere'ye geçmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi, belge ve analizleri içeren bir çalışma olarak bkz. ZİA Nasım, Kıbrıs'ın İngiltere'ye Geçışı ve Adada Kurulan İngiliz İdaresi, Ankara 1975.

Adada büyük çoğunluk haline gelen Ortodoks nüfus da aslında etnik orijin bakımından homojen bir yapıya sahip değildir. Ada'nın Akdeniz'deki komununun bir sonucu olarak, Tarih içerisinde Venedikliler, Cenevizliler, Fenikeliler, İskenderiyeliler ve Grekler gibi değişik tacir kavimleri Adaya yerleşmişler, böylece Adanın nüfus yapısı mültietnik bir karakterde oluşmuştur. Bu yüzden, Ada nüfusunun, Türkler dışında, tamamının pür Grek (Yunan) soyundan geldiği söylenemez. Zaten dilimizde Adanın Ortodoks ahalisine Roma vatandaşı anlamında Rum denilmesi, bir anlamda bu farklı etnik kökenlerden oluşan demografik bileşimin niteliğine işaret etmektedir. Ne var ki, Ortodoks ortak paydası, Greklerin denetimindeki Ortodoks kilisesinin yoğun bilinçli asimilasyon politikasının da etkisiyle, Adanın gayrimüslim ahalisini zamanla Grekleştirerek tek potada eritmiş ve bu insanlar, Grek soyundan gelen Yunanlılarla aynı etnik kimliği paylaştıklarına inanır hale gelmişlerdir¹⁶.

İkinci Dünya Savaşı'nı müteakip İngiltere'nin yavaş yavaş sömürgelelerini tasfiye etmeye başlamasıyla birlikte Kıbrıs'ın İngiliz hegemonyasından çıkacağı ihtimali belirince, Rumlar ve Yunanlılar harekete geçip Kıbrıs'ın tamamını sahiplenerek bütünüyle Yunanistan'a bağlamaya girişmişlerdir. Bu amaca yönelik örgütlenerek bir taraftan İngiliz idaresine; öbür taraftan da Türklere karşı mücadeleye girişmişlerdir¹⁷.

Türkiye, başlangıçta bu duruma tamamen kayıtsız kalarak "bizim Kıbrıs diye bir meselemiz yoktur" görüşünü savunmuştur. Sonraları kamuoyunun da baskısıyla, "İngilizler Ada'yı Osmanlılardan aldılar, şimdi terk edeceklerse, ilk sahibine iade etmeleri gerekir, o halde Kıbrıs bize verilmelidir" tezini ortaya atmıştır. 1950'li yılların sonlarına doğru ise Türkiye, "Ada ahalisi Türk ve Rumlardan oluşmaktadır, en adil çözüm Adayı bu iki halk arasında paylaşmaktır" noktasına gelerek; "Taksim Tezi"ni savunmaya başlamıştır¹⁸. Bu arada, Ada'da Türklere yönelik baskı ve zulüm gün gittikçe artarak yoğunlaşmıştır. Yunanlılar ve Rumlar tarafından Türkler, korku, baskı ve sindirme politikasına maruz bırakılarak, sistematik bir şekilde Ada'nın Türksüzleştirilmesi politikasına ivme kazandırılmıştır¹⁹.

¹⁶ Bkz. BERNER Uwe, "Der Zypern-Konflikt: Eine politische Einführung", in: Zyprische Blätter, Freiburg (keine Zeitangabe), s. 3.

¹⁷ Adayı Türklere temizlemeye yönelik Rum-Yunan aktiviteleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ALASYA H. Fikret, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarihi, Ankara 1987.

¹⁸ Kıbrıs'ın bir sorun olarak Türk dış politikasında ortaya çıkmaya başlayışı ve bu paralelde gelişen Türk tutumuyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. BAĞCI Hüseyin, Die türkische Außenpolitik während der Regierungszeit Menderes von 1950 bis 1960, Bonn 1988, s. 172-216.

¹⁹ Bkz. ALASYA H. Fikret, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarihi, a.g.e. s.21 vd.

1959/60 Zürih ve Londra Anlaşmaları ve Türkiye'nin Garantörlüğü

Yukarıda özetle ifade edilen gelişmelerden sonra, Türkiye ve Yunanistan ilişkileri 6-7 Eylül 1955'deki olayların da etkisiyle giderek daha da bozulmuş ve gergin bir nitelik kazanmıştır. Neticesiz kalan bir dizi görüşme ve müzakerelerden sonra, nihayet 1959 yılında Türkiye, Yunanistan ve İngiltere temsilcileri, İsviçre'nin Zürih kentinde yapılan uzun görüşmeler neticesinde bir mutabakat sağlamışlar ve 1960 yılında bu defa Londra'da bir araya gelerek Zürih'te varılan bu mutabakat temelinde Kıbrıs Sorununu çözüme bağlayan bir anlaşma imzalamışlardır.

Bu belgeler "1959/60 Zürih ve Londra Anlaşmaları" olarak tarihe geçmiştir²⁰. Bu anlaşmalar, Kıbrıs'ta iki toplumlu, iki kesimli, tarafların siyasal eşitliği temelinde bağımsız bir Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kurma esasına dayanmaktadır. Bu bağımsız Cumhuriyet, Türkiye ve Yunanistan'ın birlikte yer almadıkları hiç bir kuruluşa kısmen bile olsa üye olamayacak ve hiçbir ülke ile birleşemeyecektir. Böylece hem Türkiye'nin tezi "Taksim" hem de Yunanistan'ın tezi "Enosis" dışlanarak, Ada'ya yeni (nevi şahsına münhasır = *sui jeneris*) bir hukuki statü kazandırılmış olmaktadır. Garanti Anlaşması ile, Türkiye, Yunanistan ve İngiltere "Garantör Ülkeler" haline getirilerek Adadaki bu statünün korunmasında hak ve yükümlülük altına sokulmaktadır. Özetle, Zürih ve Londra Anlaşmaları ile Kıbrıs'ta esasında iki taraflı, iki kesimli, iki tarafın siyasal eşitliği temelindeki bağımsız bir devlet, bu nitelikleri esas alan bir anayasa ile birlikte hayata geçirilmekte ve anılan üç devlet Garantör ülkeler sıfatıyla Bağımsız Kıbrıs Devletinin varlık ve devamını teminat altına almaktadır. Kıbrıs'ın bu statüsünün herhangi bir şekilde ortadan kalkma ihtimalin belirmesi durumunda, Garantör devletlerin ya hep beraber ya da münferit olarak duruma müdahale ederek, söz konusu hukuki statüyü tekrar tesis etmekle yükümlü oldukları kabul edilmektedir²¹.

İşte bu anlaşma ile, Türkiye Adayı Osmanlı döneminde fiilen ve cumhuriyet döneminde de hukuken elden çıkardıktan bu yana, Milletlerarası Hukuka göre ilk defa Ada üzerinde söz sahibi bir hukuki "taraf" statüsü kazanmaktadır. Bu yönüyle, bu anlaşma Türkiye açısından şüphesiz önemli bir diplomatik başarı anlamına gelmektedir.

²⁰ Söz konusu müzakerelerin nasıl yürütüldüğü; müzakerelerde Türkiye, Yunanistan, İngiltere ve adadaki cemaat liderlerinin temel pozisyonlarının neler olduğu ve bu müzakereler sonucu nasıl ve hangi esaslar üzerine mutabakata varıldığına dair ayrıntılı bilgi için bkz. ESENBEL Melih, Kıbrıs (1) Ayağa Kalkan Adam 1954-1959, Ankara 1993.

²¹ İki kesimli, iki toplumlu ve tarafların siyasal eşitliği ilkesi esasında Kıbrıs Cumhuriyeti'ni tesis eden hukuki boyut ile ilgili olarak bkz. SARICA Murat/TEZİÇ Erdoğan/ESKİYURT Özer, Kıbrıs Sorunu, İstanbul 1975.

Ne var ki, Kıbrıs'ın bu yeni hukuki statüsü Megali İdea'nın Kıbrıs'a tekabül eden yansıması durumundaki Enosis'i dışlıyor olduğundan; Yunanistan açısından daha doğarken ölüme mahkum bir mukadderata sahip olmuştur. Nitekim, çok geçmeden Kıbrıs'ın bu statüsü tartışmaya açılarak anayasal düzene riayetsizlikler başlamış²² ve bir yandan da Rum-Yunan yeraltı tedhiş örgütlerince Türklere yönelik sistematik zulümler yürütülerek Ada'nın Türklere arındırılması suretiyle fiili durum oluşturulmak istenmiştir.

1959/60 Zürih ve Londra anlaşmaları temelinde yürürlüğe konulmuş bulunan Anayasa hükümlerince, Kıbrıs Türklerinin siyasal eşitliğinin gereği olarak uhdesinde bulundurdıkları idari makamlar bir bir ellerinden alınmış; Anayasa ve dolayısıyla bu Anayasayı amir Zürih ve Londra anlaşmaları ihlal edilerek yok sayılmıştır.

Garantör ülke olmanın verdiği görev ve yetki doğrultusunda Türkiye Rumları anlaşmaya ve Anayasa ihlallerine son vermeye çağırılmışsa da, bu çağrı duymazlıktan gelinmiş, Kıbrıs'ı Yunanistan'a bağlama (Enosis) politikasını gerçekleştirme yönündeki faaliyetlerden vazgeçilmemiştir. Yunanistan destekli Rumlar, bunun için şiddete baş vurarak Türklere yönelik ciddi boyutlu katliamlara girişmişlerdir. Böylece Türklere korku saçarak Adadan uzaklaştırmak ve kalanları da sindirerek Girit ve Rodos örneklerinde yaşadığı gibi her türlü haktan mahrum etkisiz bir azınlıklık haline getirmek hedeflenmiştir. 1963 yılında baskı ve şiddet iyice yoğunlaştırılmış ve Aralık 1963'te gerçekleştirilen ve tarihe "Kanlı Noel" olarak geçen korkunç bir katliamla birlikte söz konusu kıyım en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Bütün bu hukuk ihlali ve katliamlar karşısında İngiltere'nin, Zürih ve Londra Anlaşmaları uyarınca Adada tesis edilen hukuki statünün korunmasından (yine bu anlaşmalar gereği) sorumlu tutulan garantör bir ülke olmasına rağmen hiçbir ciddi tepki göstermemesi ise son derece dikkate değer olsa gerektir. Yunanistan, zaten Kıbrıs'taki hukuki statünün ortadan kaldırılmasında fail durumunda olduğundan kendi eylemlerine karşı harekete geçmesi beklenemeyeceğine göre, Türkiye garantör ülke olarak tek başına kalmış bulunmaktadır. Son katliamlar karşısında, bu katliamları durdurarak hukuk düzenini tekrar tesis etmenin başka türlü mümkün olmayacağını fark eden Türkiye, garantörlük görev ve yetkisi mucibince Kıbrıs'a müdahale etmeye karar vermiştir.

Ne var ki, uluslararası hukuka göre tamamen meşru ve hukuki nitelikteki bu müdahale²³, başta ABD olmak üzere Batılı müttefiklerce engel-

²² Bkz. FIRAT M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", Gencer Özcan/Şule Kut (der), En Uzun On Yıl, İstanbul 1998, s. 255.

²³ Bkz. SARICA Murat/TEZİÇ Erdoğan/ESKİYURT Özer, Kıbrıs Sorunu, a.g.e. s.16 vd. ve 193; tamamen taraflı bir yaklaşımla Türkiye'nin müdahalesi ve adada ortaya çıkan duru-

lenmek istenmiştir. Özellikle, 1964 tarihinde zamanın ABD başkanı Johnson tarafından bu amaçla yazılan mektup Türk dış politikasında meydana getirdiği etkiler açısından oldukça önemli bir belge niteliğindedir. Zira gerek mektubun üslubundaki her türlü diplomatik kaygı ve incelikten uzak hava, gerekse içeriğinde vurgulanan hususların taşıdıkları önem, Türk dış politikası açısından oldukça kalıcı etkiler doğuracak mahiyettedir²⁴. Mektupta Amerikan menşeli silahlarla Türkiye'nin Kıbrıs'a müdahale edemeyeceği belirtilmekte, aksi takdirde, eğer Türkiye her hangi bir saldırıya maruz kalırsa NATO savunma ittifakının saldırıya uğrayan bir müttefikin yardımına koşmak şeklindeki temel yükümlülüğün yerine getirilmeyeceği ifade edilmektedir. Aslında burada örtülü olarak, Türkiye'nin, eğer Kıbrıs'a bir müdahalede bulunursa, her hangi bir Sovyet saldırısına karşı korunmayacağı vurgulanmaktadır.

Bu durum, İkinci Dünya Savaşı'nı müteakip Türk dış politikasının temel yönelim ve öncelikleri ile, bu yönelim ve önceliklerin merkezi şekillendirici dinamikleri dikkate alındığında, tam bir sarsıntı ve bunalıma işaret etmektedir. Zira Türkiye zaten, savaş sonrası dönemde Sovyetler Birliğinin Boğazlar ve doğuda bazı topraklar üzerinde talepler öne sürerek, 1925 tarihli Türk-Sovyet Saldırmazlık Anlaşmasını uzatmayacağını bildirmesinin yarattığı güvenlik bunalımına karşı çözüm arayışında bir çıkış yolu olarak Batının desteğini alarak söz konusu tehdidi bertaraf etmeyi düşünmekteydi. Bu amaçla, Batı ile tam bir bütünleşmeye yönelmiş, iç siyasal yapısını içerisinde yer almak istediği Batı sisteminin değerleri ile uyumlulaştırmaya yönelik çok partili siyasal hayata geçmiş ve Avrupa Konseyi, OEEC (bu günkü OECD'nin selefi), NATO v.s. her türlü oluşuma dahil olmaya büyük bir önem atfetmiştir. Bundan başka, dış politika alanlarında da her ne pahasına olursa olsun Batı ile aynı şekilde davranmayı temel bir öncelik olarak görmüştür²⁵. Bütün bu dış politika tutumunun arkasında Batı ile dış politika çıkarlarının tam bir uyum içerisinde olduğu varsayımı yatmaktadır. Bir başka ifade ile, Türk dış politikası aktörleri her durumda Batı ile aynı tutumu benimsemekle Türkiye'nin ulusal çıkarlarının en iyi bir şekilde gerçekleşeceğine inanmaktaydılar. Ancak Johnson Mektubu, İkinci Dünya Savaşından itibaren yaklaşık yirmi yıldır benimsenen bu inancı sarsıcı ve sorgulayıcı bir

mu sonuçlarından hareketle milletlerarası hukuka uygun bulmayan farklı yaklaşım ve tezler için bkz. LAFFERT VON Gred, Die völkerrechtliche Lage des geteilten Zypern und Fragen seiner staatlichen Reorganisation, Frankfurt am Main 1995.

²⁴ Türk dış politikası literatürüne "Johnson Mektubu" kavramı olarak geçen bu gelişme ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ARMAOĞLU Fahir, Belgelerle Türk-Amerikan Münasebetleri, Ankara 1991, s. 266 vd.

²⁵ Bkz. KRAMER Heinz, Die Türkei: Gefährdeter Partner der westlichen Allianz, Ebenhausen 1981, s. 8.

etki yapmıştır²⁶. Bu gelişmeden sonra, Türkiye'nin dış politikasında tek taraflı, Batı ile tam bütünleşmeçi monist bir anlayıştan, çok yönlü bir anlayışa doğru bir yönelimin belirmeye başladığı görülecektir.

Görülüyor ki, Kıbrıs sorunu 1950'li yılların ortalarından itibaren Türk Dış Politikasının önemli belirleyici faktörlerinden biri olmuştur. 1959 Yılında Avrupa Birliğine (AB) -o zamanki haliyle Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)- Yunanistan'ın hemen arkasından müracaat edilmiş olması ve bunun Türkiye'deki müzakereleri sırasında Yunanistan'ı yalnız bırakmama saikinin esas alındığını gösteren tartışmalar, söz konusu etkinin somut göstergeleri olarak belirtilebilir.

Kıbrıs Türklerine yönelik Yunan-Rum zulmü 1963/64 yılındaki bunalımdan sonra da artarak devam etmiştir. 1968 Yılında durumun tekrar iyice gerginleşmesiyle Ada Türklerinin zor duruma düşmesi üzerine Türkiye'nin anlaşmalardan doğan görev ve yetkisini kullanarak müdahalede bulunup anayasal düzeni tesis etme isteği ikinci defa Batılı müttefiklerce engellenmiştir. Bu gelişme de, Türkiye'nin, başta ABD olmak üzere, Batılı müttefikleriyle ilişkilerinin niteliğini sorgulama yönündeki eğilimini daha da pekiştirmiştir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, Türkiye'nin Batılı müttefikleri ile ilişkilerinin niteliğini sorgulaması kesinlikle dış politikasında Batı ile ilişkilerini sona erdirecek bir istikamet değiştirmek anlam ve boyutlarında olmamıştır. Yapılan şey, o zamana kadar tek taraflı sadece Batı ile tam bütünleşmeyi esas alan ve dış politika konseptini bu eksene oturtan tek yönlülük anlayışından vazgeçmek, ve böylece, her hal ve şartta Batı ile çıkarların örtüşeceği anlayışını terk ederek dış politikada Batıdan bağımsız özerk alanlar oluşturmaya yönelik bir çok yönlülük açılımını gerçekleştirmektir.

Söz konusu değişimi, Türkiye'nin müteakip dönemlerdeki bir çok somut dış politika sahalarındaki tutumlarında da gözlemlemek mümkündür.

İkinci Dünya Savaşını müteakip Sovyetlerden gelen tehdidin etkisiyle dış politikasının temel dayanaklarından biri haline getirdiği komünizm ve Sovyet aleyhtarlığı (Antisovyetizm)²⁷ politikasını yumuşatarak, Sovyetlerle ekonomik ağırlıklı önemli ilişkilere yönelmesi, Arap-İsrail uyuşmazlığında neredeyse tamamen Arap tezini benimser hale gelmesi, 1949 yılında İsrail'i tanıyan ilk Müslüman ülke olması söz konusu yeni yönelimin somut göstergeleri niteliğindeki politikalara örnek gösterilebilir. Bu yeni dış politika eği-

²⁶ Bkz. GROTHUSEN Klaus-Detlev, "Außenpolitik", a.g.e., s. 131.

²⁷ Bkz. STEINBACH Udo, Grundlagen und Ansätze einer Neuorientierung der türkischen Aussenpolitik, a.g.e. s.15-16.

liminde, Kıbrıs sorunu ve bu sorun etrafındaki gelişmelerin en önemli faktörlerden biri olduğuna hiç şüphe yoktur²⁸.

1974 Enosis Girişimi ve Türkiye'nin Kıbrıs'a Müdahalesi

Kıbrıs Sorunu, Yunanistan ve Kıbrıslı Rumların Zürih ve Londra Anlaşmaları temelinde kurulan ve tarafların siyasal eşitliğini esas alan bağımsız Kıbrıs Cumhuriyetinin bu niteliklerine son verip, Ada'yı Yunanistan'a bağlayarak Enosisi gerçekleştirme çabaları ve bu çerçevede Ada'daki Türkleri hiçbir zaman Ada'nın asli bir unsuru olarak görmeyip; aksine tarihi bir maraz olarak algılamaları yüzünden²⁹ Ada'da Türklerin mevcudiyetine paralel olarak hep devam etmiştir.

1974 Yılına gelindiğinde, Yunanistan'daki cunta idaresi, artık Enosisi gerçekleştirmek yönünde nihai adımı atmaya karar vermiş ve Ada'ya gönderdiği general Sampson'a bir darbe yaptırarak Adanın Yunanistan'a bağlandığını ilan etmiştir.

Esasında bu darbe ve darbenin şekil ve söylemi bir yönüyle de Yunan siyasal sisteminin çelişki ve zaafiyetlerini ifade etmektedir. Zira, kendisine karşı darbe yapılan ve başkanlık sarayının arka kapısından kaçarak hayatını güçlkle kurtarabilen zamanının Kıbrıs cumhurbaşkanı Makarios da kararlı bir Enosis yanlısıdır³⁰. Buna rağmen darbecilerin, başlangıçta Makarios'un öldürüldüğünü ve hareketlerinin "Ada'yı Helenizm düşmanlarından temizleme" operasyonu olduğunu ilan etmeleri³¹ söz konusu Yunan iç siyasal çelişki ve zaafiyetini ortaya koyan somut yansımalarındandır. Yunan cuntasının bu hareketi incelendiğinde, Kıbrıs ve Türkiye ile ilişkiler konusunun, Yunanistan dış politikasında ne kadar önemli belirleyiciliğe sahip bir iç siyaset malzemesi haline geldiği ve/veya getirildiği de açıkça görülecektir. Zira, bütün varlığını Kıbrıs'ı Yunanistan'a bağlamak suretiyle Enosis'i gerçekleştirecek Megali İdea'ya hizmete vakfetmiş dini-siyasal bir önder³² bile; Enosis'e engelmış gibi ilan edilmiş ve ortadan kaldırılmak istenmiştir. Bu çelişkili tutumun asıl sebebi, Yunan siyasal mekanizmalarının halkın siyasal, ekonomik ve sosyal taleplerini karşılayacak çıktılar üretememekten kaynaklanan derin bir iç bunalımla karşılaşmış olması ve bu iç bunalımı aşmaya yönelik destek ve meşruluk sağlayacak bir yol olarak da Kıbrıs'ı araçsallaştırmış olmasıdır.

²⁸ Bkz. GÜRÜN Kamuran, "Ege Sorunu", *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 1995, Sayı:3, s. 260.

²⁹ Bkz. BERNER Uwe, "Der Zypern-Konflikt: Eine politische Einführung", a.g.e. s. 17.

³⁰ Bkz. BERNER Uwe, a.g.e. s. 5.

³¹ Bkz. ALBRECHT Peter-Jürgen, Nord Zypern, Berlin 1995, s. 21.

³² Bkz. BERNER Uwe, "Der Zypern-Konflikt: Eine politische Einführung", a.g.e. s. 5-6; GÜRÜN Kamuran, "Ege Sorunu", a.g.e. s. 260-261.

Burada, bir ara tespit olarak belirtmek gerekir ki, Türk-Yunan ilişkilerinde krizli iç siyasal yapıların, bir manipülasyon aracı olarak ilişkileri gerginleştirmek yoluyla dikkatleri dışa çekme boyutu, (Yunanistan'da çok daha baskın olmak üzere) her iki ülke için de geçerli ve ilişkilerin kötüleşmesinde önemli etkilere sahip iç faktördür³³.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türkiye, Yunan cuntasının derin iç meşruluk krizine düştüğü bir sırada başvurduğu Enosis girişimini, bu gelişme, 1959/60 Zürih ve Londra Anlaşmalarının tamamen ortadan kaldırılması anlamına geldiğinden dolayı tanımayacağını ilan ederek ilgili ülkeleri durumu müzakere etmeye ve bu girişimi engellemeye davet etmiştir. Üç garantör ülkeden biri olarak İngiltere duruma kayıtsız kalınca, Türkiye garantörlük statüsü gereğince Ada'ya tek başına müdahale etmeye karar vermiş ve nihayet 20 Temmuz 1974 yılında bu müdahaleyi gerçekleştirmiştir. Önce, Kıbrıs'ın kuzeyinde Türklerinin getto şeklinde yaşadıkları yerler kontrol altına alındıktan sonra, hareket durdurularak ateşkes ilan edilmiş; bu arada yapılan müzakerelerden bir sonuç çıkmayıp, Rumlar ateşkese aykırı olarak saldırılarını sürdürürken, 14 Ağustos'ta ikinci bir hareketle kontrol edilen bölgeler birleştirilmiş ve bu günkü Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırlarına ulaşılmıştır.

Türkiye Zürih ve Londra Anlaşmaları çerçevesinde milletlerarası hukuka uygun olarak bu müdahaleyi gerçekleştirmiş olmasına rağmen, Batılı müttefiklerinin sert tepkisine maruz kalarak yalnızlığa itilmiş ve Batı'dan tamamen dışlanmış. Bu çerçevede, Batı ile ilişkilerinin önemli eksenlerinden birini teşkil eden AET ile ilişkiler dondurulmuş; 1975-1978 yıllarını kapsayan bir zaman diliminde Batı ile ilişkilerinin hem NATO ittifakı çerçevesinde, hem de ikili ilişkiler düzeyinde yine ana eksen olarak yoğun ilişki içerisinde bulunduğu ABD'nin silah ambargosuna muhatap kalınmıştır.

Bunun üzerine, yine Kıbrıs sorunu yüzünden 60'lı yılların ortalarından itibaren zaten tedricen Batı ile oluşturduğu tek taraflı ilişkilerini sorgulama eğilimine girmiş olan Türkiye, bu müdahalesini müteakip Batı'dan tamamen tecrit edilmişliğin verdiği yalnızlıktan kurtulmak için yeni arayışlara yönelmiştir. Bu yöneliş bir anlamda 60'lı yılların ortalarından itibaren gözlemlenmeye başlanan çok yönlü dış politika oluşturma sürecinin ivme kazanarak, daha hissedilir bir dinamizme ulaşması demektir. Türk dış politikasındaki bu yeni eğilimi tahrik eden dünya petrol krizi gibi ekonomik³⁴ ve 60'lardan itibaren nispeten daha çoğulcu-katılımcı bir siyasal yapının oluş-

³³ Bkz. GÜRBAY Gülistan, Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen, a.g.e. s. 67 vd.

³⁴ Bkz. STEINBACH Udo, Die Türkei im 20. Jahrhundert, Bergisch gladbach 1996, s. 255-256.

maya başlaması gibi iç siyasal dinamikler de mevcuttur³⁵. Ancak bu değişimdeki asıl şekillendirici faktörün Türkiye'nin Kıbrıs'a müdahalesini müteakip uluslararası camiada içine düştüğü yalnızlıktan kurtulma arayışları olduğu açıktır³⁶.

Bu dönemde, Türkiye'nin dış ilişkilerinde zaten 1964 Johnson Mektubu'nun etkisiyle bir eğilim olarak belirmeye başlayan çok yönlülük, yukarıda işaret edilen izolasyondan bir çıkış yolu olarak artık daha hesaplı ve bilinçli bir tercihi yansıtan dış politika konsepti haline dönüşmüştür. Daha çok ekonomik ağırlıklı olmak üzere Sovyetler Birliği ve diğer Doğu Bloğu ülkeleri ile ilişkileri geliştirme³⁷; Üçüncü Dünya ülkelerine açılma gibi dış politika uygulamaları dikkati çekmekle birlikte; Arap Orta Doğusu ile kurduğu yeni ilişkiler bu açılımın en belirgin örneği olmuştur. Bölge ülkelerine yönelik diplomatik ziyaret trafiğindeki yoğunlaşmalar, İsrail ile ilişkilerin en alt düzeye çekilmesi, FKÖ için Ankara'da bir büro açılması, Filistin Sorununda Arap tezinin kayıtsız-şartsız benimsenmesi, İşlam Konferansı Teşkilatı'na üye olunması, ekonomik ilişkilerdeki yoğunlaşma ve derinleşme gibi bir dizi somut açılımlar yeni yönelimi teyit eder mahiyetteki göstergelerdir³⁸.

1974 tarihindeki söz konusu müdahaleye bir tepki olarak, müttefiki ABD, Türkiye'ye karşı 1975'ten 1978 kadar devam eden bir silah ambargosu uygulamıştır. Türkiye'nin Batı ile ilişkilerinde bir güvenlik faktörü olarak NATO ve dolayısıyla ABD'nin önem ve rolü dikkate alınırrsa³⁹, o dönemde Türkiye'nin Batı ile ilişkilerinin ne kadar derin bir krize girdiği daha kolay anlaşılabilir⁴⁰.

Kıbrıs Türk Federe Devletinin İlanı

Müdahaleyi müteakip yapılan bir dizi görüşmelerden her hangi olumlu bir netice çıkmaması üzerine, 1975 yılında Kıbrıs Türk Federe Devleti ilan edilmiştir. Bununla, bir anlamda Zürih ve Londra anlaşmaları ve bu anlaşmalar temelinde bağımsız bir devlet olarak ortaya çıkmış olan Kıbrıs Devle-

³⁵ Bkz. a.g.e. s. 245.

³⁶ Bkz. STEINBACH Udo, "Der veränderte Stellenwert des Nahen und Mittleren Osten in der türkischen Außenpolitik", Europa-Archiv, Folge 18/1978, s. 592; GÖNLÜBOL Mehmet, Olaylarla Türk Dış Politikası (1919-1995), (9. Basım) Ankara 1996, s. 571 vd.; GROTHUSEN Klaus-Detlev, "Außenpolitik", a.g.e., s. 134 ve 143.

³⁷ Bkz. KRAMER Heinz, Die Türkei: Gefährdeter Partner der westlichen Allianz, a.g.e., s. 58-59.

³⁸ Bkz. GROTHUSEN Klaus-Detlev, "Außenpolitik", a.g.e., s. 153-154.

³⁹ 1964 Johnson mektubunu müteakip Türk-Amerikan ilişkilerinin gelişimi ve 1975 tarihli söz konusu ambargo ve bu ambargonun ortaya çıkış, etki ve sonuçlarıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. SÖNMEZOĞLU Faruk, ABD'nin Türkiye Politikası (1964-1980), İstanbul 1995.

⁴⁰ Bkz. STEINBACH Udo, Kranker Wächter am Bosphorus, a.g.e., s. 85 vd.

tinin anılan anlaşmalar ve anayasasında yer alan iki kesimli ve iki toplumlu yapısının korunmasına verilen önem ihsas ettirilmek suretiyle, federal bir çözüm için kapı aralanmak ve/veya aralıklı tutulmak istenmiştir⁴¹.

Bunu müteakip yapılan bir dizi görüşmelerden sonra 1977 Yılında, tarihe Denктаş-Makrios Mutabakatı olarak geçecek olan bir metin üzerinde esasta anlaşmaya varılmıştır. Denктаş-Makarios Mutabakatı esas itibarıyla, tarafların bağımsız, bağlantısız, iki kesimli federal bir cumhuriyeti hedefledikleri; iki kesimin kontrolündeki toprakların tespitinde, ekonomik olarak varlığını sürdürebilme, verimlilik ve mülkiyet kriterlerinin gözetileceği; serbest dolaşım, ikamet edilecek yerin serbest seçimi, mülkiyet hakları gibi temel konuların müzakereye açık olduğu, fakat buralardaki sorunların çözümünde federal sistem mantığının gözetileceği; merkezi idarenin, devletin birliğinin temini ve iki kesimliliğinin dikkate alınmasını sağlayacak yetki ve sorumluluklarla donatılacağı şeklindeki temel unsurlar yer almıştır⁴².

Bu mutabakat, Türk tarafının da temel kaygılarını giderici ve her iki tarafı da az çok tatmin edici nitelikleri içermekte olduğundan ve belli ölçülerde de Zürih ve Londra Anlaşmalarının ilkelerini koruması dolayısıyla bir çözüm umudu doğurmuştur. Ne var ki, Makarios'un beklenmedik bir şekilde ölmesiyle, bu muhtemel çözüm umudu da boşa çıkmıştır. Gerçi Türk-Yunan ilişkilerinde temel çıkmaz durumundaki Megali İdea'dan vazgeçilmeden; Kıbrıs Türkleri ve Türkiye'nin de benimseyebileceği bir çözüm üretilmesinin mümkün olmadığı gerçeği dikkate alınırca, Makarios ölmemiş olsaydı bile tarafların bu mutabakatı hayata geçirme konusunda nasıl uzlaşacakları ve bir uzlaşmaya varılsa bile bunun ne kadar ömre sahip olacağı hala cevap bekleyen önemli bir tartışma konusu olarak karşımızda durmaktadır.

Makarios'un ölümünden sonra Rum kesiminin liderliğine Kiprianu seçilmiştir. Kiprianu, başlangıçta Türk tarafını tanımak anlamına geleceği kaygısıyla görüşmelerden kaçındığı için, toplumlar arası görüşmeler ancak 1979 yılının Mayıs ayında, o dönemde Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kurt Waldheim'in girişimleri ile tekrar başlayabilmiştir. Bu müzakerelerde Türk tarafı 1977 Denктаş-Makarios Mutabakatının esas alınmasını öne sürmüş, ancak Rum tarafını daha önce ulaşılmış olan bu oldukça makul çizgiye getirmek mümkün olmamıştır. Müteakip müzakerelerden de olumlu bir sonuç çıkmamış, böylece Türk tarafının, Zürih ve Londra Anlaşmaları doğrultusunda federal bir devletin federe bir parçası olmaya yönelik olarak 1975

⁴¹ Bkz. BERNER Uwe, "Der Zypern-Konflikt: Eine politische Einführung", a.g.e. s. 15.

⁴² Bkz. ALBRECHT Peter-Jürgen, Nord Zypern, a.g.e., s. 25.

yılında ilan ettiği Kıbrıs Türk Federe Devleti de beklenen çözüme ulaşma doğrultusunda bir açılım sağlamamıştır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Bağımsızlık İlanı

Rumların, daha önce ulaşılan Denктаş-Makarios Mutabakatı çizgisini görüşmelerde esas alınacak temel zemin olarak kabul etmeye bile yanaşmalarını üzerine, 15 Kasım 1983 tarihinde Kıbrıs Türkleri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti adı altında (KKTC) bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Zaten 1974'teki müdahaleyi müteakip fiilen oluşmuş bulunan yapı, temel itibarıyla bir devlet olmanın bütün şartlarını yerine getirmekte olduğundan bu bağımsızlık ilanı bir bakıma esasen varolan fiili duruma sadece hukuki bir nitelik kazandırmıştır. Ancak, bu devleti bugüne kadar Türkiye dışında tanıyan başka ülke olmadığı da belirtilmelidir.

Bağımsızlık ilanından üç gün sonra Yunanistan ve Rum kesimi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinden söz konusu bağımsızlık ilanını kınayan ve milletlerarası hukuk açısından geçersiz ilan eden bir karar çıkartmaya muvaffak olmuşlardır. Bu kararın çıkmasında, Türkiye'nin müttefikleri ABD ve AB ülkelerinin Kıbrıs konusuna taraflı ve önyargılı yaklaşımı en önemli etken olsa da; Türk dış politikasındaki yetersizlikler ve konseptsizlik⁴³ de bunda olumsuz bir rol oynamıştır.

1981 Yılında Yunanistan'da aşırı Türkiye aleyhtarı ve popülist politikacı Papandreou'nun iktidara gelmesi, Kıbrıs Sorununu "uluslararasılaştırma" şeklindeki Yunan yaklaşımına daha da ivme kazandırmış; Papandreou'nun hırçın ve uzlaşmaz tutumunun etkisiyle yapılan görüşmelerde Kıbrıs sorununda herhangi bir ilerleme kaydedilememiştir. Rum-Yunan tutumunun bu denli katı ve uzlaşmadan uzak oluşunda, özellikle ABD ve AB'nin yukarıda işaret edilen Rum yönetimini Kıbrıs'ın tek ve meşru temsilcisi olarak görme yaklaşımlarının⁴⁴ önemli etkisi olduğu söylenebilir. Bilhassa 1981 yılında Yunanistan'ın AB'ye tam üye olması ile birlikte, AB'nin Kıbrıs'daki taraflara az çok eşit mesafede durma şeklindeki tutumu da yavaş yavaş değişmeye başlamış, Yunanistan AB karar alma mekanizması içerisinde yer alan bir aktör olarak, AB'nin yanlı bir tutum benimsemesinde önemli başarılar elde etmiştir⁴⁵.

1985 Yılında yapılan Denктаş-Kiprianu müzakerelerinde Türk tarafının hatırı sayılır toprak tavizlerinde bulunacağını hissettirmiş olması üzerine esas itibarıyla federal bir yapının nitelikleri üzerinde anlaşmaya varılmıştır.

⁴³ Türk dış politikasında genel konseptsizlik ve bunun yarattığı sorunlarla ilgili olarak bkz. BAĞCI Hüseyin, "Türk Dış Politikası: Genel Bir Bakış", İhsan D. Dağı (der), Türk Dış Politikasında Gelenek ve Değişim, Ankara 1998, s. 2.

⁴⁴ Bkz FIRAT M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", a.g.e. s. 251 vd.

⁴⁵ Bkz. a.g.e. s. 259.

Bunun üzerine Denктаş varılan uzlaşmayı bir anlaşma ile sona erdirmek üzere New York'a gitmiş, ancak aynı amaçla Yunanistan üzerinden New York'a gitmek üzere yola çıkan Kiprianu, Yunanistan'da fikir değiştirerek varılan uzlaşmayı nihai bir anlaşma olarak değil, sadece müzakerelerin devamına başlangıç teşkil edecek bir uzlaşma metni olarak gördüğünü ifade etmiş ve böylece üç gün süren New York görüşmeleri de sonuçsuz dağılmıştır.⁴⁶

Bundan sonra Rum yönetimi artan bir şekilde silahlanmaya yönelmiş, bu da doğal olarak gerginliği daha da tırmandırıcı bir rol oynamıştır. 1987 yılındaki bu gelişmelerden sonra ilk defa Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin yıllık raporunda Rum yönetimine karşı eleştirel bir tutum benimsendiği gözlemlenmektedir.

1988 Yılında Kiprianu'nun yerine seçilen Georgios Vasilliou ile Denктаş arasında yapılan görüşmelerden de bir sonuç elde edilememiştir. Vasilliou'ya 1993 yılında halef olarak seçilen Glafkos Clerides'in ise, kendisi için sorunun çözüm yolunun az çok 1974 önceki şartlara dönülmesinden geçtiğini deklere etmesiyle birlikte, bu dönemde de çözüm için umut bağlamanın gerçekçi olmadığı ortaya çıkmıştır. Zira bu, Ada'da Türkleri eşit olmayan bir azınlık olarak algılayan bir görüştür ve Ada'nın hukuki ve fiili durumunun tamamen görmezlikten gelindiğini ortaya koymaktadır.⁴⁷

Daha sonra taraflar arasında farklı tarihlerde yapılan pek çok görüşme de soruna herhangi bir çözüm getirmemiştir.⁴⁸ 1990'da Rum kesiminin Adanın tamamı adına AB'ye tam üyelik müracaatında bulunması ve 11 Aralık 1999 AB Helsinki Zirvesi kararlarında Kıbrıs'ın önemli bir eksen olarak yer alması, Türkiye-AB, Türkiye-Yunanistan ve Kıbrıs-AB ilişkiler ağına oldukça girift bir nitelik kazandırmış bulunmaktadır. Bu durumda, AB'yi Kıbrıs uyumsuzluğunda soruna dahil ederek doğrudan bir taraf haline getiren sürecin incelenmesi yukarıda işaret edilen giriftliğin anlaşılmasında elverişli ipuçları sunacaktır.

⁴⁶Bkz. BÖLÜKBAŞI Süha, "Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Birleşmiş Milletler: 1954-1996 Arası Barışçı Çözüksüzlük", SÖNMEZOĞLU Faruk(der), Türk Dış Politikasının Analizi, İstanbul 1998, s. 296.

⁴⁷ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı, İstanbul 1996, s. 138.

⁴⁸ Bkz. BÖLÜKBAŞI Süha, "Türkiye'nin Yakınındaki Avrupa ile ilişkileri: Türk Yunan sorunları", a.g.e. s. 247.

AVRUPA BİRLİĞİ-KIBRIS İLİŞKİLERİ

Avrupa Birliği'ni Kıbrıs Sorununda Bir Taraf Haline Getiren Süreç

AB'nin 1999 Helsinki Zirvesi Kararları, her ne kadar büyük ölçüde Türkiye'de zafer şenlikleri ile kutlanmış olsa da; aslında Türk-Yunan ilişkileri ve Kıbrıs uyuşmazlığı açısından oldukça riskli bir dönemi başlatmış bulunmaktadır.

Kıbrıs, 1960'da bağımsız bir devlet olmasından iki yıl sonra, AB'ne (o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET)) Ortaklık Anlaşması için müracaatta bulunmuştur. Yaklaşık bu müracaatla aynı dönemde Rumların kurucu anlaşmalar ve Anayasayı ihlal ederek Türkleri dışlamaya başlamalarının sonucu toplumlararası çatışmaların başlamış olması üzerine, Türk toplumu temsilcileri ortak hükümetten ayrılmıştır. Dolayısıyla müzakereleri Rum toplumu temsilcileri tek başına yürütmüş ve Aralık 1972 tarihinde AET ile Kıbrıs arasında Ortaklık Anlaşması imzalanarak, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu anlaşmaya göre, ilki 1977'ye kadar ve ikincisi de bunu takip eden beş yılı kapsayan iki aşama öngörülmüş; bununla Kıbrıs ile AET arasında ticareti kısıtlayan engellerin aşamalı olarak kaldırılması, bu sürelerin bitiminde ise Kıbrıs ile gümrükleri tamamen ortadan kaldıracak bir Gümrük Birliği Anlaşmasının yapılması planlanmıştır.

Denktaş, Kıbrıs Anayasasının 50. Maddesine atıfta bulunarak AET ile yapılan Ortaklık Anlaşmasını, hukuk dışı ilan etmiştir. Anayasanın söz konusu maddesi⁴⁹ Temsilciler Meclisi'nin herhangi bir kanun ve kararını veya bunların bir kısmını Cumhurbaşkanı ve yardımcısının birlikte veya tek başlarına veto edebileceklerini düzenlemektedir. Bu madde, milletlerarası antlaşmalar, sözleşme ve anlaşma akdini de veto edilebilecek konular arasında zikretmektedir. Denktaş hukuken anayasanın bu hükmüne dayanmakta, siyasi bakımdan ise, prensip olarak AET ile ilişkilerin geliştirilmesine karşı olmadığını, fakat Türk Yönetiminin hiçbir aşamasına iştirak ettirilmediği bir anlaşmanın kabul edilemeyeceğini öne sürmektedir.

Söz konusu Ortaklık Anlaşmasından yaklaşık bir buçuk yıl kadar sonra, yukarıda işaret edilen gelişmeleri müteakip Türkiye'nin Adaya müdahale etmesi ve Adanın ikiye bölünmesi gibi önemli siyasal gelişmeler; ayrıca ekonomik bakımdan beklenen olumlu gelişmelerin sağlanamaması yüzünden, sözü edilen aşamalardan ilki sona erdirilmiş, ikinci beş yıllık aşamanın başlatılması ise önce 1979'a, sonra 1983 ve 1985'e ve nihayet 1987'ye er-

⁴⁹ Bkz. SARICA Murat/TEZİÇ Erdoğan/ESKİYURT Özer, Kıbrıs Sorunu, a.g.e. s.309.

telenmiştir. 1987 yılında Gümrük Birliği Anlaşması ile ikinci aşamaya geçilmiş; Gümrük Birliğinin oluşturulması belli bir takvime bağlanmıştır. Böylece, 1990'da ise, Rum Yönetimi AT'na tam üyelik baş vurusunda bulunmuştur.

Bütün bu süreçte önce AET sonra da Avrupa Topluluğu (AT) her ne kadar Kıbrıs Sorununda taraf olmadığı izlenimi vermek istemiş olsa da⁵⁰, aslında bütün bu anlaşmaların müzakerelerini ve sonuca bağlanmasını sadece Rumlarla yürüterek, sanki Kıbrıs'ta Adanın tamamı için üniter bir yönetim varmış ve onu da tek başına Rumlar temsil ediyormuş gibi yanlı bir tutum sergilemiştir⁵¹. Oysa Kıbrıs'ta siyasal eşitliğe sahip iki ayrı toplum olduğu fiili-tarihi bir gerçek olmanın ötesinde; hem kurucu anlaşmalarla teyit edilmiş, hem de bu anlaşmalar temelinde yapılan Kıbrıs Anayasası'nda devletin temel düzen ve işleyişi bu iki toplumlu yapı doğrultusunda esasa bağlanmak suretiyle Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmuştur. Yunanistan ve Rumların bu hukuki durumu gözardı ederek, Ada'da tek taraflı tahakküm temelinde bir emrivaki yaratma girişimlerinin sonucunda, Türkiye, yine hukukun kendisine tanıdığı yetkileri kullanmak suretiyle bu gidişatı önlemiş ve Kıbrıs'ta iki toplum, farklı müstakil sınırlar içerisinde fiilen kendi devletlerini kurmuşlardır.

Ada'daki bu iki devletli bölünmüşlük hal şüphesiz normal olmayan ve söz konusu kurucu anlaşma ve hukuki metinlerin öngörmedikleri bir kriz durumudur. O halde, tarafsız bir aktörün yapması gereken, önce Ada'da bağımsız bir devlet olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'ni ortaya çıkaran bir hukuk düzeninin mevcudiyetini kabul etmek, sonra bu hukuk düzeninin ortadan kaldırılması ve mevcut fiili durumun ortaya çıkmasında kimin hangi belirleyici rolü oynadığını tespit etmek olmalıdır. Bundan sonra da, nihayet hukuk düzeninin yeniden inşası için tarafları eşit kabul ederek, iki tarafın eşit sayıldığı görüşmelerle sorunu çözmeye çalışmalıdır. AET, AT ve şimdi de AB'nin bu şekilde davranmayıp, sadece taraflardan biri olan Rumları muhatap almakla, aslında hukuk düzenini sona erdiren mütecavizi gayrimeşru hedefleri açısından ümitlendirerek cesaretlendirdiği ve böylece de çözümsüzlüğe katkıda bulunmakta olduğu söylenebilir⁵².

⁵⁰ Bkz. GÜRBAY Gülistan, *Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen*, a.g.e. s. 102-103.

⁵¹ Kıbrıs konusunda AB'nin Rum tarafını muhatap almakla birlikte değişik zamanlarda duruma göre farklı tutumlara yöneldiğine dair bkz. FIRAT M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", a.g.e. s. 257.

⁵² Aynı şekilde benzer aktüel saptamalar için bkz. ÜNAL Hasan, "AB'nin Kıbrıs Saplantısı", *Zaman*, 23 Mart 2000.

Kıbrıs Sorununun, AB'nin Helsinki Zirvesi Kararları ile birlikte geldiği son durumu başlatan süreç, 1990 tarihinde Rum Yönetiminin tek başına Kıbrıs'ın bütünü adına AB'ye tam üyelik müracaatında bulunmasıdır. Rum kesiminin bu müracaatı ne yazık ki AB tarafından kabul edilmiş ve Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliği ile ilgili olarak gerekli raporu hazırlaması için AB Komisyonu'na havale edilmiştir⁵³. Bu tutum, aslında doğurması muhtemel sonuçlar dikkate alındığında, AB'nin Kıbrıs konusunda daha önce hiç rastlanmadık ölçüde Rum yanlısı bir tutum takındığını ifade etmektedir. Bu gelişme, AB'nin gittikçe artan bir oranda Kıbrıs sorununun taraflı haline gelmiş olmasının önemli bir göstergesidir. Zira AB'nin bu müracaatı kayıtsız şartsız kabul ederek işleme koyması; Rumların Ada'nın tamamı için karar verme yetkisine sahip olduklarının kabul edilmesinin yanısıra Kıbrıs'ın AB'ne tam üye olması ile sonuçlanacak bir süreci de başlatmak anlamına gelmektedir ki, bu da Kıbrıs devletini doğuran bütün kurucu anlaşmaların kökten ihlal edilmesi demektir. Zira Zürih ve Londra Anlaşmaları Kıbrıs'a, Türkiye ve Yunanistan'ın aynı anda üyesi bulunmadığı herhangi bir siyasi ve ekonomik örgüte kısmen veya tamamen üye olmayı açıkça yasaklamakta ve bu statüyü de Garanti Anlaşması ile güvenceye almaktadır. Bu durumda AB, 1990 tarihindeki Rum müracaatını işleme koymakla Kıbrıs'ı oluşturan temel hukuk zeminini ortadan kaldıracak bir sürece yeşil ışık yakmış olmaktadır⁵⁴.

AB, Türkiye ile ilişkilerini, Türkiye'nin Yunanistan ile ilişkilerini düzeltmesine endeksleyerek de dolaylı biçimde Kıbrıs Sorununda Yunanistan tarafı bir müdahil aktör haline geldiğini hissetmektedir. Türkiye'nin 1987 tarihli tam üyelik müracaatına dair AT Komisyonu'nun 1989 tarihli görüşünde, Türkiye'nin AT üyesi Yunanistan'la ilişkilerini düzeltmesi ve Kıbrıs'ın yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesinden bahsedilmektedir. Yine AT'nun 1990 Haziranındaki Dublin Zirve bildirisinde Türkiye'nin Topluluk ile ilişkilerinin Kıbrıs sorununa bağlandığı belirtilmektedir. İşte bu bildiri-den hemen sonra Kıbrıs'ın AT'ye tam üyelik müracaatında bulunduğu dikkate alınır, Kıbrıs sorununda AB'nin taraflı tutumu ve bu tutumun etkileri daha kolay anlaşılır⁵⁵.

Rum kesiminin 6 Temmuz 1990'aki tam üyelik müracaatının hemen ardından, KKTC Cumhurbaşkanı Denktaş 12 Temmuzda bir muhtıra yayınlamış ve 16 Temmuzda bu muhtırayı AT Konseyi Dönem Başkanlığı'na iletmiştir. Denktaş, Kıbrıs adına Rum Yönetiminin tam üyelik müracaatında

⁵³ Bkz. GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkiletri ve Kıbrıs Sorunu", ŞEN Sabahattin(der), Yeni Dünya Düzeni ve Türkiye, İstanbul 1992, s. 157.

⁵⁴ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Türkiye'nin Dış Politika Sorunları, Ankara 1999, s. 59.

⁵⁵ Bkz. GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkiletri ve Kıbrıs Sorunu", s. 156.

bulunmasına karşı olmalarının hukuki ve siyasal sebeplerini anlatarak, bu girişimin Birleşmiş Milletler'in "soruna çözüm bulunmadan tarafların durumu daha da kötüleştirecek her türlü davranıştan kaçınmaları"nı ihtar eden 649 sayılı kararına aykırı olduğunu ve bu başvuruyu Kıbrıs Rum Yönetiminin tüm Adayı temsil yetkisi bulunmadan yaptığını, dolayısıyla Kurucu Anlaşmalar, 1960 Anayasası ve uluslararası hukuka aykırı olan bu müracaat karşısında AT'nun hiçbir şey yapmaması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶.

Türkiye de, bu müracaatın hukuka aykırı olduğunu öne sürerek tepki göstermiştir. Bununla beraber yine Türkiye, bir taraftan KKTC ile ekonomik, siyasal ve sosyal ilişkilerini derinleştirme kararını içeren bir mutabakat metni imzalarken, diğer taraftan da AT ile ilişkilerini geliştirmeye öncelik tanınması ve Kıbrıs sorununun AT ile ilişkileri geliştirilmesinde bir engel teşkil ettiği yolundaki değerlendirmesiyle Denктаş'ın yalnız bırakıldığı intibahını uyandırmıştır⁵⁷.

1991-92 yıllarında "Gali Fikirler Dizisi" ortaya atılarak tartışılmış ve bu çerçevede ABD Denктаş üzerindeki baskısını yoğunlaştırmıştır⁵⁸. 1992 Yılı sonlarında Gali'nin taraflı tutumunun da etkisiyle BM Güvenlik Konseyi'nin 789 sayılı kararı ile Türk toplumuna karşı sert bir tutum benimsenmiştir.

1993 Haziranında AB Komisyonu, Rumların 1990 yılında yaptıkları tam üyelik müracaatına ilişkin görüşünü açıklamıştır. Komisyon görüşünde, Kıbrıs'ın Birliğe dahil edilmesinin güvenlik ve refah açılarından katkı sağlayacağı; Ada'da dengesizlikleri gidererek bir çözüme ulaşılmasını kolaylaştıracağı belirtilmiş, bu çerçevede BM Genel Sekreteri'nin girişimlerinin desteklenmesi gerektiği, toplumlararası görüşmeler başlamazsa, yeniden bir değerlendirme yapılarak Ocak 1995'de Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliği sorununun tekrar ele alınacağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden AB Komisyonu'nun Kıbrıs'ın tam üyeliğine yeşil ışık yaktığı anlaşılmaktadır. Nitekim, 17 Ekim 1993'de AB Konseyi, Komisyon'un görüşlerini benimseyerek Kıbrıs ile ilişkilerini yoğunlaştırmış ve sorunun çözümüne doğrudan katkıda bulunma ve 1995 tarihinde tam üyelik sürecinin başlatılmasına karar vermiştir.

Bu sırada, 1993 yılında BM Genel Sekreteri Butros-Gali'nin, Maraş'ın yerleşime açılması, bölgeye her iki toplum üyelerinin de serbestçe giriş çıkışlarının sağlanması, buralarda vergiden muaf ticaretin teşvik edilerek toplumların yakınlaşmalarına katkıda bulunulması, Lefkoşe Uluslararası Hava-

⁵⁶ Bkz. a.g.e. s. 157.

⁵⁷ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı, a.g.e. s. 151 vd.

⁵⁸ Bkz. GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkiletri ve Kıbrıs Sorunu", a.g.e. s. 162.

alanının BM denetiminde sivil uçuşlara ve kargo trafiğine açılması gibi önemli hususları da içeren “Güven Arttırıcı Önlemler Paketi” ortaya atılarak tartışılmıştır⁵⁹. Rumlar AB’nden aldıkları yeşil ışığın da cesaretlendirici etkisi ile söz konusu pakete karşı oldukça isteksiz bir tutum takınmışlardır.

AB, 1994 Korfu zirvesinde yayınladığı “Beyaz Sayfa” bildirisinde, Kıbrıs’ı genişleme programına aldığı ilan ederek, müzakerelerin başlama tarihinin, Ocak 1995’de AB Dışişleri bakanları toplantısında belirleneceğini kararlaştırmıştır. AB’nin bu kararına KKTC tepki göstermekte gecikmiş ve KKTC Meclisi Güven Arttırıcı Önlemler Paketi’nin artık bir değer taşımayacağını ilan ederek Türkiye ile dışişleri, savunma, güvenlik ve ekonomi konularında ileri düzeyde entegrasyonu hedefleyen bir dizi kararlar almıştır. Daha da önemlisi, KKTC Meclisi, bu safhada, federasyonu tek çözüm olarak gördüğünü ilan eden daha önceki kararını da kaldırarak Kıbrıs’ta çözüme ilişkin önemli bir tezinden vazgeçmiştir.

Gümrük Birliği Kapanında Kıbrıs

Tam bu dönemde, Türk hükümetinin AB ile Gümrük Birliği müzakerelerini başlatmış olması ve Yunanistan’ın da isabetli bir strateji geliştirerek, Kıbrıs’ın AB ile tam üyelik müzakerelerini başlatmasına Türkiye’nin itiraz etmemesine karşılık kendisinin de, Gümrük Birliği Kararını veto etmeyeceğini hissettirmesi; Türkiye’de hükümeti Kıbrıs konusunda tepkisiz kalmaya itmiştir.

Aslında, Türkiye’nin AB ile yaptığı Gümrük Birliği Anlaşması büyük ölçüde rasyonellikten uzak ve tamamen Türkiye’nin aleyhine işleyecek ciddi hükümler içermektedir⁶⁰. Zamanın hükümetinin iç politika mülâhazalarından dolayı⁶¹ Türk bürokratik, siyasal ve ekonomik elitinin Avrupa konusundaki irrasyonel yaklaşımından faydalanarak böyle bir anlaşmayı mutlak bir hedef olarak görmesi ve medyanın da ihale, teşvik ve kredi ilişkilerinden dolayı hükümetin güdümüne girmesi, oldukça büyük önem taşıyan bu konunun ayrıntılı bir şekilde tartışılmasına ve dolayısıyla taşıdığı olumsuzlukların ortaya çıkmasına imkan vermemiştir. Bir taraftan, Türkiye, tam üye olması durumunda AB’nin lehine olabilecek bütün tavizleri bu anlaşma ile tek ta-

⁵⁹ Birleşmiş Milletler’in Kıbrıs Girişimleri ve Güven Arttırıcı Önlemler Paketi ile ilgili ayrıntılar için bkz. BÖLÜKBAŞI Süha, “Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Birleşmiş Milletler: 1954-1996 Arası Barışçı Çözumsuzlük”, SÖNMEZOĞLU Faruk(der), Türk Dış Politikasının Analizi, a.g.e. s. 282-305.

⁶⁰ Gümrük Birliği Anlaşmasının genel olumsuzlukları ve Kıbrıs sorununa etkileriyle ilgili olarak bkz. MOR Hasan, “Gümrük Birliği: Traji-komik bir fenomen”, *Yeni Yüzyıl*, 13 Mart 1995; MANİSALI Erol, Avrupa Birliği’ne Alınmayan Türkiye’yi Gümrük Birliğinde Bekleyen Sorunlar, İstanbul 1994.

⁶¹ Bkz. FIRAT M. Melek, “AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye’nin Politikaları”, a.g.e. s.269.

raflı olarak verdiğinden⁶², tam üyeliğin AB açısından hiçbir avantajı kalmamış⁶³ ve dolayısıyla 1997 tarihli AB'nin Türkiye'yi tam üyelik sürecinin tamamen dışına iten Lüksemburg Zirvesi Kararları için süreç başlamış olurken, öbür taraftan da Kurucu Anlaşmalara ve Kıbrıs Anayasasına tamamen aykırı olarak Kıbrıs'ın tamamı adına Rumların AB ile tam üyelik müzakerelerini başlatmalarına Türkiye'nin tepkisiz kalması sağlanmıştır. Buna rağmen, 6 Mart 1995 tarihinde Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliği Anlaşması imzalanmış ve Anlaşmanın, AB Parlamentosu'nun onayından geçtikten sonra 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Aynı gün AB Bakanlar Konseyi tarafından, 1994 yılında Birliğin atamış olduğu Kıbrıs Gözlemcisinin raporları incelenerek, Komisyon'un daha önceki teklifleri doğrultusunda 1996 yılında Kıbrıs'ın tam üyeliği görüşmelerinin başlatılması kararı da alınmıştır.

Bu arada, AB Parlamentosu'nun 6 Aralık 1995 tarihli onaylama oylamasına doğru yaklaşıırken, Türkiyede 24 Aralık seçimlerinin atmosferine girilmiştir. Hükümet bu olayı tarihi bir zafer olarak sunarak iç politikada kullanmak isterken⁶⁴, muhalefet ve kamuoyunun belli bir kesimi de konuyu tartışmaya açarak Kıbrıs açısından bu kararın taşıdığı riskleri ortaya koymaya çalışmıştır. Bu tartışmaların da etkisiyle Türkiye Cumhurbaşkanı Demirel ile KKTC Cumhurbaşkanı Denktaş tarafından 28 Aralık 1995 tarihinde ortak bir deklarasyon yayınlanmıştır.

Bu deklarasyonda, AB ile GKRY arasındaki ilişkilerin kazandığı son boyutların KKTC ve Türkiye açısından hangi sonuçlar doğuracağına fark edildiği dikkati çekmektedir. Zira deklarasyonda, Kıbrıs Türkleri ve Türkiye'yi Kıbrıs konusunda söz sahibi yapan hukuki zeminin kaymakta olduğunun altı çizilmekte ve Garanti Anlaşmasına atıfla Türkiye'nin etkin ve fiili garantisinin devam edeceği; Kıbrıs'ın AB'ye tam üyelik müzakerelerinin belli bir mutabakat çerçevesinde Türk ve Rumlardan müteşekkil bir ortak heyetçe yürütülmesinin gerektiği; Kıbrıs'ta kesin çözüme ulaşıncaya kadar Türkiye'nin KKTC'nin güvenliğini sağlamayı sürdüreceği belirtilmekte ve gerekirse Rum-Yunan etkinliklerine mukabil davranışlar geliştirileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliğinin Türkiye ile KKTC arasında ekonomik ve ticari ilişkileri tahdit edici herhangi bir hüküm içermediği şeklinde anlaşıldığı; Türkiye ile KKTC Dışişleri Bakanlıkları arasındaki ilişkilerin daha da yoğunlaştırılarak daimi bir danışma meka-

⁶² Benzer tespitler için bkz. GÜNDÜZ Aslan, "AB'de Yunanistan'ın dediği oldu", *Zaman*, 15 Aralık 1997; MANİSALI Erol, Avrupa Birliği'ne Alınmayan Türkiye'yi Gümrük Birliğinde Bekleyen Sorunlar, a.g.e. s. 47 vd.

⁶³ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, *Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı*, a.g.e. s. 209-210.

⁶⁴ Bkz. a.g.e., s. 215.

nizmasının oluşturulacağı ve nihayet Kıbrıs'ın AB üyeliğinin, Adada nihai çözüme varılarak Federal Kıbrıs Devleti kurulduktan sonra ancak Türkiye'nin üyeliği ile eş zamanlı olarak gerçekleşebileceği vurgulanmaktadır.

Gümrük Birliği Anlaşmasının Avrupa Parlamentosu'nda onaylanması ve Türkiye'de hükümet ve değişik motiflerle hükümetin güdümüne girmiş çevrelerce zafer kutlamalarının yapılmakta olduğu bir sırada bu deklarasyonun yayınlanmış olması Ülkemizde Kıbrıs Sorunu ve AB ile ilişkiler konusunda devlet ve/veya devlet adına politika üreten kişi ya da kurumlar arasında derin bir çelişkinin mevcudiyetini yansıtmaktadır⁶⁵.

1996 Yılında Yunanistan ile Türkiye arasında iki ülkeyi sıcak çatışmaların eşiğine getiren Kardak Krizi'nin patlak vermesi⁶⁶; sonra Rumların Yunanistan ile ortak savunmayı daha da derinleştirerek Adaya S-300 füzeleri yerleştirme kararını almaları ve Türkiye'de yine hükümetin iç politika mülahazaları ile AB ile ilişkilerde somut gelişmeler elde etmeye yönelik olarak, Demirel-Denktaş Deklarasyonundaki "Kıbrıs'ın AB'ye ancak Türkiye ile birlikte aynı anda üye olabileceği" şartında esneklik gösterebileceği sinyallerini vermesi üzerine 20 Ocak 1997'de ikinci bir Demirel-Denktaş Deklarasyonu yayınlanmıştır⁶⁷.

Bu deklarasyonda vurgulananlara bakılınca, 28 Aralık 1995 deklarasyonunda dile getirilen bütün hususları tekrarladıktan sonra; Rum-Yunan ortak savunma konseptine bir cevap olarak Türkiye ile KKTC arasında da savunma ve güvenlik alanlarındaki ilişkilerin daha da derinleştirileceği ayrıntılı olarak dile getirilerek, Rum-Yunan yaklaşmasına karşı bir cevap verildiği görülecektir. AB ve Rum Yönetimi arasında tam üyelik müzakerelerinin başlatılması ile ilgili olarak da, Yunanistan'ın zorlaması ile yakılmış olan bu yeşil ışığın büyük bir hata olduğu, bunun Yunanistan ile dolaylı bütünleşme anlamına geleceği, hukuka aykırı bu durum karşısında Türkiye'nin de KKTC ile bütünleşmeyi sağlayacak tedbirler alacağı vurgulanarak bir anlamda, AB-Rum Yönetimi yaklaşmasına cevap verilmiştir⁶⁸.

Belki de sert bir tutumu yansıtan bu deklarasyonunun etkisiyle, 24 Şubat 1997'de AB Dışişleri Bakanları toplantısını müteakip yapılan açıklamada, daha öncesine göre farklı bir AB tutumu dile getirilerek, Kıbrıs'ta bir

⁶⁵ Bkz. a.g.e., s. 224 vd.

⁶⁶ Bkz. REUTER Jürgen, "Außenpolitätik und außenpolitätische Strategien griechenlands in den neunziger Jahren. Athens Balkan- und Europapolitik nach dem Zusammenbruch der sozialistischen Systeme", in: Südosteropa, 45. Jhg., 9-10/1996, s.660 vd.

⁶⁷ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Türkiye'nin Dış Politika Sorunları, a.g.e. s. 225.

⁶⁸ Bkz. AXT Heinz-Jürgen, "Konflikttriade im östlichen Mittelmeer. Die Türkei, Griechenland und Zypern", in: Internationale Politik, 2/1996, s. 38.

çözüm olmadan tam üyelik müzakerelerinin başlatılamayacağı, bölünmüş bir Kıbrıs'ın bu haliyle AB'ye alınamayacağı vurgulanmıştır⁶⁹ ..

Lüksemburg Kararları ve Yanlış Hesaplar

Ancak, 15 Temmuz 1997'de AB Komisyonu'nun yayınladığı "Gündem 2000" raporunda⁷⁰ 24 Şubat'taki tutumla taban tabana zıt bir yaklaşım sergilenerek, Kıbrıs'a AB genişleme listesinde yer verilirken, Türkiye bu listenin dışında tutulmuştur. İşte bu durum, Helsinki Zirvesi sonrası Kıbrıs sorununun kazandığı son boyuta ulaşmada temel sürükleyici dinamiklerden en önemlisi olmuştur.

Bu arada, Türkiye'de hükümet değişikliği yaşanmış ve Kıbrıs konusunda "şahin" olmakla nitelenen Bülent Ecevit Başbakan yardımcısı olurken, yine benzer eğilimde olan Şükrü Sina Gürel de Kıbrıs İşlerinden Sorumlu Devlet Bakanı olarak kabineye girmiştir. Yeni hükümetin Kıbrıs politikasının ana çizgilerini hükümet programında bulmak mümkündür. Söz konusu programda, AB'nin 15 Temmuz 1997 tarihli kararına tepki olarak, GKRY'nin AB ve Yunanistan ile bütünleşme politikalarına karşılık, KKTC'nin de Türkiye ile adım adım bütünleşme politikası izleyeceği belirtilmekte ve bundan daha da önemlisi, "Hükümetimiz, Kıbrıs'ın yalnız Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti için değil, doğrudan doğruya Türkiye'nin güvenliği açısından da önem taşıdığı ve bu önemin arttığını bilincindedir" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadede aslında Türkiye'nin Kıbrıs politikasının şekillenmesinde fiilen devamlılık arz eden bir boyuta işaret edilmiştir. Ancak, dikkat çekici olan, bu boyuta ilk defa resmen atıfta bulunulmuş olmasıdır. Bununla, Kıbrıs'ın Türkiye için bir çok açıdan vazgeçilmez olduğu vurgulanmak istenmiştir. Bu vurgunun adresinin, tam üyelik konusundaki tutumundan dolayı AB, sıkı savunma ilişkilerine yönelmesinden dolayı Yunanistan ve tabii ki bütün bu gelişmelerle bir oldu bitti yaratmak hesabı içerisinde olduğu anlaşılan Kıbrıs Rum Yönetimi oldukları söylenebilir. Böylece, yeni hükümetin Kıbrıs konusunda geri adım atmak bir yana, AB ve Yunanistan'ın tutumlarına paralel bir şekilde KKTC ile ilişkilerde nitelikli bir derinliğe yöneleceği açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim bu atmosfer içerisinde 9-13 Temmuz 1997 tarihlerindeki zirvede Denктаş ilk defa konfederasyon anlamına gelebilecek tezler ortaya atmıştır. Yine Temmuz ayı içerisinde KKTC'yi ziyaret eden bakan Şükrü S. Gürel, Türkiye'nin sadece Kıbrıs'ın güvenliği ile ilgilenmediğini, aynı zamanda Türkiye'nin güvenliği açısından da Kıbrıs'ın büyük bir önem taşımakta olduğunu vurgulamıştır. Böylece, Kıbrıs'ın başka konularla karıştırılarak pazarlık mevzuu yapılmasına izin

⁶⁹ Bkz. BAHÇELLİ Tozun, "Güç merkezlerinin Kıbrıs'taki çözüm kısılacı", *Zaman*, 8 Aralık 1998; ÖZKAN İ. Reşat, *Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı*, a.g.e. s. 142-143.

⁷⁰ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, *Türkiye'nin Dış Politika Sorunları*, a.g.e. s. 220-221.

verilmeyeceğini belirtilerek, AB ve Yunanistan'ı örtülü olarak uyarmıştır. Gürel, KKTC'nin kalıcılığı düşüncesinden hareket edilmekte olduğu intibayı verecek bazı yatırım ve altyapı programlarının başlatılacağını da ima etmiştir.

Bu ziyaretten hemen sonra Kıbrıs hareketinin yıl dönümü kutlamaları münasebetiyle, Başbakan Yardımcısı Ecevit, Dışişleri Bakanı İsmail Cem ve Kıbrıs işlerinden sorumlu Devlet Bakanı Şükrü S. Gürel'den müteşkil bir heyet KKTC'yi ziyaret etmiş ve ortak bir bildiri yayınlarak KKTC ile kısmi bütünleşmeyi hedefleyen bir tedbirler paketi açıklamışlardır. Bu pakette yer alan unsurlar incelendiğinde, aslında daha önce Cumhurbaşkanı Demirel ile Denktaş arasında yayınlanan deklarasyonlardaki hususların biraz daha somut ve geliştirilmiş vaziyette tekrarlanmakta olduğu görülecektir. Bunlar, Türkiye ile KKTC arasında bütünleşmeyi sağlamaya yönelik olan, KKTC'ye yapılan bir saldırının Türkiye'ye yapılmış addedilerek mukabele edileceğini ilan eden güvenlik; ticaret, maliye, altyapı gibi konularda işbirliğini öngören ekonomik; KKTC'nin bağımsız bir birim olarak kökleşmesini esas alan televizyon yayınlarının TÜRKSAT aracılığı ile daha geniş bir alanı kapsar hale getirilmesini öngören sosyal; birlikte temsil ve bütünleşme projesinin iki devletin parlamento ve ilgili bakanlıklarından müteşkil oluşturulacak bir Ortaklık Konseyi marifeti ile yürütülmesini esas alan siyasal, hukuki ve kurumsal tedbirlerden meydana gelmekteydiler.

Kısmi bütünleşmeyi hedefleyen bu tedbirler paketinde vurgulanan hususların GKRY'nin AB ve Yunanistan ile geliştirdiği ilişkilere tam bir paralellik arz ettiği dikkati çekmektedir. Dahası pakette açıkça, "GKRY'nin AB ile girişecekleri tüm yapısal işbirliği ve uyum düzenlemelerinin benzeri Türkiye ile KKTC arasında da gerçekleştirilecektir."⁷¹ ifadesine de yer verilmiş olduğu görülmektedir. Böylelikle Lüksemburg kararlarının habercisi durumdaki Komisyon raporuna karşılık, Lüksemburg kararları sonrası için düşünülen tedbirlerin oluşturulması yönünde bir hazırlık göze çarpmaktadır. Bu da Türkiye'nin Kıbrıs politikasını artık iyice AB'nin tutumuna endeksli hale getirdiğine işaret etmektedir.

Bu deklarasyonun bir başka özelliği de, daha önce devlet aygıtı içerisinde Cumhurbaşkanı'nın başını çektiği askeriye ve Dışişleri bürokrasisinden oluşan bir eksen ile hükümet eksenini arasında Kıbrıs sorununa dair varlığı hissedilen ikiliğin ortadan kalkarak yeni hükümetle birlikte bir yeknesaklık sağlandığını gösteriyor oluşudur. Yukarıda anılan deklarasyonda öngörülen bütünleşme projesinin, KKTC'nin bağımsızlığı ile ilgili çelişki ve olumsuz-

⁷¹ Karşılaştırınız; FIRAT M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", a.g.e.277.

luklar içerdiğini öne süren tepkiler burada bütünleşme yerine “özel ilişki” kavramının kullanılmasına sebep olmuştur. Ama bu sadece şekli bir tutum olup kesinlikle öze ilişkin bir tutum değişikliği anlamına gelmemektedir⁷².

Lüksemburg’dan Helsinki’ye Doğru

15 Temmuzda AB Komisyonu’nun yayınladığı “Gündem 2000” adlı raporda Türkiye AB’nin genişleme listesinde yer almazken, Kıbrıs’a birinci etap genişlemeye dahil edilecek ülkeler listesinde yer verilmiş olmasının, Helsinki Zirvesi kararlarına ulaşılan inişli çıkışlı süreci başlatan temel sürükleyici dinamik anlamına geldiğini belirtmiştik. 12 Aralık 1997 Lüksemburg Zirvesinde AB Konseyi, Komisyonun yayınladığı bu raporu benimseyerek AB’nin bir kararı şeklinde resmileştirmiştir. Bu kararlar birlikte başlayan, tepki ve karşı tepki süreci dikkatle analiz edildiğinde, AB’nin Helsinki zirve kararları ile birlikte Kıbrıs sorununun geldiği noktayı daha gerçekçi bir düzlemde analiz ederek, anlamlandırmak mümkün olacaktır.

Zira, Türkiye kendisini tamamen dışlayarak, AB genişleme sürecinin dışına atan ve bununla, bir bakıma Gümrük Birliğini AB-Türkiye ilişkilerinde varılabilecek nihai nokta olarak değerlendirmekle kalmayıp, bütün Kıbrıs adına GKRY ile Mart 1998’de tam üyelik müzakerelerini başlatarak Kıbrıs’ı AB’ye tam üye yapmak yaklaşımını karara bağlayan AB’ne karşı normalde kendisinden hiç beklenmeyecek sertlikte bir tepki koymuştur.

AB, Türkiye’yi Ortaklığa Hazırlama adıyla anılan bir kurum ihdas ederek, Türkiye ile ilişkiler konusunda yeni bir Avrupa Stratejisi belirlemiştir. Bu stratejinin bir parçası olarak Avrupa Konferansı adında bir toplantı tertipleyerek Türkiye’yi de bu konferansa davet etmiştir. Aslında bunların tamamı Yunanistan ve Avrupalı Hıristiyan Demokratların, AB içerisinde ortaklaşa geliştirdikleri, bir taraftan Türkiye’yi tam olarak AB bütünleşme sürecinin dışına itmeyi diğer taraftan da onu tamamen kontrol ve nüfuz alanı dışına çıkarmamayı hedefleyen taktik manevralardan başka bir şey değildir.

Esasında dikkatle bakıldığında Gümrük Birliğinin de, AB’nin bu stratejisinin taktik bir parçası olarak düşünüldüğü öne sürülebilir⁷³. Zira, hem bu anlaşmanın müzakere ediliş tarzı, hem de aldığı son şekil göz önünde bulundurulduğunda, o sırada Türkiye’deki iç siyasal yapılanma ve karar alma mekanizmasından kaynaklanan zafiyetlerden sonuna kadar istifade

⁷² Bkz. a.g.e. s. 277 vd.

⁷³ AB’nin Gümrük Birliği’ni, Türkiye’yi AB genişlemesinin dışında tutarken tamamen AB’den uzaklaşmasını da önlemeye ve Kıbrıs ve Yunanistan ile ihtilaflar konusunda da tavize almaya yönelik bir stratejinin parçası olarak ortaya attığına dair tespitler için bkz. AXT Heinz-Jürgen, “Konflikttriade im östlichen Mittelmeer. Die Türkei, Griechenland und Zypern”, a.g.e. s. 36.

edilmeye çalışıldığı⁷⁴; Türkiye'den, AB'ye tam üye olmasının AB lehine sağlayabileceği bütün avantajların tek tek alındığı ve böylece Türkiye'nin AB'ye tam üyeliği durumunda elinde Birlik lehine sağlayabileceği hiçbir olumlu artı katkı bırakılmadığı görülecektir⁷⁵. Bu tutum, ileride içerisine alacağı bir aday ülkeye karşı samimi, dürüst ve yapıcı bir ilişkiler parametresi tesis etmekten oldukça uzak olmasına rağmen, o günkü şartlarda başarılı olabilmıştır.

Bu yakın tecrübeden aldığı cesaretle hareket eden AB, Lüksemburg'da söz konusu taktiğe baş vurarak yine başarılı olabileceğini hesaplamıştır. Ancak bu defa, Türkiye hiç de beklenildiği şekilde hareket etmeyerek, AB'nin Lüksemburg kararlarını doğru değerlendirmiş ve buna mütenasip bir tepki olarak AB ile her türlü siyasal diyalogu kestiğini, Avrupa Konferansına katılmayacağını, Kıbrıs ve Yunanistan ile ilgili hiçbir konuyu AB ile asla konuşmayacağını ve AB ile Kıbrıs Rum Yönetimi arasında tam üyelik görüşmelerinin başladığı anda kendisinin de KKTC ile kısmi bütünleşme programını uygulamaya koyacağını deklare etmiştir.

Bunu müteakip, 31 Mart 1998'de AB'nin Rum Yönetimi ile tam üyelik müzakerelerini başlatması üzerine, Türkiye de Türkiye-KKTC Ortaklık Konseyi'ni toplantıya çağırarak daha önce belirlenmiş tedbirler paketini yürürlüğe koymak suretiyle ilişkileri o doğrultuda geliştirme kararı almıştır. Böylece, AB'nin Ada'nın bütünü için Rum Yönetimini meşru temsilci kabul ederek Kıbrıs ile tam üyelik görüşmelerini başlatmakta ısrar etmesi ile birlikte, Kıbrıs sorununun çözümüne dair daha önce kabul edilen çözüm parametrelerinin ortadan kalktığı ve artık Adada iki ayrı devletin varlığını esas almayan çözüm arayışlarının kabul edilemeyeceği⁷⁶ ve Türkiye ile KKTC arasında ekonomik, siyasal, güvenlik, eğitim ve kültür alanlarındaki ilişkilerin derinleştirilmesi sürecinin başlatıldığı ilan edilmiştir. Bu tavır aynı zamanda KKTC'nin Kıbrıs sorununa nihai çözüm olarak federasyon düşüncesinden vazgeçerek, konfederasyon görüşünü ortaya attığı anlamına da gelmektedir.⁷⁷

Türkiye'nin AB ile her türlü siyasi diyalogu askıya aldığını deklare eden bu kararlı tepkisiyle birlikte Türkiye-AB, Türkiye-Yunanistan, Türkiye-

⁷⁴ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı, a.g.e. s. 242-245.

⁷⁵ Bkz. MOR Hasan, "Gümrük birliği yüzyıllık hasreti bitirdi mi?", *Yeni Yüzyıl*, 19 Aralık 1995.

⁷⁶ Bkz. BİRAND Mehmet Ali, "Yıllardır dünyayı aldattık, artık bitti (4)", *Sabah*, 2 Nisan 1998.

⁷⁷ Karşılaştığımız KARAOSMANOĞLU L. Ali, "Denктаş'ın önerisi Kıbrıs ve AB için yeni bir fırsattır", *Zaman*, 9 Eylül 1998.

Kıbrıs ilişkileri ve bunların da birbirleri ile ilişkilerini içine alan bütün ilişkiler ağının parametreleri temelden değişerek yeni bir nitelik kazanmıştır.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Lüksemburg Kararlarının hem AB ve hem de bu kararların oluşumunda önemli rol oynayan temel aktör konumundaki Yunanistan açısından büyük bir taktik-stratejik hata olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira bu kararlar ile AB'den dışlanmış bulunan Türkiye, AB ile her türlü siyasal diyalogu kesince, AB Türkiye'ye karşı kullanabileceği bütün kartlarını kaybetmiştir. Bu ise, hem Kıbrıs ve Yunanistan ile olan sorunların çözümü konusunda, hem de Soğuk Savaş sonrası dönemin uluslararası sisteminde global bir aktör olma düşüncesindeki AB açısından tarihi, kültürel ve daha da önemlisi jeopolitik potansiyelleri itibarı ile Avrasya stratejisinin kilit bir aktörü durumdaki Türkiye'nin çekim alanı dışına itilmesinin sakıncaları bakımından kabul edilemez bir durum olarak görülmüştür⁷⁸. AB ve Yunanistan bu hatalarını anlamakta gecikmediler. İşte AB'nin Helsinki Zirvesi Kararları ile noktalanın süreç, bu büyük hatanın düzeltilmesine yönelik AB ve Yunanistan'ın arayış, taktik ve stratejilerinden müteşekkil bir manevralar zincirinden ibarettir.

AB açısından bakıldığında, 31 Mart 1998'de Rum Yönetimi ile tam üyelik müzakerelerinin başlamış olmasına rağmen Kıbrıs'ta fiilen iki ayrı devletin varlığı realitesinin, bu üyelik sorununu içinden çıkılmaz hale dönüştürmüş olduğu görülecektir⁷⁹. Bunun farkına varan Almanya, Hollanda, İtalya ve Fransa gibi AB'nin dört büyük ülkesi, 9 Kasım 1998'de yayınladıkları ortak bir deklarasyonla⁸⁰, bölünmüş bir Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliğinin ciddi sorunlar çıkaracağını belirterek, soruna bir çözüm bulunana kadar Kıbrıs'ın AB'ye üyelik görüşmelerine taraftar olmadıklarını ilan etmişlerdir⁸¹.

Bu dönemde, KKTC Cumhurbaşkanı Denktaş ve Türkiye Dışişleri Bakanı İsmail Cem tarafından Kıbrıs'ta iki bağımsız devlet olduğunun kabul edilmesini ve bu iki devletin karşılıklı olarak birbirlerini tanıdıktan sonra, birlikte AB'ye tam üye olması gerektiğini içeren Konfederasyon önerisi

⁷⁸ Prof. Norman Stone, Türkiye'nin söz konusu bu potansiyellerinin AB ve ABD açısından taşıdığı önemi ve bu sebepten dolayı Türkiye'nin dışlanmışlığının geçici olduğunu ve mutlaka sürece tekrar dahil edileceğini daha Haziran 1998 Cardiff zirvesinde Türkiye'nin AB tarafından dışlanmışlığının sürdürüleceği anlamına gelen bir tutum takınılması üzerine kaleme aldığı makalesinde iddia etmekteydi ve yaklaşık bir buçuk yıl sonra Helsinki zirvesi sonucu bildirgesi ile birlikte Stone'un tezleri haklılığını ispatlamış oldu bkz. STONE Norman, "Cardiff dağı fare mi doğurdu?", *Zaman*, 23 Haziran 1998.

⁷⁹ Bkz. a.g.m.

⁸⁰ Söz konusu deklarasyonun etkileri ile ilgili bkz. BAHÇELLİ Tozun, "Güç merkezlerinin Kıbrıs'taki çözüm kısıkaçı", *Zaman*, 8 Aralık 1998.

⁸¹ Bkz. a.g.m.

ortaya atılmıştır⁸². Bu öneri Yunanistan ve Rum Yönetimince incelenmeye bile değer bulunmayarak reddedilirken, AB tarafından da pek o kadar ilgi görmemiştir. Ancak bu tarihten itibaren Türk tarafı görüşmelerde, soruna bu öneride ortaya konulan düşünsel çerçevede bir çözüm aranması gerektiği görüşünü ısrarla öne sürmüştür.

En son Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Annan gözetimindeki Aralık 1999 New York görüşmelerinin yapılabilmesi için, Denктаş KKTC'nin tanınması ve görüşmelerin iki egemen eşit devlet arasında doğrudan yapılmasını şart koşmuş, bu önerinin kabul görmemesi üzerine ise görüşmelerin dolaylı biçimde yürütülmesi konusunda bir mutabakata varılmış ve böylece Annan'ın aracılık ettiği dolaylı görüşmelere başlanmıştır. Bu görüşmelerin devamı da 2000 Ocak ayı sonlarında Cenevre'de gerçekleşmiştir. Bütün bu dolaylı görüşmelerde, Denктаş, KKTC'nin eşit egemen bir devlet olarak varlığının tanınması ve AB'ye üyelik de dahil bu zeminde bir anlaşmaya varılmasını önerirken; Klerides, eskiden beri bilinen Kıbrıs'ın birlik ve bütünlüğü tezlerini tekrarlamakla yetinmiştir⁸³. Tarafların karşılıklı olarak kendi tezlerinde ısrar etmeleri üzerine, bu görüşmelerden de herhangi bir uzlaşma çıkmamış, böylece Kıbrıs Sorunu, hakkında hiçbir olumlu gelişme sağlanmadan günümüze kadar gelmiştir.

Şimdi, Helsinki Zirvesi Kararlarını oluşturan sürece tekrar dönerek, nasıl bir atmosfer içersinde bu kararlara ulaşıldığı, AB ve Yunanistan'ı Türkiye'ye karşı belirgin bir yaklaşım değişikliğine iten faktörlerin neler olduğuna kısaca bakacağız.

Rum Yönetiminin Yunanistan ile birlikte Kıbrıs'a S-300 füzeleri yerleştirme kararında takvim işleyerek sona yaklaşıldığı dönemlerde, Türkiye bu kararın kendi güvenliği için açık bir tehdit ve meydan okuma anlamına geldiğini ve uygulamaya konulması durumunda gerekli her türlü tedbire başvurarak bunu engelleyeceğini ilan etmiştir. Bu kararlı tutum karşısında bir çatışma çıkmasından çekinen ABD ve belli başlı AB üyesi ülkeler bu kararın uygulanmasından vazgeçilmesi yönünde telkinlerde bulunması için baskı yaparak Yunanistan'ı harekete geçirdiler⁸⁴. Türkiye'nin kararlı tutumunu karşısında işin ciddiyetini kavrayan Yunanistan'ın telkinleri sonucu Rum Yönetimini bu kararından vazgeçmek zorunda kalmıştır.

Öbür taraftan, Yunanlı diplomatların NATO'nun bazı gizli plan ve bilgilerini dışarı sızdırmaları, Yunanistan'ın Kosova'ya müdahale konusun-

⁸² Bkz. ÜNAL Hasan, "Yanlışlardan Doğruya Gidilmiyor", *Zaman*, 28 Eylül 1999.

⁸³ Bkz. KOHEN Sami, "Ne çıkar bundan", *Milliyet*, 1 Şubat 2000.

⁸⁴ Bu konuyla ilgili Batılı basında dile getirilen kaygılara bir örnek olarak bkz. CONRAD Bernt, "Sprachlosigkeit bedrocht Zypern", *Die Welt*, 27 April 1998.

daki isteksizliği ve benzer şekilde Sırbistan'a bilgi sızdırdığı iddialarının yayılması Yunanistan'ı zor durumda bırakmış ve NATO ve AB içersinde tecrit edilmesi eğilimini ortaya çıkarmıştır.

Ayrıca 1999'un başlarında Öcalan'ın Kenya'da ele geçirilmesi ve Yunanistan ile çok yönlü ilişkiler içerisinde olduğunun ortaya çıkması Yunanistan'ın bu dönemdeki diğer bir dış politika çıkması olarak görülmüştür⁸⁵.

Bütün bu şartlar bir arada mütalaa edilince, Yunanistan'ın Türkiye ile diyalogu içeren yeni bir dış politika konsepti geliştirmesi daha anlamlı hale gelmektedir. Dolayısıyla, 1999 Ağustosunda önce Türkiye ve arkasından da Yunanistan'da yaşanan depremlerin Türk-Yunan diyalogunun başlamasına vesile olduğu şeklinde kamuoyunda beliren kanaatin bir yanılsamadan ibaret olduğu söylenebilir. Deprem faktörü sadece iki ülke arasında yukarıdaki dinamiklerin zorlaması ile Dışişleri Bakanlarının Madrid buluşması ile başlayan diyalog sürecinin her iki ülke kamuoyu tarafından destek görmesine bir katkıda bulunmuştur.

Bilindiği gibi görüşmeler neticesinde iki ülke arasında belirgin bir yakınlaşma sağlanmıştır. Bazı ekonomik ve kültürel alanlarda işbirliği imkanlarının araştırılması ve ilişkilerin geliştirilmesi konusunda mutabakata varılması, üstelik yapılan karşılıklı ziyaretlerle havanın daha da yumuşatılması ile Helsinki Zirvesi Kararlarına ulaşılmıştır.

Helsinki Zirvesi Kararlarının Taşındığı Anlam

AB, 10-11 Aralık 1999 tarihinde dönem başkanlığını elinde bulunduran Finlandiya'nın başkenti Helsinki'de yüz yılın son zirve toplantısını yaparak, "Millenium Deklerasyonu" adı altında bazı kararlar yayınlamıştır. Söz konusu zirvede, AB'nin genişlemesi, savunma kimliği ve Birliğin geleceği ile ilgili olarak da bazı kararlar alınmıştır Ancak bu kararlar konumuz dışındadır olduğundan, biz bu kararların Türkiye ve Kıbrıs'ı ilgilendiren kısmına kısaca göz atacağız.

Bu kararlarda, Türkiye'yi AB genişleme sürecinin tamamen dışına iterek Türkiye'nin sert tepkisine sebep olan Aralık 1997 Lüksemburg zirvesindeki tutumdan vazgeçilerek Türkiye'nin tekrar AB üye adaylığının teyit edilmiş olması, aslında somut bir anlam ifade etmemektedir. Zira, Türkiye'nin üye adaylığı daha 1963 yılında imzalanan Ortaklık Anlaşmasının 28. maddesinde zaten hükme bağlanmış bulunmaktaydı⁸⁶. Bu kararlarda yeni olan şeyin, sadece daha önce Lüksemburg'da yapılan bir hatadan dönülmesi

⁸⁵ Bkz. TAŞHAN Seyfi, "Atina hatasını kabul etmeli", *Zaman*, 2 Mart 1999.

⁸⁶ Karşılaştırınız, KARLUK Rıdvan, "Avrupa Birliği Türkiye'yi dışlıyor mu?", *Zaman*, 16 Aralık 1997.

olduğu söylenebilir. Çünkü, Lüksemburg zirvesinde, AB'nin stratejik öngürsüzlüğü ve AB içerisinde etkin olan tutucu Hıristiyan Demokratların AB'ni aynı zamanda bir kültürel değerler birliği olarak algılamaları ve bu değerlerin de Hıristiyanlık dininin değerlerinden oluştuğu, Türkiye gibi bu Hıristiyan değerler dairesine mensup olmayan bir ülkenin AB içerisinde yerinin olamayacağı şeklindeki anlayışları⁸⁷, Yunanistan'ın yanlış hesaplara dayanan tazyiki ile bir araya gelerek Türkiye'yi AB genişleme sürecinin tamamen dışına iten kararın oluşmasına sebep olmuştur.

Helsinki'de bu tavırdan dönülmüş olduğundan, Türkiye tekrar AB üye adaylığı statüsünü elde etmiştir. Ancak hala bunun ne zaman gerçekleşeceğine dair herhangi bir somut takvim belirlenmiş değildir. Çok daha önemli olanı da, bu muğlak üye adaylığının hangi somut şartlar ileri sürülerek belirli bir takvime bağlanacağı hususu Türk dış politikası ve Türkiye'nin ulusal çıkarları açısından hayati bir önem ve değeri haizdir.

Kararlarda, AB'ye tam üyelik görüşmelerinin başlatılabilmesi için Türkiye'nin, "Kopenhag Kriterleri"ni yerine getirmesi şart koşulmuştur. Bu kriterlerin hayata geçirilmesi, ekonomik, siyasal ve hukuki bir üst standarda ulaşmak anlamına geldiği, dolayısıyla bu bakımdan olumlu bir yol gösterici ve motive edici faktör olduğundan kararların bu hususlara müteallik kısmının olumsuz nitelik taşıdığı söylenemez. Ancak, kararlardaki Yunanistan ve Kıbrıs'a dair hususlara bakıldığında, aynı iyimserliği sürdürmek mümkün değildir. Zira bu kararlarda da 1997 Lüksemburg zirvesi kararındaki temel tezler ve tutumun aynen korunduğu, bu konuda olumlu bir yaklaşım sergilenmediği söylenebilir.

Söz konusu kararda, Ege ve Kıbrıs sorununa dair Yunanistan'ın uzunca bir zamandır savunmakta olduğu görüşler ve bunların Türkiye'nin AB ilişkileri ile irtibatlandırılış şekillerinin aynen tekrarlanmış ve bu şartlar dahilinde Türkiye'nin AB'ne üye adaylarının yer aldığı listeye dahil edilemeyeceği belirtilmiştir. 'Aralık 1999 Helsinki zirvesinde ise, Türkiye'nin 1963'de AET ile ortaklık tesis eden Ankara Anlaşması gereğince zaten mevcut olan⁸⁸ tam üye adaylığı teyit edilmiş; bunun dışında Aralık 1997 Lüksemburg zirvesindeki görüşler belli bir takvime de bağlanarak aynen korunmuştur⁸⁹. Yukarıda da işaret edildiği gibi Lüksemburg zirvesinde, Türkiye'nin insan hakları, azınlık sorunları, komşuları ile olan sorunlarında uluslararası hukuk yollarına başvurmayı kabul etmesi istenmekte ve fakat Kıbrıs ile koşulsuz olarak tam üyelik müzakerelerinin başlatılmasına karar verilmekteydi. Dikkat edilecek olursa, bu hususlar, bir kısmı Helsinki zirvesi

⁸⁷ Bkz. İNAN Kamram, "AB ve feda edilen 50 yıl", *Zaman*, 16 Aralık 1997.

⁸⁸ Bkz. KAMEL Ayhan, "AB Kompleksi", *Cumhuriyet*, 20 Aralık 1999.

⁸⁹ Bkz. ÜNAL Hasan, "Yunanistan seçimleri: Şimdi neler olacak?", *Zaman*, 13 Nisan 2000.

kararlarına “Kopenhag Kriterleri”ni yerine getirmek olarak, diğerleri ise belirgin bir takvime de bağlanarak, Yunanistan ile ihtilafların en geç 2004 yılına kadar, gerektiğinde Lahey Adalet Divanı’na da götürülerek çözüme kavuşturulması biçiminde yansıtılarak Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin başlatılabilmesi şartları haline getirilmiştir.

Bu kararlarda, Kıbrıs konusunda ise Kıbrıs’ın tam üyeliğinin kolaylaştırılması yönünde bir tavır takınıldığı söylenebilir. Zira, Lüksemburg zirvesinde AB’nin Kıbrıs ile tam üyelik görüşmelerini başlatmaya karar vermiş olmasına rağmen, sonradan Adadaki fiili durumu da dikkate alan Almanya, Fransa, İtalya ve Hollanda’nın sorunu daha da karmaşıklaştıracağını öne sürerek bir çözüme varılıncaya kadar tam üyelik görüşmelerinin askıya alınması şeklindeki tutumları ile AB’de sorun kilitlenerek Rum-Yunan ikilisini çözüm aramaya mecbur etmiş iken, Helsinki kararlarında bir bakıma bu Rum-Yunan tarafını zora sokarak Kıbrıs’ta bir çözümü AB’ne tam üyeliğin ön şartı haline getiren durum sona erdirilmiş⁹⁰ ve yayınlanan zirve bildirisinde, Kıbrıs’ın AB’ne tam üyeliği değerlendirilerek sorunun çözülmüş olup-olmadığına bakmaksızın karara varılacağı görüşüne yer verilmiştir. Adadaki bölünmüşlüğe bir çözüm bulunmaksızın tam üyelik görüşmelerine başlanmayacağına ilişkin yaklaşım bir taraftan Rumların Adanın tamamının meşru temsilcisi sıfatıyla ortaya çıkmalarına örtülü bir itirazı ifade etmekteyken, diğer taraftan da Rumları bir anlamda Adanın tamamını temsil etme yönündeki hukuk dışı tezlerinden vazgeçerek, kabul edilebilir bir çözüm girişimlerine katılmayı teşvik etmekte, hatta buna zorlamaktaydı.

Ne var ki, Helsinki zirvesinde Kıbrıs’ın tam üyeliği ile ilgili olarak benimsenen bu son tutum, Rumları az çok müzakere masasına yaklaştırma potansiyeli taşıyan önemli parametreleri ortadan kaldırmış bulunmaktadır⁹¹. Dolayısıyla, bundan böyle Rumların müzakereye daha büyük bir isteksizlikle yaklaşacakları öngörüsünde bulunmak herhalde kehanet ol.nasa gerektir⁹².

SONUÇ

Türk-Yunan ihtilafları, Yunanistan’ın dış ve hatta bazen iç politikası açısından biricik değilse bile kesinlikle birinci önceliğe sahip bir konu olduğu gibi; Türkiye açısından da bu ilişkilerin oldukça önemli önceliğe sahip bir dış politika konusu olduğu söylenebilir⁹³. Hatta zaman zaman Yunanistan eksenli sorunların Türk dış politikasında birinci öncelikli bir konum kazandıkları da gözlemlenir. Kıbrıs sorunu da, Türk-Yunan ihtilaflarının ana eksenini

⁹⁰ Bkz. REUTERS, 12.12.1999.

⁹¹ Bkz. Basler Zeitung, 11-12.12.1999.

⁹² Bkz. KAMEL Ayhan, “AB Kompleksi”, a.g.m.

⁹³ Bkz. GÜRBEY Gülistan, Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen, a.g.e. s. 80 vd.

teşkil etmekte olup, iki ülke arasındaki diğer sorunların çözümünde (daha doğru bir ifadeyle çözümsüzlüğünde) kilit rol oynamaktadır⁹⁴. İkinci Dünya Savaşını müteakip Türk dış politikasının seyrine bakılarak, izlediği güzergah ve buradaki temel belirleyici dinamikler analiz edilirse, Türk-Yunan ilişkilerinin ve bu arada Kıbrıs sorununun bu dinamikler arasında en başta yer aldığını görmek kolaylaşacaktır.

Bu durum Türk dış politikasına yön veren aktörlerin temel dış politika algılama ve tercihleriyle de çok yakından ilgili olduğundan; belli bir subjektiviteyi de içinde barındırmaktadır⁹⁵. Objektif olarak bakıldığında ise, temel parametreleri itibarıyla Yunanistan ile olan ilişkiler ve bu çerçevede ortaya çıkan sorunların, Türkiye gibi reel olarak bölgesel bir güç olma potansiyeline sahip orta ölçekli bir ülkenin dış politikasında bu kadar ağırlıklı bir etkiye sahip olmaması gerekir. O halde mevcut fiili durumun yukarıda işaret edilen subjektivitenin uzantı ve yansımaları olduğu sonucuna ulaşmak yanlış bir yaklaşım olmasa gerektir. Gerçekten de, Kıbrıs sorunu ve bu sorunla ilgili Türk dış politikasında şekillenen ilişki ve etkileşim ağı bu çıkarımı somutlaştırıcı nitelikteki yansımalarıdır⁹⁶.

Kıbrıs sorununda özellikle AB Helsinki zirvesi kararları ile birlikte gelinen en son durumun niteleme, tanımlama, analiz ve yorumunda bu durum çok daha açık olarak görülmektedir.

Yukarıda anılan kararlar, bu kararların oluşum süreci içerisindeki gelişmeler ve bu gelişmeleri biçimlendiren dinamiklerin analizinden anlaşılıyor ki, genelde Yunanistan ile ilişkiler ve özelde de Kıbrıs sorunu Türk dış politikası denkleminin en temel değişmez dinamiği durumundadır.

1987 yılında değişmeye yüz tutmuş uluslararası sistemin de etkisiyle Türk dış politikasındaki karar verici aktörler AB'ne tam üye olma yönünde bir karara vararak süreci işletmeye başlattılar. Bu somut kararlar birlikte ortaya konulan hedef şüphesiz belli ilişkiler parametresini içeren bir dış politika konseptini öngörmekteydi. Helsinki kararları ile varılan nokta, Türkiye'nin 1987'de ortaya koyduğu dış politika konsepti parametrelerinin etkileşim süreci ve dalgalanmalarının nihayetinde ortaya çıkan bir ara aşamayı ifade etmektedir. Artık Türk-Yunan ilişkileri ve/veya Kıbrıs sorunu, iki ülke ara-

⁹⁴ Bkz. GÜRÜN Kamuran, "Ege Sorunu", a.g.e. s. 260-262.

⁹⁵ Dış politikanın genel olarak nasıl bir ortamda oluştuğunun analizine dair bkz. KINDERMANN Gottfried-Karl, "Zur Methodik der Internationalen Konstellationsanalyse", Kindermann, Gottfried-Karl (Hrsg.), a.g.e. s.106 vd.

⁹⁶ Türkiye'nin Kıbrıs sorunundaki zorluklarını üçüncü ülkelerin nasıl istismar ederek başka dış politika alanlarında ne şekilde kullanmaya çalıştıklarıyla ilgili olarak bkz. DAVUTOĞLU Ahmet, "Kıbrıs ve G-8", *Yeni Şafak*, 23 Haziran 1999.

sında salt bir bilateral ilişki olmaktan çıkarak, bütün bir Türk dış politikasını kuşatan sofistike bir mahiyete bürünmüş bulunmaktadır.

Türkiye'nin AB üyeliğini temel ve birinci derecede öncelikli bir dış politika hedefi olarak ortaya koyması ve bu hedefe ulaşmak için uygun araç ve stratejileri geliştirerek devreye sokmakta sergilediği ciddi zaafiyetler, gelişmelerin yukarıdan beri açıklanan seyir içerisinde biçimlenmesine temel sebep olmuştur. Açıklıkla ifade etmek gerekir ki, Türkiye'nin AB'ne üye olma hedefi, yukarıda işaret edilen karmaşık ve sorunlu durumun ortaya çıkmasında tek başına kesinlikle yeterli değil ve fakat gerekli bir faktör olmuştur. Bir başka ifadeyle, söz konusu hedef olmasaydı bu gelişmelerin hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktı. Ancak karşı karşıya bulunduğumuz durumun ortaya çıkmasında, bizatihi bu hedefin mevcudiyeti değil, aksine hedefe ulaşılmasında gösterilen zaafiyetler önemli rol oynamıştır. Eğer bu zaafiyetler gösterilmemiş olmasaydı, konulan hedeflere ulaşma istikametinde şimdikinden çok daha ileri bir noktaya varılmış olabileceği rahatlıkla söylenebilir.

Helsinki Deklarasyonunun özellikle 4 ve 9. maddelerine bakıldığında, AB'nin Ege ve Kıbrıs sorunları ile ilgili olarak tamamen Yunanistan ve Rum yönetiminin tez ve tutumlarını benimsediği görülecektir⁹⁷. AB, Ege sorunu ile ilgili olarak Türkiye'nin gerektiğinde Uluslararası Lahey Adalet Divanı'na gitmeyi kabul etmesini şart koşarken, Kıbrıs sorununun çözümünde ise bölünmüşlüğü Adanın tam üyeliğe kabulüne engel teşkil etmeyeceğini deklare etmiştir. Netice itibarıyla, AB'nin bu iki konudaki tutumunun Yunanistan ve/veya Güney Kıbrıs Rum Yönetiminin (GKRY) yıllardır savundukları görüşlerle paralellik içerisinde olduğu, buna karşılık Türkiye'nin tezleriyle ise taban tabana zıt olduğu söylenebilir. AB, diğer şartların yanı sıra bu iki hususu da tam üyelik müzakerelerinin başlatılmasında ön şartlar olarak kabul ettiğine ve Türkiye ise, AB'ye üyeliği genel dış politika konseptinin temel eksenini olarak ulusal bir hedef haline getirdiğine göre, bu temel bir çelişki ve çok ciddi bir dış politika hedefler çatışması (Zielkonflikt) anlamına gelmektedir. Yunanistan ve GKRY 1987'den beri geliştirdiği taktik ve manevralarda bir çok iniş-çıkışın ardından nihayet hedefine ulaşarak, Türkiye'yi temel öncelikteki iki ulusal çıkarıyla ilgili tam bir dilemma ile karşı karşıya bırakmıştır. Sonuç olarak, AB artık Ege ve Kıbrıs sorunlarıyla ilgili olarak bir taraf haline gelmiş bulunmaktadır ve Türk dış politikasının bu iki temel sorunu artık AB-Türkiye ilişkilerinde ana gündem maddeleri durumundadır⁹⁸.

⁹⁷ Bkz. ÜNAL Hasan, "AB'nin Kıbrıs Saplantısı", *Zaman*, 23 Mart 2000.

⁹⁸ Bkz. ÜNAL Hasan, "Yunanistan seçimleri: Şimdi neler olacak?", a.g.m.

AB, Yunanistan ve/veya GKRY, 1997 Lüksemburg kararları ile muğlak bir üyelik perspektifi bile vermemelerinden dolayı tamamen etki alanları dışına çıkmış olan Türkiye'yi tekrar çekim alanları içine almayı başararak, Lüksemburg'daki o her türlü taktik ve stratejiden uzak hatalarını somut olarak herhangi bir bedel ödemedi ve hiçbir risk almadan telafi etme fırsatını elde etmişlerdir.

Bu sonucun ortaya çıkmasında rol oynayan genel çerçeve şartlarına kısaca göz atıldığında; AB'nin Kıbrıs konusunda bu şekilde bir taraf haline gelmesinde rol oynayan birinci faktörün, 1990'larda uluslararası sistemde iki kutuplu yapının sona ermesi ile birlikte AB'nin bağımsız ve etkin bir uluslararası aktör olarak belirmeye başlaması⁹⁹ ve bu şekilde bir rolü oynama istekliliği yönündeki iradeyi ortaya koyma eğilimi içerisinde olması olduğu görülecektir¹⁰⁰. Bu birinci faktörün etkisini artırıcı rol oynayan ikinci bir faktör de, Türkiye'nin 1987 yılında AT'na tam üyelik müracaatını müteakip AB'ne tam üyeliği, dış politika konseptinde temel bir eksen haline getirmesi ve fakat bu hedefi gerçekleştirme noktasında oldukça ciddi bir strateji ve taktik zaafiyet sergilemiş olmasıdır¹⁰¹. Nihayet üçüncü bir faktör ise, Yunanistan'ın 1981 tarihinde AB'ye tam üyeliği ile birlikte AB'nin karar alma mekanizmalarında yer alarak belli ölçülerde doğrudan ve dolaylı olarak AB kararlarının oluşumunu etkiler hale gelmiş olmasıdır. Bu son faktöre, yaklaşık aynı dönemlerde Yunanistan'da bir iktidar değişimi yaşanarak hırçın ve popülist Papandreu'nun iktidardan uzaklaşması¹⁰² ve haleflerinin dış politikada taktik, strateji ve manevra alanını geliştirme konusunda selefleri ile kıyaslandığında ileri bir performans sergileyebilmeleri de bir başka tali faktör olarak ilave edilmelidir¹⁰³. Netice olarak belirtmek gerekir ki, Helsinki deklarasyonunda yer aldığı şekliyle Kıbrıs artık sadece Yunanistan ile Türkiye arasında bir sorun olmaktan çıkmış ve AB-Türkiye arasında bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır. Daha da önemlisi AB'nin benimsediği son tutum ile birlikte Türkiye'nin tam üyeliğine endeksli hale getirilerek, Türk dış politikasında önemli bir "hedef çatışması"nın eksenlerinden biri olmuştur.

⁹⁹ Bkz. LASCHET Armin/PAPPERT Peter (hrsg), Ein Kontinent im Umbruch: Perspektiven für eine europäische Außenpolitik; Festschrift für Hans Stercken, Berlin 1993.

¹⁰⁰ Bkz. MOR Hasan, "AB'nin güvenlik politikasında sorunlar mı var?", *Yeni Yüzyıl*, 16 Temmuz 1995.

¹⁰¹ Bkz. AKGÜN Mansur, "Akademi'nin sempozyumu", *Yeni Yüzyıl*, 30 Nisan 1998.

¹⁰² Papandreu döneminde Yunanistan'ın dış politikası ile ilgili ayrıntılı bir analiz için bkz. AXT Heinz-Jürgen, Griechenlands Außenpolitik und Europa: Verpaßte Chancen und neue Herausforderungen, Baden-Baden 1992.

¹⁰³ Bkz. Neue Züricher Zeitung, 18. Februar 1999 Nr. 40 7; AKGÜN Mensur, "Cumhurbaşkanı'nın Açıklamaları", *Zaman*, 2 Mart 1999.

Rumların nihai hedef olarak kabul etmeleri zor olmakla birlikte, Kıbrıs'ın AB'ye tam üye olması durumunda, Kıbrıs ile ilgili Zürih-Londra Anlaşması, İttifak ve Garanti Anlaşmaları, Kıbrıs Anayasası ve hülasa Kıbrıs'ı ortaya çıkaran bütün bir hukuk zemini ortadan kalkacağından; Türkiye'yi taraf haline getiren hukuki çerçevenin geçerliliği de tartışmalı hale gelecektir. Dolayısıyla büyük bir belirsizlik ve risk ortamına girilecektir.

Çok daha önemlisi ise, GKRY'nin bu haliyle AB'ye tam üyeliği bir taraftan dolaylı olarak kısmi Enosisi gerçekleştirirken¹⁰⁴, öbür taraftan da AB'de ikinci ve daha hırçın bir Yunanistan'ı ortaya çıkaracaktır¹⁰⁵. Bu durum da, Türkiye'nin AB ile ilişkilerini içinden çıkılmaz hale sokacak, Rumlar devamlı Adayı Türkiye'nin işgal altında tuttuğu ve Türkiye ile diyalog için bu işgale son verilmesinin gerekliliğini öne sürerek Türkiye'yi AB ile ilişkilerinde bunaltacaktır¹⁰⁶.

Bundan dolayı, Türkiye AB'ye mutlaka Kıbrıs ile aynı anda birlikte üye olmayı hedeflemeli; bütün taktik ve stratejilerini de bu hedefi gerçekleştirme yönünde geliştirmelidir. Böyle olunca, kendisini bir taraftan tam üyelik perspektifinin afakiliğinden¹⁰⁷ kurtararak, tarafları ilişkilerin daha reel bir zemine oturması yönünde teşvik ederken; öbür taraftan da yukarıda sıralanan mahsurların doğuracağı olumsuz sonuçlardan büyük ölçüde kurtulmuş olacaktır. Bundan başka, Yunanistan ile arasındaki mevcut bir çok sorun da temelsiz hale geleceğinden, Türk-Yunan ilişkilerini de gerçekçi bir çözüme kavuşturma imkanını elde edecektir¹⁰⁸. Türkiye bu tezini AB ve diğer ilgili örgüt ve ülkelere doğru biçimde anlatmak durumundadır.

Eğer bu sağlanamazsa, tam bir kargaşa doğacak; başta Kıbrıs olmak üzere, Türkiye'nin Yunanistan ile olan sorunlarının tamamında ve AB'ye tam üyelik konusunda ulusal çıkarları ciddi bir şekilde tehdit altına girecek-

¹⁰⁴ Bkz. ÖZKAN İ. Reşat, Türkiye'nin Dış Politika Sorunları, a.g.e. s. 57.

¹⁰⁵ GKRY'nin Türkiye'den önce Kıbrıs Sorunu çözülmeden AB'ye tam üye olmasının yaratacağı sorunlarla ilgili olarak bkz. BLANKENSTEIN Hide, "AB'nin Günahı Kıbrıs", *Zaman*, 8 Aralık 1998.

¹⁰⁶ Kıbrıs Sorunu çözülmeden mevcut haliyle, GKRY'nin AB tarafından Ada'nın tamamı adına yapılmış olarak kabul edilen müracaatı neticelendirilerek AB'ye tam üye yapılması durumunda, ortaya çıkacak sorunlar ve Türkiye'nin milletlerarası hukuk bakımından nasıl köşeye sıkıştırılacağıyla ilgili ip uçlarına dair bkz. LAFFERT VON Gred, Die völkerrechtliche Lage des geteilten Zypern und Fragen seiner staatlichen Reorganisation, a.g.e. s. 230 vd.

¹⁰⁷ Helsinki kararlarında tanınan üye adaylığı statüsünün reel olarak ne anlama geldiğiyle ilgili olarak bkz. *Die Welt*, 13. Dezember 1999.

¹⁰⁸ Bkz. KRAMER Heinz, "Die EU-Mitgliedschaft der Türkei ist wichtig für Europas Stabilität und Sicherheit", in: *Internationale Politik Und Gesellschaft (IPG)*, 4/1997, s. 445.

tir. Bu durumda ise Türkiye, bu haliyle zaten gerçekçi bir sonuç getirmeyecek olan AB'ye tam üyelik müracaatını geri çekip; Gümrük Birliğini de revize ederek; KKTC ile bütünleşme şeklinde yeni bir dış politika konseptini daha uyumlu ve tutarlı bir biçimde yürürlüğe koymak durumunda olacaktır.

**AVRUPA SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE OLUŞAN
“AVRUPA KAMU DÜZENİ” KAVRAMININ KAPSAMI
VE
FONKSİYONEL DEĞERİ**

Reyhan SUNAY*

I-GİRİŞ

II. Dünya savaşı sonrası dönem, klasik uluslararası hukuka özgü bazı ilke ve kurumların yeniden yorumlandığı bir dönemdir. Yeniden yorumlanan ilkeler arasında devlet, egemenlik ve insan hakları kavramları ağırlıklı bir yer teşkil etmektedir. Bu döneme kadar esas itibarıyla devletlerin kesin egemenliği doktrini hakim olmuş, insan hakları yalnızca iç hukuku ilgilendiren bir sorun olarak kabul edilmiş ve buna bağlı olarak birey de uluslararası hukukun dışında sayılmıştır. Fakat totaliter rejimler tarafından insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaşların meydana getirdiği güvensizlik ortamı, devletlerin kesin egemenliği görüşünün tartışılmasına ve uluslararası hukukun bireye yönelmesine neden olmuştur¹.

İnsan haklarını korumanın devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkıp uluslararası bir sorun haline gelmiş olduğu bu süreçte, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel bir önemi bulunmaktadır. Hak ve hürriyetleri korumanın devletlerin temel görevi olduğu anlayışından hareketle hazırlanan Sözleşmenin Avrupa kamu düzeninin temel ilkelerini oluşturduğu ve bu ilkelerin üye devletler üzerinde bağlayıcı etkileri bulunduğu belirtilmektedir². Bu çalışmanın konusu da Sözleşme hukuku çerçevesinde ortaya çıkan kamu düzeni anlayışının çeşitli yönleriyle incelenmesine ilişkin bulunmaktadır.

* Dr., SÜHF Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Bkz. HARRIS, D.J., *Cases and Materials on International Law*, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, London 1991, s. 600; WALLACE, Rebecca M. M. vd., *International Law*, Second Edition, Sweet and Maxwell, London 1992, s. 5.

² Bkz. Van DIJK, P./Van HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law International, Dordrecht 1988, s. 18; BURROWS, Noreen, "The European Union and the European Convention", DICKSON, Brice (ed.), *Human Rights and the European Convention*, Sweet and Maxwell, London 1997, s.31, ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", *Anayasa Yargısı*'6, Ankara 1989, s.124.

II- GENEL OLARAK AVRUPA KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN TEMEL NİTELİĞİ

Toplumun maddi ve fiziki düzeninin sağlanması, iç barışın korunması³ gibi çeşitli anlamlara gelen kamu düzeni kavramının uygulamada aldığı şeklin tayini bakımından çeşitli alanları ilgilendiren farklılaşmalara gidilmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir. Kavramın içeriğindeki genişlemeye paralel olarak ekonomik kamu düzeni, çevre kamu düzeni gibi kavramların hukuk metinlerine girmiş oldukları gözlenmektedir⁴. Aynı farklılaşmanın uluslararası alanda kabul edilen metinler dikkate alındığında insan hakları açısından da geçerli olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Loizidou davasında Mahkeme Sözleşmenin taraf ülkelerce getirilen genel nitelikteki çekincelerin geçerli kabul edilemeyeceği bazı özelliklere sahip bir belge olduğunu ve bu özelliklerin Avrupa kamu düzenini oluşturduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre Sözleşme, insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi konumunda bulunmaktadır⁵.

Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken Sözleşmenin devletlere bazı yükümlülükler getiren, dolayısıyla buyurucu nitelikleri olan bir ortak hukuk belgesi olduğu esastan hareket etmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin niteliği konusunda ise Mahkeme İrlanda/İngiltere davasında, Sözleşmenin sadece taraf devletler arasında kabul edilen karşılıklı taahhütleri içermediği, bunun ötesinde "birlikte yerine getirilmesinde" yarar görülen objektif nitelikte yükümlülükler öngördüğünü belirtmektedir⁶.

Bu değerlendirmeler dikkate alındığında Avrupa kamu düzeni kavramı taraf devletlere objektif nitelikte yükümlülüklerin getirildiği,

³ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 61; TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s.138-140.

⁴ Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", Anayasa Yargısı 11, Ankara 1995, s. 250.

⁵ Loizidou/Türkiye (İlk İtirazlar), Series A.No. 310, 23.3.1995, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 781-782; Ayrıca bkz. Belilos/İsviçre, Series A. No. 132, 24.4.1988, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s.782; Chrysostomos vd./ TÜRKİYE, Başvuru no. 15299/89, 15300/89 ve 15318/89, 4.3.1991, HRLJ, Vol. 12, No. 3, 1991, s.121.

⁶ İrlanda/İngiltere, Series A.No. 25, 18.1.1978, nakl. JACOBS, Francis G./WHITE, Robin C.A., The European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1996, s.20.

insan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak bir anlayışı ifade eden bir kavram olmaktadır. Nitekim Mahkeme çeşitli kararlarında Sözleşmenin temel amacını, taraf devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde, uymaları gereken uluslararası standartların belirlenmesi şeklinde açıklamaktadır⁷. Sözleşmenin Başlangıcında da; siyasi gelenekler, idealler, hürriyetler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa ve benzer düşüncelere sahip olan Avrupa devletlerinin, hak ve hürriyetleri “birlikte yerine getirmek” amacıyla Sözleşmeyi hazırlamış oldukları ifade edilmektedir.

Hak ve hürriyetleri birlikte yerine getirmenin ve onlara etkili bir koruma sağlamanın pratik araçlarını ise devlet başvurusu ve 11 nolu protokol ile daha etkin hale getirilen kişisel başvuru⁸ teşkil etmektedir. Kişisel başvuru, hakların korunmasında kişilere daha aktif ve etkili bir konum sağlarken⁹, ortaklaşa güvence de denilen devlet başvurusu taraf devletlere, sadece kendi vatandaşlarına yönelik ihlaller bakımından değil, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerin vatandaşlarına yönelik ihlaller bakımından da ilgili devletlerin hukuk sistemlerini ortak denetime tabi tutmak imkanını vermektedir¹⁰.

İnsan hakları ihlallerine yönelik olarak etkili ve ortak bir denetim sistemi öngören ve objektif karakterde bir metin olan Sözleşme bu özelliği ile ulusal menfaatler arasında karşılıklı bir uzlaşma sağlayan klasik uluslararası andlaşmalardan da ayrılmaktadır. Sözleşmenin objektif karakterde bir metin oluşu her şeyden önce ona ulusal hukukta “doğrudan uygulanırılık” niteliği kazandırmaktadır. Diğer bir ifadeyle

⁷ Sunday Times/İngiltere, Series A. No. 30, 26.4.1979, nakl. SHORTS, Edwin/de THAN, Claire, Civil Liberties Legal Principles of Individual Freedom, Sweet and Maxwell, London 1998, s.445; Sosyalist Parti vd. / Türkiye, 20/1987/804/1007, 25.5.1988, s. 27 vd.

⁸ Kişisel başvuru hakkı yeni sistemde doğrudan Mahkemeye başvuru hakkına dönüştürülmüştür. Ayrıca yeni uygulamada başvuru hakkının sürekliliği kabul edilmektedir. Buna göre sözkonusu hakkın bir devlet tarafından geri alınması ancak Sözleşmeden çıkılması ve bunun da altı ay önceden ihbarı ile mümkün olacaktır.

⁹ Bkz. SHORTS/de THAN, s.420-421; HIGGINS, Rosaly, “The European Convention on Human Rights”, MERON, Theodor (ed.), Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 505-506.

¹⁰ Bkz. JACOBS/WHITE, s.7-8; HIGGINS, s.505; Van DIJK/Van HOOFF, s.43 vd.

Sözleşme, ulusal makamlar tarafından ayrı bir işleme gerek bulunmaksızın doğrudan uygulanacaktır¹¹.

Sözleşmenin “doğrudan uygulanırlık” niteliğinin normatif dayanağını 1.maddede yer alan hüküm oluşturmaktadır¹². 1. maddede Sözleşmeciler tarafından kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşmenin 1. bölümünde yer alan hak ve hürriyetleri güvence altına alacakları belirtilmektedir. Maddede, sadece devletleri bağlayıcı bir ifade olan “güvence altına almayı üstlenirler” ibaresi yerine daha kesin bir zorunluluğu ifade eden “güvence altına alırlar” ibaresinin kullanılması Mahkemeye göre taraf devletlerin, kişilere hakların tanınması ve Sözleşmenin iç hukuk düzenine doğrudan girmesi yönündeki amaçlarını ortaya koymaktadır¹³.

1. madde gereğince taraf devletler, kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşmede yer alan hakları güvence altına almayı kabul etmekle gerçekte iç hukuk sistemlerini Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu yükümlülüğün kapsamına; haklara ilişkin güvencelerin tanınması, bunların etkili kullanılmalarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması ve haklara müdahaleden kaçınılması hususları girmektedir¹⁴.

Sözleşmede yükümlülüğün genel düzeydeki gerekçesini ise hiç şüphesiz Sözleşme ile güvence altına alınan hakların minimum standardı yani asgari ve zorunlu düzeyi belirlemesi oluşturmaktadır. Minimum standart anlayışı gereğince, taraf devletler, bu standarttan daha azıyla yetinemeyecekler fakat Sözleşmenin öngördüğünden fazlasını getirebilmede serbest olacaklardır¹⁵.

¹¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “11 nolu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Yeni Türkiye, sy. 22, y.4, 1998, s.1273-1274.

¹² FAWCETT, J.E.S. , The Application of the European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1987, s.5; BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.43.

¹³ İrlanda/İngiltere, Series A.No.25, 18.1.1978, nakl. POLAKIEWICZ, Jörg, “The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law”, HRLJ, Vol. 17, No. 11-12, 1996, s.405.

¹⁴ FAWCETT, s.3; Ayrıca bkz. Airey/İrlanda, Series A.No.32, 9.10.1972, nakl.HARRIS, D.J./ O’BOYLE, M./WARBRICK, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butter Worths, London 1995, s.19.

¹⁵ AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, AÜSBFD, c.44, No.3-4, 1989, s.165.

Buraya kadar açıklanan özellikler Sözleşmenin insan haklarına dayalı ortak bir anlayışı oluşturmak için kabul edilen ve bağlayıcı hükümler içeren bir belge olduğunu ortaya koymaktadır¹⁶. Bu çerçevede hak ve hürriyetlerin korunmasında uyulması gereken standardı ifade eden kamu düzeni kavramı da, Sözleşme bünyesinde demokratik toplumların korunması gereken ortak bir malvarlığı niteliğini kazanmaktadır.

III-AVRUPA KAMU DÜZENİNİN ŞEKİLLENMESİNDE ETKİLİ OLAN ÇEŞİTLİ UNSURLAR

İnsan haklarına dayalı ortak hukuk anlayışını ifade eden Avrupa kamu düzeninin kapsamının belirlenmesinde Sözleşme metni ve Başlangıcı yanında asıl önemli husus Sözleşme hükümlerinin uygulamada aldığı şekil olmaktadır. Strasbourg organlarının¹⁷ karar ve uygulamalarından meydana gelen içtihadî hukuk Sözleşme metni ve amacı ile birlikte hak ve hürriyetlerin korunması alanındaki standardın temel çerçevesini oluşturmaktadır.

Denetim mekanizması aracılığıyla gerçekleşen bu oluşumda Mahkemenin konumundan yargılamanın niteliğine, kullanılan yorum tekniklerinden verilen kararların niteliğine kadar çeşitli unsurların belirleyici özellikte oldukları görülmektedir.

1- Mahkemenin Konumu ve Yargılamanın Niteliği

Sözüedilen unsurlar arasında Mahkemenin konumu ve gerçekleştirdiği denetimin niteliği, diğerlerinin de buna bağlı olarak şekillenmesi bakımından özel bir öneme sahip bulunmaktadır.

¹⁶ Taraf devletlerin İnsan Hakları Anayasası, İnsan Hakları Beyannamesi olarak nitelendirilen Sözleşme, kişi haklarının korunması yönünder bağımsız bir hukuk düzeninin oluşmasını sağlamakta ulusüstü hukuk kavramının gelişmesinde de etkin bir rol oynamaktadır. Bkz. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s.28-29; ÇAVUŞOĞLU, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri", İHY, c.14, 1992, s.131; Anayasa ve Beyanname nitelendirmeleri için bkz. BERNHARDT, Rudolf, "Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights", BEATTY, David. M. (ed.), Human Rights and Judicial Review a Comparative Perspective, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht 1994, s.301-302, 304; JANIS, Mark W./KAY, Richard S./BRADLEY, Anthony W., European Human Rights Law Text and Materials. Clarendon Press, Oxford 1995, s. 25.

¹⁷ 11 Nolu Protokolle iki dereceli Mahkeme sistemi yerine sürekli olarak çalışan tek dereceli Mahkeme uygulaması getirilmektedir. Buna göre Komisyon ve Mahkeme ayırımına son verilmekte, şikayet başvurularının sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sonuçlandırılması öngörülmektedir. Bu konuda bkz. JACOBS/WHITE, s.14.

Sözleşme sisteminde Mahkeme, Avrupa demokratik ülkelerinin “ortak tarihsel, kültürel mirası” çerçevesinde ortaya çıkan insan hakları listesine, uygulamada değer kazandıran, yorumlayan ve güvence altına alan bir kurumdur¹⁸. Konumu ve denetim sürecindeki fonksiyonu ile Anayasa yargılaması yapan bir organ ve bu çerçevede Avrupa Sözleşmesi hukukunun Anayasa Mahkemesi olarak tanımlanmaktadır¹⁹. 11 nolu protokolle değişen durumla Mahkemenin bu konumunun daha da belirgin hale geldiği kabul edilmektedir²⁰.

Mahkemenin Anayasa yargısı fonksiyonunu güçlendiren önemli etkenlerden biri esas itibarıyla iç hukuk normlarının ve bunlara ilişkin uygulamaların Sözleşmeye uygunluklarının denetlenmesi ve denetim sonucunda Sözleşmeye aykırılıklarının tespit edilmesidir. Bu süreçte herhangi bir işlemin ya da uygulamanın Sözleşme ile güvence altına alınan minimum ya da asgari düzey karşısında iç hukuk mevzuatı ile meşrulaştırılması ya da haklı gösterilmesi sözkonusu değildir²¹.

Öte yandan devlet başvuruları yanında kişisel başvurularda da, somut herhangi bir işlemin ya da uygulamanın yokluğu durumlarında dahi soyut norm denetimi yapılması²², ayrıca yerleşik içtihat gereğince iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının, sadece bu yolların “etkili” olması durumunda aranacağı, aksi halde boşuna zaman kaybına neden olunacağına belirtilmesi de²³, Mahkemenin Anayasa yargısı fonksiyonunu belirginleştiren etkenler olmaktadır.

Sözkonusu etkenler dolayısıyla Mahkemenin ilk dönemlerdeki hakların yargııcı genel fonksiyonundan sıyrılıp, Avrupa ortak hukukunun yargııcı konumuna geldiği belirtilmektedir²⁴. Ortak hukukun yargııcı konumunun kazanılmasında objektif hukuki görev anlayışının da

¹⁸ Bkz. BERNHARDT, s. 305.

¹⁹ Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.2.

²⁰ Kişisel başvuru hakkının doğrudan Mahkemeye başvuru hakkına dönüştürülmüş olmasının, kişisel başvuruyu Anayasal doğrudan başvuru tekniğine ve sonuçlarına yakınlaştırdığı konusunda bkz. ÇAĞLAR, Bakır/ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Parti Kapatma Davalarında Mermer ve Mozaik İkilemi”, Anayasa Yargısı 16, Ankara 1999, s.151; ÇAĞLAR, Bakır, “Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s. 315.

²¹ Bkz. BERNHARDT, s.305; AKILLIOĞLU, s. 163-164.

²² Klass vd. /FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A.No.28, 6.9.1978, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 52; Norris/İRLANDA, Series A.No. 142, 26.10.1988, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s.54.

²³ Aksoy/TÜRKİYE, 18.12.1996, ABD, y.54, sy.1997/2, s.156-157; Akdıvar/TÜRKİYE, 16.9.1996, ABD, y.54, sy.1997/1, s.111-114.

²⁴ ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, s.153.

önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Çünkü şikayetin geri alınması ya da şikayetçinin ölümü durumlarında dahi, genel hukuki menfaatin bulunduğu gerekçesiyle Sözleşmeye uygunluk denetimine devam edilmesi sözkonusu olmaktadır²⁵. Bu suretle Mahkeme, bir taraftan Avrupa mekanında hukuk birliğinin gerçekleşmesine ve bu ülkelerin iç hukuk uygulamalarındaki farklılıkların giderilmesine katkı sağlarken, diğer taraftan bu yöndeki içtihatları aracılığıyla ortak kamu düzeninin kapsamının çizilmesinde de belirleyici bir fonksiyon ifa etmektedir.

2- Kullanılan Yorum Tekniklerinin Etkisi

Avrupa kamu düzeninin içtihatlar yoluyla belirlenmesi sürecinde etkili olan bir diğer unsur yorum teknikleri oluşturmaktadır. Bunlar arasında amaçsal ve gelişmeci yorum tekniklerinin Sözleşmenin "Avrupa İnsan Hakları Anayasası" niteliğini kazanmasında önemli rolleri bulunmaktadır²⁶.

Amaçsal yorum, herhangi bir kuralın Sözleşmenin konu ve amacı ile Konsey Statüsünde yer alan ilkeler ışığında yorumlanması anlamına gelmektedir²⁷. Gelişmeci (evrimci, dinamik) yoruma ise genel olarak hakların teorik haklar olmanın ötesinde gerçek ve kullanılabilir duruma getirilmeleri amacıyla başvurulmaktadır²⁸. Mahkeme bu yorum tekniğini kullanarak devletlere ve devletler aracılığı ile üçüncü kişilere Sözleşmeyle tanınan hakların etkili korunmasını sağlama yön-

²⁵ Bkz. Luedicke, Belkacem ve Koç/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A.No.29, 28.11.1978, nakl. MERRILLS, J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Second Edition, Manchester University Press 1993, s.62-63.

²⁶ ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.74.

²⁷ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31., 32. ve 33. maddeleri bu konuda yol gösterici kurallar olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Golder/İNGİLTERE, Series A. No.18, 21.2.1975, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.6; Ayrıca Luedicke, Belkacem ve Koç/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No.29, 28.11.1978, nakl. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s.6; Bununla birlikte amaçsal yorumun somut olayları çözmeye her zaman yeterli olmadığı konusunda bkz. BERNHARDT, s. 306-307.

²⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 8; BERNHARDT, s.307-308; Van DIJK/Van HOOF, s. 77-78; ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 81.

kümlülüğü getirmekte²⁹, daha somut düzeyde Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak değerlendirmektedir³⁰.

Mahkeme Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak günün şartlarına uygun şekilde yorumlarken ve bu yolla Avrupa ortak kamu düzeninin kapsamını belirlerken, taraf devletlerin ortak hukuk ilkelerinden de etkilenmektedir³¹. Fakat ulusal kurallardan nispi düzeyde bir etkilenme gerçekleşmekte, dayanan ulusal hukuk kuralları da esas itibariyle Avrupa ölçülerine ve denetimine tabi tutulmaktadır³². Denetim sürecinde ise Sözleşme organları tarafından özerk olarak yorumlanan ve bütün üye devletler için geçerli bir Avrupa anlamı çerçevesinde değerlendirilmiş olan kavramlar esas alınmaktadır³³.

Sözleşme kavramlarına özerk anlam yüklenmesi gerçekte Sözleşme hukukunun iç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışının kurulmasına imkan sağlamaktadır³⁴. İç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışı ile ulusal farklılıkların üzerinde belirli derecede uluslararası bütünlüğün temini gerçekleşirken aynı zamanda hürriyetler alanındaki ortak standardın kapsamı da belirlenmiş olmaktadır³⁵.

3- Kararların Niteliği ve Etkisi

Mahkeme, yaptığı denetimlerde esas itibariyle somut olayla ilgili kararlar vermekle birlikte, bazı durumlarda somut olay yanında genelleştirmeyi de içine alacak yönde bir içtihat oluşturmaktadır. Di-

²⁹ Platform Arzte Für das Leben/AVUSTURYA, Series A. No.139, 21.6.1988, nakl. MERRILLS. s. 138-139; X and Y vd./HOLLANDA, Series A. No.91, 26.3.1985, nakl. JACOBS/WHITE, s.284.

³⁰ Tyrer/İNGİLTERE, Series A.No.26., 25.4.1978. nakl. MERRILLS, s. 79; Ayrıca bkz. Chrysostomos vd. /TÜRKİYE, Bavuru no. 15299/89, 15300/89, 15318/89, 4.3.1991, HRLJ, Vol. 12, No. 3, 1991, s.120-121.

³¹ Soering /İNGİLTERE, Series A. No. 161, 7.7.1989. nakl. MERRILLS, s. 81-82; Sutter/ İSVİÇRE, Series, A. No. 74, 22.2.1984, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s. 422-424.

³² Bkz.YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Basım, İstanbul 1998, s. 31-32.

³³ Kanun kavramı için bkz. Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26. 4.1979. nakl. JANIS /KAY/BRADLEY, s. 219-220; Tolstoy Miloslavsky/İNGİLTERE, Series A. No. 323, 13.7, 1995, EHRR., Vol. 20, 1995, s. 468-469; 6. madde çerçevesinde "medenî hak ve yükümlülükler" hususunda bkz. Benthem/HOLLANDA, Series A. No. 97, 23.10.1985, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 404.

³⁴ Van DIJK/Van HOOFF, s. 77.

³⁵ YILDIZ, s. 31, 36.

ger bir ifadeyle somut olaya yönelik hüküm oluşturulurken, genel mahiyette birtakım açıklamalarda ve değerlendirmelerde de bulunulmaktadır³⁶. Nitekim Mahkeme İrlanda / İngiltere davasında, Sözleşme sistemindeki fonksiyonunun, sadece önüne getirilen davaları karara bağlamak olmadığını daha geniş kapsamda Sözleşme ile getirilen kuralları açıklamak, korumak, geliştirmek ve bu suretle taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine katkıda bulunmak olduğunu ifade etmektedir³⁷.

Mahkemenin açıklaması dikkate alındığında, genelleştirmeyi de içine alan böyle bir yaklaşımdaki temel amacın, somut olayda adil bir çözüme ulaşmak yanında genelleştirme ölçütleriyle Avrupa ortak standardının gelişiminin temin edilmesi olduğu anlaşılmaktadır³⁸. Böyle bir amacın izlenmesi denetim sonucunda verilen kararların sadece ilgili devlet ile Mahkemeyi içine alan dar kapsamlı, subjektif bir anlam taşımadığını, bunun dışında taraf devletleri de kapsayan objektif düzeyde etkileri bulunduğunu ortaya koymaktadır³⁹.

Sözleşme organlarının kararları gerçekte yalnızca tarafları bağlayıcı olup, herkesi bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadırlar. Ancak Sözleşmenin genel amacı ve Mahkemenin gündemine gelen sorunların niteliğindeki değişimler Mahkemece verilen kararların somut olay üzerinde bir anlam ifade etmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla buradaki "bağlayıcı" ibaresinin yalnızca karar tarafı olmak bakımından değil, fakat Sözleşmenin tarafı olmak bakımından da hüküm ifade eder şekilde algılanması durumu ortaya çıkmaktadır⁴⁰.

Kararın sonuçları doğrultusunda davranmayı gerektiren bu durumun, gerçekte Sözleşmeye taraf tüm devletlere hukuki bir yükümlülük getirmediği ileri sürülebilirse de, Sözleşmenin temel niteliği ve objektif yükümlülükler anlayışı, tarafları esas itibariyle kararların gereğini yerine getirmeye zorlamaktadır. Nitekim aynı sorunla karşılaşma ihtimalini değerlendiren devletler mevzuatlarını Mahkemenin karar ve yorumlarını dikkate alarak düzenleyebilmektedirler. Bu süreçte objektif düzeyde etkiye sahip olan Mahkeme ka-

³⁶ Konig/Federal ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No. 27, 28.6.1978, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s. 403-404.

³⁷ İrlanda /İNGİLTERE, Series A. No. 25, 1831.1978, nakl. POLAKIEWICZ, s. 407.

³⁸ Bkz. YILDIZ, s. 166-167.

³⁹ YILDIZ, s. 11.

⁴⁰ "Yorumun bağlayıcılığı" adı verilen bu husus başkaları hakkında verilen kararların da bağlayıcı olması anlamına gelmektedir. Bkz. AKILLIOĞLU, Tekin, "Yönetim Hukukunda İnsan Hakları", Yeni Türkiye, sy. 22, y. 4, 1998, s. 1280.

rarları da insan haklarına ilişkin Avrupa ortak hukukunun kurulmasında etkili bir rol ifa etmiş olmaktadır.

IV- AVRUPA KAMU DÜZENİ ANLAYIŞINI ŞEKİLLENDİREN TEMEL KAVRAM: DEMOKRATİK TOPLUM

1- Genel Olarak

Sözleşmenin amacı ve buyurucu nitelikteki kuralları yanında Strasbourg organlarının içtihatları ile oluşan Avrupa kamu düzeni anlayışının odağında yer alan kavram “demokratik toplum” kavramıdır. Demokratik toplum kavramının normatif dayanağını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 29. maddesi oluşturmaktadır⁴¹. Burada “devlet” ibaresi yerine “toplum” ibaresinin kullanılması yönündeki tercih, öncelikle kompleks bir toplumun gereklerinin dikkate alındığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu yorum çerçevesinde Sözleşme hukukunda demokrasinin sivil toplum temeli üzerine kurulduğu belirtilmektedir⁴².

Demokrasinin korunması düşüncesi esas itibariyle Sözleşmenin hazırlanması sürecinde önem kazanan temel amaçlardan biridir. Nitekim Sözleşmenin Başlangıcında, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesinin bir yandan etkili bir siyasi demokrasinin varlığı, diğer yandan insan haklarına saygıyla sağlanabileceği belirtilmekte ve Sözleşme ile demokrasi düşüncesi arasında sıkı bir bağlantı olduğu vurgulanmaktadır. Aynı şekilde Mahkeme de bazı kararlarında, Sözleşme tarafından düşünülen ve Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi modelin demokrasi olduğuna ve bu kavramın Avrupa kamu düzeninin ayırıcı bir özelliğini teşkil ettiğine işaret etmektedir⁴³.

Sözleşme hukukunu ve kamu düzeni anlayışını şekillendiren bir kavram olarak ortaya çıkan demokratik toplum kavramına, sözüedilen özelliklerinden dolayı iki önemli fonksiyon yüklendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, temel hak ve hürriyetlerin tanımlanmasında ve yorumlanmasında yönlendiricilik fonksiyonudur. Bu anlamda demokratik toplum kavramı, devletlerin yetkilerinin maddi içeriğinin belirlenme-

⁴¹ 29/2. madde; “Herkes hak ve hürriyetlerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle, genel refah gereklerinin karşılanması amacıyla, kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi olabilir”.

⁴² Bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Kıt’a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi”, Anayasa Yargısı 9, Ankara 1993, s. 156-257.

⁴³ Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s.19-20.

sinde etkili olmakta⁴⁴, diğer bir ifadeyle Sözleşmeye taraf devletlerin, minimum standardı öngören Sözleşme haklarını tanıırken ve bunları yorumlarken uymak zorunda oldukları temel ölçüyü teşkil etmektedir⁴⁵.

Demokratik toplum kavramına yüklenen diğer fonksiyon ise, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında son ölçü fonksiyonudur. Demokratik toplum kavramı bu anlamıyla da, hürriyetlerin gereksiz ve ölçüsüz şekilde sınırlandırılmamasını temin etmekte⁴⁶, sınırlamanın en son nereye kadar varabileceğini göstermektedir. Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında belirtildiğine göre hak ve hürriyetler, demokratik bir toplumda amaca ulaşmak için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirlerdir.

2-Demokratik Toplumun Unsurları

İçtihatlar yoluyla kapsamı belirlenen demokratik topluluk kavramının unsurları başta Handyside olmak üzere daha sonra verilen çeşitli kararlarda çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak ifade edilmiştir⁴⁷.

Çoğulculuk kişisel düzeyde farklı olmak hakkı, kurumsal düzeyde ise siyasal toplumsal çoğulculuğun korunması anlamına gelmektedir. Bu tanım gereğince çoğulculuk, toplumsal yaşamın her alanında uygulanması gereken, gerek kurumların çokluğu ve birbirinden ayrılığı, gerekse düşüncelerin farklılığı ve çeşitliliği yönünde anlaşılması gereken bir kavram niteliğindedir⁴⁸.

Sözleşmeye uygunluk denetimi sonucunda verilen kararlar incelendiğinde de, çoğulculuğun kapsamı konusunda kişisel hürriyetler için olduğu kadar kollektif hürriyetler açısından da oldukça geniş bir

⁴⁴ YILDIZ, s. 168-186.

⁴⁵ Nitekim Mahkeme de Sözleşmenin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlanmış bir belge olduğunu ve bunun gereklerine uyulması gerektiğini belirtmektedir. Soering/İNGİLTERE, Series A. No. 161, 7.7.1989, nakl. Van DIJK/Van HOOF, s. 73.

⁴⁶ YILDIZ, s. 168-186.

⁴⁷ Handyside/İNGİLTERE, Series, A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134; Vogt /ALMANYA, Series A.No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 234, Otto-Preminger-Institut/AVUSTURYA, Series A. No. 295-A, 20.9.1994, EHRR, Vol.19, 1995, s. 57.

⁴⁸ Bkz, SIEGHART, Paul, The International Law of Human Rights, Clarendon Press, Oxford 1984, s. 93; ÇAVUŞOĞLU, Temel hak Ve Hürriyetler Üzerine, s. 42 vd.; BATUM, s. 239.

yorumun kabul edildiği görülmektedir. Örneğin demokratik toplumun temel dayanaklarından biri olarak değerlendirilen ifade hürriyeti bakımından, bu hürriyetin sadece, olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görülen bilgiler ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Basın hürriyeti ile ilgili olan ve ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti olarak benimsendiği bu yorum Mahkemenin daha sonra verdiği, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerini konu alan kararlarında da benzer şekilde tekrarlanmıştır. Örneğin Piermont kararında toplantı ve gösteri hürriyeti çerçevesinde, resmi görüşe ve statükoya karşı olan görüşlerin de kendilerine siyasi arenada yer bulabilecekleri ifade edilmiştir⁵⁰. Örneğin siyasi partilerle ilgili olarak Türkiye hakkında verilen iki ayrı kararda, partilerin demokratik çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak çoğunluğa ters gelen görüşleri de savunabilecekleri ve bunu parti programlarında belirtmek suretiyle halkın onayına sunabilecekleri ileri sürülmektedir⁵¹. Bununla birlikte Sözleşme hukukunun dayandığı demokrasi ve çoğulculuk anlayışının her düşünce ve örgütlenmesine de açık olmadığı anlaşılmaktadır. "Milan demokrasi" olarak adlandırılan bu anlayışın normatif temelini oluşturan 17. maddeye göre hak ve hürriyetlerin yok edilmesi amacına yönelik eylemler Sözleşmenin çoğulcu demokrasi anlayışı içinde değerlendirilmemektedirler⁵².

Farklı tercihlerde bulunma hakkı, Sözleşme uygulamasında sendika kurma ve sendikalara katılma hakkı çerçevesinde de korunmaktadır. Örneğin İngiltere ile ilgili bir davada, sendikaya üye olma zorunluluğuna uyulmaması nedeniyle alınan işten çıkarma kararı Sözleşmeye aykırı bulunurken, sözkonusu uygulama demokratik toplum açısından değerlendirilmiş ve kararın gerekçesi azınlığın çoğunluk karşısında korunması gerekliliğine dayandırılmıştır. Kararda, demokrasinin çoğunluk görüşünün her zaman üstün olması anlamına gelmediği, ço-

⁴⁹ Castells/İSPANYA, Series, A. No. 236, 23.4.1992, EHRR, Vol, 14, 1992, s. 476; Handyside /İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. JACOBS/WHITE, s. 291; Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/AVUSTURYA, Series A. No. 302, 19.12.1994, EHRR, Vol. 20, 1995, s.83.

⁵⁰ Piermont/FRANSA, Series, A. No.314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

⁵¹ Sosyalist Parti vd. /TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30; Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 25.

⁵² İlgili karar için bkz. Komünist Parti/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Başvuru No. 250/57, 20.7.1957, nakl. JACOBS/WHITE, s. 310-311.

ğunlukta olanların bu durumu kötüye kullanmalarını önleyici bir dengein sağlanması hususuna işaret edilmiştir. Somut olayda Mahkeme, uygulanmakta olan sistemin çalışanların büyük çoğunluğunca benimsenmiş olmasının belirleyici olmadığını ileri sürmüştür⁵³.

Demokratik toplumun diğer unsurlarından hoşgörü kavramı konusunda ise Mahkeme genellikle hürriyetlerin (özel yaşamın gizliliği, basın) sınırlanmasında genel ahlakın korunması sebebinin kullanılıp kullanılmayacağı ve bu konudaki ölçü sorunu üzerinde durmuştur. Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihadı, ahlaki değerlerin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılabilceği, ancak genel ahlak kavramının niteliği dolayısıyla, bu hususta üye devletler iç hukuklarından Avrupa ortak ahlak kavramının çıkarılamayacağı, dolayısıyla bu tür değerlerin korunmasında devletlerin geniş bir takdir yetkilerinin bulunduğu yönündedir⁵⁴.

Demokratik toplumun unsurları bakımından şimdiye kadar belirtilenlerin dışında bazı ilke ve kurumların da esas itibarıyla bu kavram içerisinde değerlendirildikleri görülmektedir. Örneğin, Sözleşmenin Başlangıcında belirtilen ve Avrupa ülkelerinin ortak mirası olarak kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi bunlardan biridir⁵⁵. Ayrıca sınırlamada ulaşılmak istenen amaç ile bu doğrultuda kullanılan araçlar arasında belli bir dengein bulunması zorunluluğunu ifade eden ve kamu yararıyla bireysel hakkın korunması arasında adil bir dengein bulunması hususunu kapsamına alan ölçülülük ilkesi de demokratik toplumda gerekli olmanın bir alt kavramı olarak değerlendirilmektedir⁵⁶. Öte yandan 6. maddede öngörülen ve ferdin temel haklarından

⁵³ Young, James, Webster/İNGİLTERE, Series A. No. 41, 13.8.1981, nakl. FAWCETT, s. 282; MERRILLS, s. 144.

⁵⁴ Handyside/İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. FEINGOLD, C., "The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights", Human Rights Review, Vol. 3, No.1, 1978, s. 21-27; Ayrıca Dudgeon / İNGİLTERE, Series A. No. 45, 22.10.1981, nakl. MERRILLS, s. 163-164.

⁵⁵ İlgili karar için bkz. Golder/İNGİLTERE, Series A. No. 18, 21.2.1975, nakl. HARRIS/ O'BOYLE/WARBRICK, s. 6.

⁵⁶ İlgili karar için bkz. Goodwin/ İNGİLTERE, 27.3.1996, EHRR, Vol. 22, 1996, s. 143-144; Ezelin/FRANSA, Series A. No. 202, 26.4.1991, EHRR, Vol. 14, 1992, s. 389; Belçika Dil Davası, Series A. No. 5, 23.7.1968, nakl. FAWCETT, s. 256-258; Ölçülülük ilkesi konusunda bkz. EISSEN, Marc Andié, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", MACDONALD, R. St. J./MATSCHER, F./ PETZOLD, H. (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s. 126-127.

biri olan adil yargılanma hakkı ile⁵⁷, 1 nolu protokolün 3. maddesindeki serbest seçim hakkı da siyasi demokrasinin karakteristik ilke ve kurumları olarak tanımlanmaktadır⁵⁸.

Sözüedilen bu ilke kurumlar başta belirtilen diğer unsurlarla birlikte taraf devletlerin, hakların tanınması, yorumlanması, sınırlandırılması ve korunması sürecindeki fonksiyonlarının kapsamını belirlemektedirler. Aşağıda belirtileceği gibi, taraf devletler sözkonusu alanlardaki yetkilerini kullanırken bağlayıcı nitelik arz eden bu hukuki çerçeveyi esas almak durumunda bulunmaktadır.

V- AVRUPA KAMU DÜZENİ KAVRAMININ FONKSİYONEL DEĞERİ

Sözleşme metni, amacı ve yargılama mekanizması ile şekillenen Avrupa kamu düzeni kavramı her şeyden önce insan hakları alanında devletlerin iç işlerine karışılmasının yasaklanması ilkesinin uygulama alanını daraltan bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Bu yönüyle Avrupa ortak kamu düzeni, devletlerin Anayasal özgürlüklerinin ve egemenlik yetkilerinin sınırlanması sonucunu doğuran bir kavram özelliğine sahip bulunmaktadır⁶⁰.

Anayasal özgürlüğün kısıtlanması genel olarak insan hakları alanında kültürel değerlerin, ulusal normların ve özellikle siyasal haklar bakımından Anayasaların genel felsefesinin ve tercihlerinin etkisinin sınırlanması anlamına gelmektedir⁶¹.

⁵⁷ Axen/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No. 72, 8.12.1983, nakl. MERRILLS, s. 33-34; Mitap ve Müftüoğlu/ TÜRKİYE, 25.3.1996, nakl. DOĞRU, Osman (ed.), İnsan Hakları Kararları Derlemesi, c.2, İstanbul 1998, s. 232-233.

⁵⁸ Mathieu- Mohin and Clerfayt /BELÇİKA, Series A. No. 113, 2.3.1987, nakl. MERRILLS, s. 126.

⁵⁹ Bu daralmanın devletler arasındaki anlaşmaya dayandığı ve kolektif bir nitelik arzettiği konusunda bkz. RUMPF, Helmut, "İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve Müdahale Yasağı İlkesi", Çev. Z. Davran, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979, s. 674.

⁶⁰ BERNHARDT, s. 319; ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, s. 148-149; GÜNDÜZ, Aslan, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", İBD, c. 64, sy. 1-2-3, 1990, s. 38, 44.

⁶¹ Örneğin Türkiye ile ilgili Sosyalist Parti davasında Mahkeme, şiddete ve isyana başvurma veya demokrasinin kurallarını çiğneme amacı bulunmadığı takdirde partilerin mevcut devlet yapısını tartışmaya açmalarının, devletin örgütlenme biçimine, Anayasanın ideolojisine aykırı bulunsa bile çeşitli görüşleri ifade etmelerinin siyasi örgütlenme hürriyeti kapsamında kaldığını belirtmektedir. Sosyalist Parti vd. / TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30.

Somut düzeyde ise Anayasal özgürlüğün kısıtlanması ulusal makamların yetki alanlarındaki daralmayı ifade etmektedir. Bu çerçevede örneğin yasama organının Sözleşmeyi ihlal edici bir düzenleme getirmesi söz konusu değildir⁶². Bununla birlikte Sözleşmeye Anayasal değer verilmediği ülkeler açısından hukuken böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı, dolayısıyla sonradan yapılan bir kanunla Sözleşmeye aykırı bir hükmün getirilebilmesi imkanının varolduğu ileri sürülebilir. Ancak hukuki açıdan varolan böyle bir imkan, esas denetim yeri olan Mahkemenin konumu ve yetkileri göz önüne alındığında gerçek fonksiyonunu yitirmektedir. Çünkü herhangi bir başvuru yapıldığında, bu nitelikteki hükümlerin Sözleşmeye aykırılıklarının tespiti söz konusu olmakta ve bu da, iç hukuk işlemlerinin değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla denetim mekanizması ile oluşan ortak hukuk anlayışı, Sözleşme ile iç hukukun uyumlu olmasını gerektirmektedir⁶³. Mahkeme bu süreçte ulusal makamların kural olarak hukuk devletine saygıyı sağlamak ve anayasal haklara etkililik kazandırmak için gerekli gördükleri tedbirleri almakta serbest olduklarını dolayısıyla kendilerine bir takdir alanı bırakıldığını, ancak bu alan çerçevesinde alınacak tedbirlerin Sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerle uyum içinde olması gerektiğini belirtmektedir⁶⁴.

Devletlerin takdir alanlarının kapsamını⁶⁵ şekillendiren kamu düzeni anlayışı, esas itibarıyla yasama yanında yürütme ve yargı or-

⁶² POLAKIEWICZ, s.407-408; GÜNDÜZ, s. 38.

⁶³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29-30; BATUM, s. 47-58; Ayrıca buradaki uyumun tek biçimliliğin sağlanması anlamına gelmediği konusunda bkz. BERNHARDT, s. 310.

⁶⁴ Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. /TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s.20; Handyside/ İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. Van DIJK/Van HOOF, s.83.

⁶⁵ Takdir alanı (değerlendirme serbestliği) ve hukuki temeli konusunda bkz. MERRILLS, s. 159-160; FEINGOLD, s. 26; BERNHARDT, s. 308-309; Takdir alanının kapsamı, hakkın türüne, sınırlama sebebine, kullanıldığı mekana, şartlara ve ortama göre değişmektedir. Bkz. Rasmussen/DANİMARKA, Series A. No. 87, 28.11.1984, nakl. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s. 14. Örneğin genel ahlak sebebi bakımından devletlerin takdir alanlarının geniş olacağı kabul edilirken (Müller vd. /İSVEÇ, Series A. No. 133, 24.5.1988), yargılamanın tarafsızlığının korunması gibi bütün devletler için geçerli olabilecek objektif ölçütlerin sözkonusu olduğu sebepler bakımından daha sınırlı bir serbestinin sözkonusu olacağı belirtilmektedir. (Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26.4.1979). Aynı şekilde siyasi partiler sözkonusu olduğunda, müdahaleler bakımından taraf devletlerin sınırlı bir takdir alanına sahip oldukları açıklanmaktadır. (Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998)

ganlarının yetki alanları bakımından da benzer sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Örneğin idare, Sözleşmeye aykırı olabilecek işlem ve uygulamalardan kaçınmak durumunda bulunurken⁶⁶, yargı organları da hukuki gerçeğin Avrupa Mahkemesi tarafından belirleneceği hususundan hareketle kararlarında Sözleşmeye ve Sözleşme organlarının kararlarına geçerlilik kazandırmak durumunda bulunmaktadır⁶⁷.

Avrupa kamu düzeni anlayışının devletlerin anayasal özgürlüklerinin ve egemenlik yetkilerinin kısıtlanması yönünde meydana getirdiği bu sonuçlar, gerçekte kanun, Anayasa ve Anayasa yargısı kavramlarının da anlam değişikliğine uğradıklarını göstermektedir⁶⁸. Söz konusu değişiklik sürecinde demokratik temsile dayalı milli otoritelerin yetki alanları ile Strasbourg organlarının yetki alanlarının karşı karşıya geldikleri ve iki sistem arasında gerilimli alanların doğduğu yadsınamayacak bir gerçektir. Fakat Mahkemenin Anayasa yargısı yeri konumu ve ulusüstü düzeyde kural koyucu iktidarı kullanması çeşitli ilke ve kurumların da yeni bir anlayışla ele alınmasını ve mevcut yapının bu yönde şekillenmesini gerekli kılmaktadır⁶⁹.

Hakların ortaklaşa korunması çerçevesinde ulusal hukuk düzenlerinde belli bir uyumun gerçekleştirilmesi fonksiyonu gören kamu düzeni kavramı bu özelliği ile gerçekte devletlerin yapacağı hak ihlallerini de önleyici bir mahiyete sahip bulunmaktadır.

Kamu düzeninin hak ihlallerini önleyici bir fonksiyon görebilmesi esas itibarıyla uluslararası hukuk ve ulusal hukuk düzenlerinin karşılıklı ilişkileri, doğrudan uygulanırlık, Sözleşmenin iç hukuktaki yeri gibi hususları içinde barındıran etkileşim sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Etkileşim sorununun kapsamı genel düzeyde, devletlerin uygulamaları ile oluşmuş genel bir hukuk ilkesine dayanılarak açıklanabilir. Bu ilke, imzalanmış olan bir uluslararası Sözleşmenin hükümlerine

⁶⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29; GÜNDÜZ, s. 38.

⁶⁷ POLAKIEWICZ, s.408; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29; BERNHARDT, s.316; GÜNDÜZ, s. 44.

⁶⁸ ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s. 15.

⁶⁹ ÇAVUŞOĞLU, Yorum Teknikleri, s. 145-146.

uyulmasını ve tek taraflı olarak bunların değiştirilmemesini öngören pacta sund servanda (ahde vefa) ilkesidir⁷⁰.

Etkileşim sorunu somut olarak Sözleşme çerçevesinde ele alındığında da aynı sonuca varılması kaçınılmazdır. Çünkü Sözleşme daha önce belirtildiği gibi insan hakları alanında asgari standardı oluşturmak için kabul edilen ve bağlayıcı hükümler içeren bir belgedir. Devletler Sözleşmeyi imzalamakla vatandaşları için bu asgari standardı temin etme yükümlülüğü altına girmişlerdir⁷¹.

Etkileşim sorunu Türkiye açısından değerlendirildiğinde ise Sözleşmenin iç hukuktaki yeri ve doğrudan uygulanırlığı bakımından öncelikle bu konudaki Anayasal hükme bakmak gerekmektedir. Anayasanın 90. maddesine göre Sözleşme kanun değerinde bulunmaktadır. Fakat aynı maddede uluslararası andlaşmaların olağan kanunlar gibi Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir.

Bazı yazarlar bu hüküm gereğince Sözleşmenin olağan kanun gücünde olduğunu ileri sürmektedirler⁷². Bununla birlikte kanun değerinde sayılan Sözleşmeye Anayasallık denetiminin kapatılmış olmasından hareket eden bazı yazarlar da Sözleşmeye kanun üstünde bir değer, Anayasal bir değer hatta Anayasa üstü değer verilmesi gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Örneğin Soysal'a göre, Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalılığı andlaşmalara, kanunlardan daha ayrıcalıklı, dolayısıyla daha üstün bir nitelik kazandırmaktadır. Bu durumda andlaşmalara kanunlardan farklı en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir değer tanımak gerekmektedir⁷³. Öte yandan Çağlar'a göre de, Anayasa yargısı yolunun kapalılığı andlaşmalar bakımından Anayasanın üstünlüğünün bir kurgu haline gelmiş olduğunu göstermektedir. Yazara göre, bu nitelikteki bir andlaşma ile Anayasaya aykırı bir kuralın hukuk düzenine dahil olması mümkün olduğu gibi, Anayasanın değiştirilmesi de mümkün olmaktadır⁷⁴. Yine bu çerçevede Sözleşmenin kendine özgü niteliğinin, andlaşmaların genel

⁷⁰ Bkz. HARRIS, s. 46; Söz konusu ilke Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 26. maddesinde de vurgulanmaktadır. İlgili maddeye göre, "Yürürlükteki her andlaşma tarafları bağlar ve onlarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır".

⁷¹ Sözleşmenin genel olarak iç hukuktaki yeri ve etkisi konusunda bkz. POLAKIEWICZ, s. 406 vd; FAWCETT, s. 7 vd.

⁷² Bkz. PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara 1985, s. 29-32.

⁷³ SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı 3, Ankara 1987, s. 16-17.

⁷⁴ ÇAĞLAR, Bakır, "Tartışma", Anayasa Yargısı 10, Ankara 1993, s. 278-279.

düzeni kapsamında anlaşılmasına engel olduğu, Sözleşmenin klasik uluslararası andlaşmalardan ayırddedilerek yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşü savunanlar, Sözleşmeden sonra çıkarılan Anayasa ya da kanunlarla Sözleşmede değişiklik yapma imkanının bulunmadığını, bu gibi durumlarda Sözleşmenin yürürlükte olduğunu, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuki sonuçlarını doğurmaya devam ettiğini ileri sürmektedirler⁷⁵.

Hiç şüphesiz kanun değerinde kabul edilmesine karşılık, kanun değerinde olmanın bu tür sonuçlarının Sözleşme bakımından geçerli sayılamayacağı açıktır. Nitekim Batum, devletin bilerek imzaladığı "ortak kültürel miras" çerçevesinde düzenlenen kurallardan, daha sonra yapacağı kanun ile kurtulabileceğini ileri sürmenin hem Sözleşme kavramına ters düşeceğini hem de tekçi düzeni benimseyen ülkeler için bunun mümkün olmadığını belirtmektedir⁷⁶. Gerçekten devletler Sözleşmeyi onaylamakla karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzenini kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır⁷⁷. Ayrıca Sözleşmenin 1.maddesinde yer alan hakların herkes için güvence altına alınacağı yönündeki hüküm, Sözleşme organlarının kararlarında, hak ve hürriyetlerin pozitif olarak tanınmasının ötesinde, bunları ihlal etmeme ve etkili kullanımlarını sağlama yükümlülüğüne dönüştürülmüştür⁷⁸.

Hakların etkili kullanılmasının sağlanması yükümlülüğüne şüphesiz yargısal güvencelerin tanınması hususu da girmektedir. Bu çerçevede başta Danıştay ve Anayasa Mahkemesi olmak üzere ulusal yargı organlarının Sözleşme ile olan karşılıklı etkileşimleri önem kazanmaktadır.

Gerek Danıştayın gerekse Anayasa Mahkemesinin, bugüne kadar verdikleri çeşitli kararlarda Sözleşmeyi genel olarak normlar blokuna dahil etmiş oldukları görülmektedir. Nitekim 1991/933 sayılı kararında Danıştay, ifade hürriyeti çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlığın, insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısın-

⁷⁵ Bkz. AKILLIOĞLU, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.164-173; ÇELİK, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İHİD, 1988, s. 47-56; ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 83; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993, s. 58.

⁷⁶ BATUM, s. 56.

⁷⁷ ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 83.

⁷⁸ Bkz. Airey/İRLANDA, Series A. No.32, 9.10.1972, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19-20.

dan incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Danıştaya göre Sözleşmeler iç hukukta kanunların üstünde olup yürütme ve yargı organları için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadırlar. Ayrıca Danıştay, Anayasaya uygunluk denetiminin kapatılması suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesinin benimsenmiş olduğunu ileri sürmektedir⁷⁹. Yine 1989/4 sayılı kararında Danıştay ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında yürürlüğe giren kanunların anlamının, amaçsal bir yorumla ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ilkeleri gözönünde bulundularak tespit edilmesi gerektiğini açıklamaktadır⁸⁰.

Sözleşmeyi Anayasallık bloku içinde değerlendiren Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda şu ortak değerlendirmeyi yapmaktadır: "İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve hürriyetlerini, yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi ile İnsan Hakları Sözleşmesini de, itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur"⁸¹. Nitekim aynı yorumun etkili olduğu 1994/42-1 sayılı kararında Mahkeme, Sözleşmenin vurguladığı hukukun genel ilkelerine ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama hürriyetine atıf yaparak Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verebileceğini açıklamıştır⁸².

Sözüedilen örnekler esas itibariyle uluslararası hukuka açıklık ilkesinin benimsendiğini ve Anayasal hakların yorumlanması ve değerlendirilmesi bakımından Avrupa hukuk anlayışından yararlanılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sözleşmenin bağlayıcı niteliğinin vurgulandığı kararlarda genel olarak hak ve hürriyetlerin ulusal hukuk sorunu olmaktan çok, evrensel bir anlam ve içerik taşıdığının belirtilmesi, tercihin ortak hukuka ulaşma yönünde olduğunun açık bir delili olarak kabul edilmelidir.

Sözleşmenin iç hukuktaki konumu hususunda ise, özellikle son dönemde verilen kararlarda Sözleşmenin kanunların üstünde hatta

⁷⁹ D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, Anayasa Mahkemesi Bülteni, y. 1, sy. 2, 1994, s. 14-16.

⁸⁰ DİBK, E. 1986/6, K. 1989/4, KT. 7.12.1989, RG. 9.2.1990, sy. 20428, s. 74-76.

⁸¹ E. 1979/38, K. 1980/11, KT. 29.1.1980, AMKD, sy. 18, s. 97-98; E.1992/8, K. 1992/39, KT. 16.6.1992, AMKD, sy. 28, c.1, s.445-447; E. 1990/15, K. 1991/5, KT.28.2.1991, AMKD, sy. 27, c.1, s.172 vd.; Ayrıca bkz. E. 1990/25, K. 1991/1, KT.10.1.1991, AMKD, sy.27, c.1, s.96.

⁸² E.1994/43, K. 1994/42-1, KT.11.4.1994, AMKD, sy. 30, c.1, s.194.

Anayasal değerde yorumlandığı görülmektedir. Bununla birlikte Sözleşmenin tek başına bağımsız ölçü norm (pozitif bir kural) olarak kullanılması yerine genellikle Anayasa hükümlerine destek ölçü norm olarak kullanılması sözkonusu olmaktadır. Bu durumun ilk etapta Anayasanın 90. maddesinin açık hükmünden kaynaklandığı, kanun değerinde sayılan Sözleşmenin bu sebeple doğrudan hukuki bir gerekçe olarak kullanılmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak hukuki ve normatif açıdan kabul edilebilecek bu değerlendirmenin, insan hakları alanında asgari standardı öngören Sözleşmenin kendine özgü niteliği ve genel karakteri karşısında etkinliğini yeterince koruyamayacağı da bir gerçektir. Söz üdedilen hususlar Sözleşmenin Anayasallık blokunda daha etkili bir konumda yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasallık blokunda etkili konumun sağlanması bakımından karşılaşılabilecek ilk sorun Sözleşme ile öngörülen bir hakkın, Anayasada yer almaması durumunda, ulusal yargı organlarının Sözleşmeye dayanarak karar verip veremeyecekleridir. Sözleşmenin 1. maddesinin devletlere getirdiği yükümlülük ve etkili bir kişisel başvuru mekanizmasının varlığı düşünüldüğünde bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Danıştay da kamu görevlilerine sendika hakkının tanınmamış olduğu dönemlerde, kamu görevlilerinin dernek ya da sendika şeklindeki örgütlenme faaliyetlerini onaylarken bu uygulamanın önemli bir örneğini vermiştir. Danıştaya göre, temel hak ve hürriyet kapsamı içinde yer alan bir hakkın sadece Anayasada yer almadığı gerekçesiyle kullanılmasının engellenmesi sözkonusu olamaz. Danıştay Sözleşmenin 11. maddesinde güvence altına alınan kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının Anayasanın 90. maddesi gereği iç hukuka intikal ettiğini belirtmektedir⁸³.

Anayasallık blokunda etkili konumun sağlanması konusunda karşılaşılabilecek ikinci sorun ise, Anayasa ya da kanun hükmüyle Sözleşme hükmünün çatışması durumunda ne yapılacağıdır. Herşeyden önce Sözleşmeyi ihlal edici bir işlemin ya da uygulamanın, Avrupa denetim mekanizması sürecinde iç hukuk mevzuatıyla meşrulaştırılmayacağı gerçeği gözönüne alındığında, herhangi bir çatışma durumunda Sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınması tabii bir zorunluluk olmaktadır. Öte yandan yine 90. madde gereğince Sözleşmelere Anayasaya uygunluk denetiminin kapatılmış olması da, herhangi

⁸³ Bkz. D. 10. Da., E. 1991/1262, K. 1992/3911, KT. 10.11.1992, DD, sy. 87, y. 23, 1993, s. 532-533; D. 1. Da., E. 1992/136, K. 1992/147, KT. 22.4.1992, DD, sy. 86, y. 23, 1993, s. 52 vd.

bir çatışma durumunda Sözleşmeye uygun yorum tekniğinin kullanılarak Sözleşmeye üstünlük tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır⁸⁴.

Sözleşmeye uygun yorum tekniğinin Türk hukuk sisteminde yaygın ve istikrarlı bir şekilde benimsendiğini söyleme imkanı bulunmamaktadır. İç hukuk hükmüyle Sözleşme hükmünün çatıştığı durumlarda yargı organlarının, farklı yönde değerlendirmeler yapmak suretiyle değişik sonuçlara ulaşmaları sözkonusu olabilmektedir. Bunların bir örneğini Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 1997/274 sayılı kararı oluşturmaktadır. İlgili davada Mahkeme, Anayasanın Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında bırakan 125/2. maddesinin, Sözleşmenin hak arama hürriyetini içeren 6/1. maddesine aykırı olduğu ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilip, Sözleşme hükmünün uygulanması yönündeki talebi reddetmiştir. Mahkeme, esas itibariyle Sözleşmenin taraf devletlerin vatandaşlarına doğrudan haklar tanıyan ve bu nedenle ulusal makamlarca ve yargı yerlerince uygulanmak zorunda olan kuralları içeren bir andlaşma olduğunu ve somut olayda Sözleşme ile öngörülen bir hakkın Anayasa maddesi ile sınırlandırıldığını belirtmektedir. Bununla birlikte normatif yönde bir değerlendirme ile, Anayasanın 90. maddesi uyarınca Sözleşmeye Anayasal bir değer verilmediği ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır⁸⁵. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 1995 tarihli kararı ise bu konuda daha farklı bir yaklaşımın benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Mahkeme, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan Anayasanın 129/3. maddesinin, Sözleşmenin yargıya ulaşma ve adil yargılanma hakkını tanıyan 6. maddesi ile çatıştığını, dolayısıyla bu durumda Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme Sözleşmenin 6. madde hükmü karşısında Anayasanın ilgili hükmünün zımnen iptal edildiği değerlendirmesini yapmaktadır⁸⁶.

Böyle bir değerlendirmenin Sözleşmenin Anayasallık blokundaki etkinliği ve doğrudan uygulanırlığı açısından şüphesiz önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Nitekim Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki savunmasında, şikayetçilerin Türk ma-

84 Bkz. SOYSAL, s. 17.

85 AYİM, 1. Da., E. 1997/255, K. 1997/274, KT. 1.4.1997, nakl. DOĞRU, Osman, (ed.), İnsan Hakları Kararları Derlemesi, c. 1, İstanbul 1998, s. 404 vd; Ayrıca bkz. AYİM, 1. Da., E. 1997/147, K. 1998/200, KT. 22.1.1998, AYİM Dergisi, sy.12, Ankara 1998, s.1143-1144.

86 KT. 24.10.1995, nakl. ÇAĞLAR, Bakır, "Yargıçlar Zamanı'nda Sendikalaşmak", Anayasa Yargısı 15, Ankara 1998, s. 63.

kamları önünde, Türk hukukunun bütünleyici bir parçası olan Sözleşmenin ilgili hükümlerine dayanmamış oldukları hususunu ileri sürmektedir⁸⁷. Böyle bir hususun ileri sürülmesi Sözleşmenin doğrudan uygulanmaya elverişli olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Doğrudan uygulanırlık niteliğine sahip olan Sözleşme hükümlerinin diğer organlar gibi yargı organlarınınca da dikkate alınması gerekmektedir.

Öte yandan Sözleşmenin insan hakları alanında minimum standardı öngörmesi ve devletlerin bu standarttan daha azıyla yetinemeyecekleri esası da, Sözleşme ile tanınan bir hakkı kısıtlayan Anayasa ya da kanun hükmü karşısında Sözleşmeye üstünlük tanınmasını gerekli kılmaktadır. Bunun dışında Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi hem de devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu gerektirmesinin yanında, ulusal yargı yerlerini de Sözleşmeyi uygulamaya ve Sözleşmeye uygun yorum yapmaya zorlamaktadır⁸⁸.

VI- SONUÇ

İnsan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak anlayışı ifade eden Avrupa kamu düzeni kavramı, Sözleşme ile öngörülen hakların ve bunlara ilişkin sınırlama sebeplerinin nasıl yorumlanacağını tespit edildiği bir hukuk düzeni olarak belirlemektedir. Sözleşme metni ve amacı ile birlikte yargı içtihatlarıyla gelişen ve demokratik toplum kavramı etrafında şekillenen bu ortak hukuk düzeni, üye devletlerin iç hukuk sistemlerini etkilemekte ve taraf devletleri, iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeye zorlamaktadır.

Aynı zorunluluk Sözleşmeye taraf her devlet gibi Türkiye açısından da geçerli bulunmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organları Sözleşme ile öngörülen objektif yükümlülükler düzeninin bir gereği olarak karar ve işlemlerinin Sözleşmeye uygun olmasını gözetmek durumundadırlar. Sözkonusu metne taraf olarak kalındığı müddetçe, gerek kanunların yapımında ve uygulanmasında gerekse bunların Anayasaya uygunluklarının denetlenmesinde Sözleşme metni ve içtihatlarından oluşan ortak hukuk anlayışından faydalanılması bir zorunluluk olarak görülmektedir.

⁸⁷ Kalaç/TÜRKİYE, 1.7.1997, nakl. DOĞRU, c.2, s. 277; Akkuş / TÜRKİYE, 9.7.1997, nakl. DOĞRU, c.2, s. 282.

⁸⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29-30; POLAKIEWICZ, s.407-408.

“AZ GELİŞMİŞ EKONOMİLERDE DIŞ BORÇLANMA ve TÜRKİYE AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME”*

M. Okan TAŞAR**

Dünya üzerinde var olan bütün toplumların ve devletlerin en yüksek ideali; ekonomik anlamda kalkınmak, gelişmek, yaşama düzeyini en üst seviyeye çıkartırken, her yönden kabul edilir bir güç ve otorite halinde gelebilmektir. Tarihsel süreç içerisinde toplumların bütün gayretleri hep bu yöndedir. Çatışmaların ve huzursuzlukların temelinde de hep bu ideal yatmaktadır.

II. Dünya savaşının ardından yıkılan ülke ekonomilerini yeniden canlandırmak ve savaşın yaralarını sarmak için bir çok girişimde bulunulmuştur. İnsanlık, böyle bir felaketi bir daha yaşamamak için evrensel boyutlarda yeni birlikler oluşturmaya özel bir çaba göstermiş, az gelişmiş ekonomilerin kalkınmalarına yardım edilmesi fikri de oluşturulan uluslararası kuruluşların bir diğer amacını oluşturmuştur. Ancak zaman geçtikçe bu amaç işlevini kaybederek, verilen karşılıksız yardımlar yerini ticari şartlar taşıyan kredilere bırakmıştır.

Bu aşamada hem az gelişmiş ülkeler hem de gelişmiş ülkeler açısından söz konusu krediler bir çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Şüphesiz hem dünya ticareti hem de ekonomik yapı dış yardımları gerekli kılmaktadır. Ancak ticari kredi niteliği taşıyan dış yardımların geri ödenmesinin, tüm dünya ekonomilerini alt üst eden bir çok krizi de gündeme getireceği ortadadır.

Genel anlamda ekonomik açıdan kalkınma; söz konusu ekonomide yatırımların büyüklüğüne ve niteliğine bağlıdır. Çoğunlukla kalkınma, sanayileşme ile özdeşleştirilmektedir. Buna paralel olarak az gelişmiş ekonomiler, geleneksel tarımsal ekonomik yapılarını değiştirerek sanayi ve bilgi toplumu haline gelmeyi hedeflemişlerdir. Fakat burada az gelişmiş ekonomiler kendilerini bir çelişkinin, bir kısır döngünün içerisinde bulurlar. Sanayileşmek; yatırımı, yatırım tasarrufları, tasarruf ise iyi bir gelir düzeyini gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle de kalkınma; gayrisafi milli hasıladan yatırımlara ayrılan paya bağlıdır. Oysa az gelişmiş ekonomilerde bu pay oldukça önemlidir. Yine aynı şekilde bu ekonomilerde önemli bir diğer problem de döviz

* S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Anabilim Dalı, İktisadi Gelişme ve Uluslararası İktisat Bilim Dalı Yüksek Lisans Programında, Şubat 1995 tarihinde savunulan “Az Gelişmiş Ekonomilerde Dış Borçlanma Problemi ve Ekonomik Kalkınma Üzerindeki Et-kileri (Türkiye Örneği)” isimli tezin özetidir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Ekonomi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

darboğazıdır. Kalkınma hızı, yatırım malları ve ara malları ithaline bağlıdır.

Bütün bu çelişkileri ortadan kaldırmak, kısır döngüden kurtulmak ve kalkınma için az gelişmiş veya gelişmekte olan ekonomiler dış borçlanma yolunda giderler. İşte bu noktada çalışmanın konusu ve amacı belirginleşmektedir.

Çalışmamız; az gelişmiş ekonomileri ve bu ekonomilerin bir çok probleminden biri olan dış borçlanma problemini kapsamaktadır. Çalışmada söz konusu zaman dilimi II. Dünya Savaşı döneminden günümüze kadar geçen süre ile sınırlandırılmıştır.

Bu çalışma az gelişmişlik kavramlarını ve genel hatlarıyla bu ekonomilerin özelliklerini açıklama yolunu seçmiştir. Her ne kadar bütün az gelişmiş ekonomiler farklı özellikler arz etse de kaba çizgileriyle ortak özellikler dikkate alınmıştır.

Ayrıca az gelişmiş ülkelerin kalkınma çabalarının finansmanında, dış kaynakların önemi ve gerekliliği ortaya konmaya çalışılmış ve dış kaynaklar içerisinde en önemlisi olan dış borçlar tanımlanarak, gerekli teknik deyimler ve rasyolar ifade edilmiştir.

Son bölümde, Türkiye'nin dış borçlanma süreci, özellikle 1980 sonrası dönem ele alınmakta, göstergeler yardımıyla dış borç rasyoları ortaya konulmaktadır. Sonuç olarak ise, Türkiye ekonomisi için kredilerin nasıl kullanılması gerektiği ve geri ödemesinin kalkınma üzerindeki etkileri araştırılmaktadır.

I. AZGELİŞMİŞLİĞİN ve DIŞ BORÇLANMANIN TANIMLANMASI

Az gelişmişlik ile ilgili birçok kavramın bulunması, bu konudaki tanımların da aynı şekilde çeşitlilik göstermesini açıklamaktadır. Bir başka gerçek de sosyal bilimlerde tanım vermenin çok zor olduğudur. Bunun yanında az gelişmişliğin, toplumsal, siyasal, psikolojik ve ekonomik yönlerinin var olması yapılacak tanımları daha da güçleştirmektedir. Az gelişmişliğin tanımını açısından yaşanan bu güçlüğü Hans SINGER'in cümleleri en iyi şekilde açıklamaktadır: "Az gelişmiş ülke zürafaya benzer, onu tanımlamak zordur, ama gördüğümüzde daima tanırız"¹.

Az gelişmişliği tanımlamada oldukça sık başvurulan yöntem, söz konusu ülkelerin benzer özelliklerinin sıralanmasıdır. Bu bir bakıma az gelişmiş ülkelerin

¹ Hıdır Özdemir, İktisadi Az gelişmişlik Sorunu, İzmir: Bilgehan Yayınevi, 1985, s. 39.

bir tasvir niteliğindedir. Bu tür tanımlardan en belirgin olanı Y. Lacoute'nin geniş tanımıdır.

“İktisadi azgelişmişlik, sosyal ve ekonomik hareketsizliği burjuvazinin yokluğu, askeri gücün yetersizliği, politik ve ekonomik bağımlılık, ayrıcalıklı bir sınıfın oluşması, geleneksel yapıların dağılması, modern sektörün sınırlı kalması, ticaret hadlerinin aleyhte değişmesi ve hızlı nüfus artışını kapsayan komplike bir olgudur”².

Vural F. Savaş ise az gelişmiş ülkeleri “mevcut üretim gücüne oranla az üretimde bulunan veya başka ülkelerde kullanılan üretim tekniklerini kullanamayan ülke” olarak tanımlarken, bu tür tanımın ülkeden ülkeye, zamandan zamana ve sektörden sektöre değişebileceğini de kabul etmektedir³.

Ayrıca Birleşmiş Milletler Örgütü'nün bu konuda yapmış olduğu konferanslarda, az gelişmiş ülke: “sorunlarının ne olduğunu iyi bilmeyen ve onları çözmek için bir öncelik sırası yapamayan ülke” şeklinde tanımlanmaktadır⁴.

Simon Kuznets, az gelişmişliği üç şekilde tanımlamanın mümkün olduğunu, imkanlara göre, karşılaştırmalara göre ve zorunlu ihtiyaçlara göre değişik tanımlar yapılabileceğini belirtmektedir. Bu noktada ilk olarak, az gelişmişlik “doğal kaynaklardan faydalanma derecesinin zayıf olması” şeklinde tanımlanır ve daha geniş anlamda bu tanım ekonominin diğer kaynakları için de uyarlanabilir. İkincisi olarak az gelişmiş ülkenin, gelişmiş ülkeyle karşılaştırılması sonucu tanımlanabilir ki bu tür bir tanım Pierre Mousa tarafından da kabul görmektedir, son olarak “Halkın çoğunluğunun insanca yaşaması için gerekli olan temel ihtiyaçlarının tamamen karşılanamadığı ülke, az gelişmiş ülkedir” şeklinde bir tanım ortaya konabilir⁵.

Zorunlu ihtiyaçlar yaklaşımının öncülerinden olan François Perroux'ya göre de “az gelişmiş ülkeler, kişilerin insanca yaşamasının gereklerini gerçekleştiremeyen ülkelerdir”⁶.

Zorunlu ihtiyaçlar yaklaşımında ortaya konan az gelişmişlik tanımı, konuyla ilgili diğer tanımlara bazı noktalarda üstünlük sağlamaktadır. Bize bu tanımlama; ne az gelişmişliği bazı özellikleriyle tasvir etmekte, ne sonuçları üzerine ne de ortadan kaldırılması konusunda önyargıları taşımaktadır.

² Özdemir, a.g.e., s. 40.

³ Vural F. Savaş, Kalkınma Ekonomisi, İstanbul: Beta Basım, 1986, s. 6.

⁴ Özdemir, a.g.e., s. 39.

⁵ Jacques FREYSINNET, Azgelişmişlik İktisadı, Ankara: Gazi Üniv. Yayın No: 73, 1985, s. 9.

⁶ Özdemir, a.g.e., s. 42.

Bunun yanısıra somut bir olgu "sefalet"i ön plana çıkartmaktadır. Ayrıca; insanların zorunlu gereksinmelerinin neler olduğu konusunda Birleşmiş Milletler Örgütü'nün belirlediği ölçüler rahatlıkla kullanılabilir.

Belirtilmesi gereken en önemli nokta, konuyla ilgili yapılan tanımların yetersiz olduğudur. Gerek, az gelişmiş ülkelerin bazı özelliklerinin tasvirine dayanan tanımlar olsun, gerekse kişi başına milli gelir gibi bazı ekonomik kriterlerin karşılaştırılması ile oluşturulan tanımlar olsun, bu karmaşık kavramın bazı yönlerini açıklığa kavuşturmadan öteye gidemezler. Bu nedenle kavramın tanımlanmasından daha çok, söz konusu ülkelerin özelliklerini ekonomik, sosyal, demografik ve politik kriterler dikkate alınması yerinde olacaktır.

A. Az gelişmiş Ülkelerin Genel Özellikleri

Az gelişmiş ülkeler, sayıları kadar farklı özellikler göstermektedirler. Söz konusu ülkelerin herbiri, kendilerine özgü ekonomik, sosyal, politik yapıları içermektedir. Bu nedenle bu özellikleri belirlemede çok farklı kriterler dikkate alınmalıdır.

Üretim faktörleri açısından az gelişmiş ülkelerin özellikleri ele alındığında; tarımsal üretimin düşüklüğü, ülkede var olan hammaddelerin hiç işlenmeden veya çok az işlenerek ihraç edilmesi, doğal kaynakların kullanılması bakımından dikkati çeken ilk özelliklerdir. Diğer üretim faktörlerinde de aynı durum söz konusudur. İşgücünün niteliksiz ve işsizliğin fazla olması, demografik yapıları, sermaye birikiminin yetersizliği az gelişmiş ülkelerin bu bağlamda diğer özellikleri olarak sıralanabilir.

Az gelişmiş ülkelerde politik yapının en önemli özelliği, gücün, ayrıcalıklı küçük bir sınıfın elinde toplanması, kadroların yetersizliği ve rüşvetin bir yönetim sistemi olmasıdır.

Bu ülkelerde ekonomik yapı ise bütünüyle dual (iki)li bir karakter taşımaktadır. Dual karakter ekonomik yapıyı tamamen çarpıtmaktadır. Tarım sektörüne dayalı üretim yapısı, hizmetler sektörünün genişliği, ekonomide kararsızlık, yapı bakımından az gelişmiş ülkelerin önemli özellikleridir.

B. Az gelişmiş Ülkelerde Dış Borçlanmanın Gerekliği

Az gelişmiş ekonomilerin kalkınması çoğunlukla bu ekonomilerin sanayileşmesiyle özdeşleştirilmektedir. Dolayısıyla kalkınma genel bir ölçü olarak GSMH'dan yatırımlara ayrılan paya bağlıdır. Bu noktada iç tasarruf düzeyinin yetersiz olması dolayısıyla yatırımlara ayrılan payın az olması öncelikle dış borçlanmayı gerekli kılmaktadır.

Kalkınmanın finansmanında, dış kaynaklar içerisinde önemli bir yere sahip olan dış borçlanma, ekonominin tasarruf açığını gidermede etkili olurken döviz açığının kapatılmasında da önemli bir işlevi yerine getirir. Ayrıca "savunma giderlerinin karşılanması, ekonomik dengenin korunması, büyük yatırım ve reformların finanse edilmesi, doğal afet ve savaş gibi olağanüstü harcamaların gerektireceği finansmanın sağlanması gibi faktörlerde dış borçlanmanın gerektireceği finansmanın sağlanması gibi faktörlerde dış borçlanmanın gerekliliğini ortaya koymaktadır"⁷. Petrol krizleri ve uygulanan korumacılık politikaları nedeniyle dış ticaret hadlerinin, az gelişmiş ülkelerin aleyhine bozulması bu ülkeler için dış borçlanmayı kaçınılmaz hale getirir. Genel anlamda dış borçların gerekliliği toplumsal faydaları ile toplumsal maliyetlerinin karşılaştırılması suretiyle ortaya konmalıdır.

Tasarruf-Yatırım dengesizliği ve hızlı kalkınma arzusu az gelişmiş ülkelerin temel çelişkilerinden birini oluşturmaktadır. Bu noktada dış borçlanma, "yabancı tasarrufların ülkeye çekilip yatırımları için kaynak yetersizliğini gidermede gerekli bir faktör olarak görünmektedir"⁸. Çünkü dış borçlanmayla iç kaynaklara bir ilave oluşturulmakta, iç tasarruflarla yapılabilecek olandan daha fazla yatırım yapılması mümkün olmaktadır. Dolayısıyla az gelişmiş ülkelerde dış borçlanmanın gerekliliği tasarruf açığının kapatılmasında ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca az gelişmiş ekonomilerde kalkınmanın önündeki engel döviz yokluğu ise dış borçlanma daha da gerekli olabilmektedir. "Yatırım mallarının yurtiçinde üretilemediği durumdaki birçok az gelişmiş ülke için bu durum geçerlidir. Bu malların dışardan ithal edilmesi zorunluluğu vardır. Aksi halde yurtiçi tasarrufların bir kısmı da gerekli girdilerin ithal edilememesi nedeniyle yavaşlayan üretimden dolayı kullanılamayacaktır"⁹. Döviz, bir anlamda yapılan tasarrufların yatırıma dönüştürülmesini sağlar. Ülke, ürettiği mal ve hizmetlerin bir kısmını ihraç ederek kazandığı döviz geliriyle ihtiyaç duyduğu diğer malları dışardan ithal eder. Yatırım için gerekli teçhizatı üretemeyen ve yeterli döviz rezervine sahip bulunmayan ülkelerde, yeni yatırımlar gerçekleştirilemeyeceği gibi gerekli hammadde ve ara malları da temin edilemeyeceği için kurulu tesisler tam kapasite ile çalıştırılmazlar. Dış borçlanmanın ikinci etkisi bu noktada belirginleşmekte ve ekonominin döviz boşluğunu gidermede etkili olmaktadır.

⁷ Engin Öner, "Dış Borç Ölçümünde Sorunlar", Atatürk Üniv. İ.İ.B.F. Dergisi, C. 9, s. 1-2, 1992, s. 146.

⁸ Kamil Tuğen, "Büyüme ve Dış Borçlanma, İzmir Ticaret Odası Dergisi, Yıl: 63, S. 1, Ocak, 1990, s. 16.

⁹ Öner Türk, a.g.e., "Dış Borçlanma ve Borç Ödeme Kapasitesi", Ankara: Maliye Dergisi, 38, 1979.

Jan Tinbergen'e göre ise dış borçlanmanın gerekliliği altı nokta ile ortaya konmaktadır. "Milli geliri artırmak, istihdamı genişletmek, ödemeler dengesini sürdürmek, fiyat istikrarını sağlamak, gelir dağılımını yeniden düzenlemek, dengeli bölgesel gelişmeyi sağlamak"¹⁰ şeklinde özetlenebilecek olan bu nedenler az gelişmiş ülkelerin kalkınmalarını gerçekleştirmede, dış borçlanmanın önemini göstermektedir.

C. Dış Borçlanma

Dış borçlanma basit anlamda; "bir ülkenin belirli zamanlarda geri ödemek şartıyla ülke dışından kaynak sağlaması"¹¹ olarak tanımlanabilir. Diğer bir tanımlama ise; "bir devletin ya da devlet kuruluşunun dış kaynaklardan mali ya da reel kaynak sağlamasıdır"¹².

Bazı özellikleri dikkate alarak yapılan tanımlama; "dış borçlar yabancı kaynaklardan sağlanan, alındıkları ya da geri ödemeleri sırasında ulusal gelir üzerine artırıcı veya azaltıcı etkide bulunan ve uluslararası ilişkiler sonucu doğan transfer akımlar"¹³ olarak ortaya konabilir. Philip W. Bell ise dış borçlanmayı, "değerleri reel transfere eşit olan mal ve hizmet şeklinde gelişmiş ülkelere yapılan tek taraflı transfer olarak tanımlamaktadır"¹⁴.

Nitekim dış borç verileri arasında bir tutarlılık sağlanması amacıyla çalışma yapan IMF, Dünya Bankası, OECD, Uluslararası Ödemeler Bankası BIS gibi kuruluşlar dış borçlara ortak bir tanım da getirmişlerdir. Söz konusu bu tanıma göre: "Bir ülkenin belli bir zaman dilimi içerisindeki gayrisafi dış borçları, o ülkede yerleşik olmayan kişilerden bir sözleşmeye dayanarak sağlanmış olan kısa, orta ve uzun vadeli krediler toplamıdır"¹⁵. Gayri safi dış borçtan kastedilen, o ülkenin söz konusu dönem sonu itibariyle stok borçlarından dış alacaklarının mahsup edilmeden kayıtlara alınmasıdır. Çünkü, alacakların vadeleri ile borçların vadelerinin farklı olması, ülkeler arasında yapılacak borç ödeme gücü karşılaştırmalarında tutarsızlıklara neden olacaktır. Ayrıca belli bir sözleşmeye dayanılarak yapılmış ve kreditorlerce taahhüt edilmiş olmasına rağmen henüz kullanılmamış borçlar, borçlu ülkenin dış borç stokuna dahil edilmemektedir.

¹⁰ Önertürk, a.g.e., s. 58.

¹¹ Sultan Demir, "Dış Borçlanma ve Türkiye'nin Dış Borçları Üzerine Bazı Gözlemler", Eskişehir: Anadolu Üniv. İİBF Dergisi, C. VI, S. 2, 1988, s. 220.

¹² Önertürk, a.g.e., s. 55.

¹³ Macit İnce, Devlet Borçlanması, Ankara: Şenyuva Basım, 1973, s. 19.

¹⁴ Lale Cankay, "Türkiye'de Dış Borçların Gelişimi", İşletme ve Finans Dergisi, S. 83, Şubat, 1993, s. 41.

¹⁵ Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Dış Borçlar Bülteni, 1991, s. 3.

Yine aynı şekilde gayri safi dış borcu “belirli bir zaman anaparalı veya anaparasız faiz ödemek yahut faizli veya faizsiz ana parayı geri ödemek üzere, bir ülke sakinlerince diğer ülke sakinlerine ödenen ve ödenmeyen, mukaveleye dayalı borçların miktarı”¹⁶ olarak tanımlamak mümkündür.

Yapılmış olan tanımların ortak özelliklerine bakıldığında dış borçlanmanın en önemli kriteri, o ülkede yerleşik olmayan kişilerden sağlanmış olmasıdır. İkametgahın anlamı IMF’ye göre; “bir ülkede 12 ay veya daha uzun süre ikamet edilen kişi genellikle o ekonominin yerleşik üyesi olarak kabul edilir. Dolayısıyla borcun dış yapısının işlemcilerin milliyetleri tarafından veya borcun nakit para cinsi tarafından belirlenemeyeceğini kabul etmekteyiz”¹⁷. Dış borçların önemli bir özelliği de mukaveleye dayalı olarak anaparayı geri ödemeyi ve faiz ödemeyi taahhüt ediyor olmasıdır. Hem anapara hem de faiz ödemesini içeriyor olsa da dış borçlar stok değeri olarak ifade edilmek istendiğinde, sadece anapara üzerinden hesaplanmaktadır. İlerde ödenmesi söz konusu olan faizler dış borç stokuna dahil edilmemekte, ancak ileriye yönelik döviz yükümlülüğünün bilinmesi açısından dış borç faiz ödemelerinin projeksiyonunda dikkate alınması gerekmektedir. Dış borç kavramı sadece yurtdışında olan borçlarımızı, dolayısıyla ödenmesi durumunda GSMH’yi azaltıcı yönde etkide bulunacak kalemleri kapsamaktadır. Bu durumda iç borçlarla, dış borçlar arasındaki en belirgin fark karşımıza çıkmaktadır. İç borçlar iç kaynaklardan sağlanmakta olup, milli gelirden miktar yönünden bir değişiklik ortaya çıkarmazken, dış borç alındığı zaman ülke milli gelirin ek kaynak sağlamaktadır. Aynı şekilde ödendiğinde ise ülke milli gelirinin bir kısmı dışarıya çıkmaktadır.

Bu nedenle, dış borçların kullanıldığı alanların verimli yatırımlara yönlendirilmiş olması önem taşımaktadır. Aksi takdirde kronikleşmiş açıklar, sermaye yetersizlikleri, yüksek enflasyon gibi nedenlerle, üretken alanlara kanalize edilmeyen dış borçlar ilerde az gelişmiş ülkeler için çok önemli bir sorunu gündem getirecektir.

II. TÜRKİYE’NİN DIŞ BORÇLANMA SÜRECİ

Ülkemizin ekonomik kalkınma çabası, kalkınma kavramının evrensel bir boyut kazandığı 1945’lerden çok öncesine uzanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan itibaren ekonomik kalkınma, ülkenin önde gelen amaçlarından birisi, hatta başlıcası olarak ele alınmıştır.

Ekonomik kalkınmanın; siyasal, toplumsal, kültürel yönleri de dikkate alınır, çok boyutlu, uzun bir süreç olduğu ortaya çıkacaktır. Böylesine çok

¹⁶ Öner, a.g.e., s. 138.

¹⁷ Öner, a.g.e., s. 138.

yönlü bir çabanın, beraberinde bir çok sorunu da gündeme getireceği kolaylıkla iddia edilebilir. Azgelişmişliği; insanların, insanca yaşamasının gereklerinin yerine getirilmemesi, halkın büyük bir çoğunluğunun zorunlu gereksinimlerinin karşılanamaması olarak tanımlarsak, bir çok ülkenin, azgelişmişliğin çeşitli basamaklarında yer alacağı görülecektir. Azgelişmiş ülkeleri tanımlamadaki güçlüğü, söz konusu ülkelerin farklı özellikler göstermesinden kaynaklandığını belirtmiştik. Dolayısıyla azgelişmiş ülkelerin herbiri, kalkınma çizgisi üzerinde farklı noktalarda yer alacaktır. Daha açık bir ifadeyle her ülkenin azgelişmişlik veya gelişmişlik derecesi farklıdır. Kalkınmanın diğer boyutları dikkate alınmadan sadece ekonomik gelişmesinin karşılaştırılmasında temel ölçü kişi başına milli gelir rakamlarıdır. Kişi başına milli gelir rakamlarının karşılaştırılması, bir ülkenin gelişmişlik düzeyini kabaca da olsa ortaya koyacaktır.

Örneğin; “ülkemiz kişi başına 200 dolar gelire 1962 yılında ulaşmıştır. Bazı ülkelerin kişi başına 200 \$ gelire ulaştığı yıllar dikkate alınır, Türkiye'nin kaba bir ölçüyle ne kadar geride kaldığı ortaya çıkacaktır. Dünyanın gelişmiş ülkelerinden biri olarak kabul edilen ABD kişi başına 200 \$'lık gelire 1832 yılında erişmiştir. Öyleyse Türkiye'nin ABD'yi 130 yıl geriden takip ettiği söylenebilir. Bu rakamlar değişik ülkeler için sırasıyla; İngiltere 1837-125 yıl, İsviçre 1839-123 yıl, Almanya 1886-71 yıl, Şili 1912-50 yıl, İtalya, 1909-53 yıl olarak sıralanabilir”¹⁸. Ancak unutulmamalıdır ki kalkınmanın derecesini belirleyen kişi başına gelir rakamları değildir ya da en azından bu rakam tek başına bir anlam taşımayacaktır. Örneğin “Türkiye en hızlı gelişme gösterdiği on yıllık dönem 1942-1951 ile 1952-1960 yılları ortalamasıdır ve söz konusu dönemde gelişme hızı % 72'dir. Karşılaştırma imkanı açısından Japonya en hızlı gelişme gösterdiği 1923/1932 döneminde % 67.4'lük gelişme hızına ulaşabilmiştir. Türkiye II. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde başarılı bir gelişme kaydetmiştir”¹⁹.

Türkiye ekonomisi, ana hatlarıyla incelendiğinde, bazı açılardan azgelişmiş ülke gibi görünüyorsa bile, kalkınma süreci içerisinde belli mesafeler katettiği de bir gerçektir. Ekonomik kalkınmanın sağlanmasında iç kaynakların yetersizliği, diğer azgelişmiş ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de dış kaynaklardan finansman gerekliliği ön plana çıkarmıştır.

Türkiye'yi 24 Ocak 1980'in eşğine getiren dış borçlar, ekonomimiz açısından önemli bir sorun olarak bu dönemde ortaya çıkmıştır. Dünya ekonomisinde bu dönemde görülen petrol şokları gibi olumsuz gelişmeler, Türkiye ekonomisinin içine düştüğü krizin ağırlaşmasında oldukça önemli bir

¹⁸ Besim Üstünel, Kalkınmanın Neresindeyiz, Ankara: Sevinç Matbaası, 1966, s. 11.

¹⁹ Üstünel, a.g.e., s. 15.

rol oynamıştır. 1980-1982 yılları arasında yaşanan Dünya Borç Krizi etkileri günümüzde de sürdürürken, Türkiye'nin 1980'den itibaren yeni bir sanayileşme stratejisi izlemesi, IMF'nin öngördüğü ekonomik politikalar, siyasal huzursuzluklarla 1980'li yıllara başlaması, zor bir dönemin yaşanacağını ilk sinyallerini vermektedir.

A. 1980 Sonrası Dış Borçların Gelişimi

1973 ve 1979 petrol şokları, petrol ithalatçısı bütün azgelişmiş ekonomilerde olduğu gibi Türk ekonomisinde de istenmeyen birçok gelişmeye sebep olmuştur. Bütün ekonomilerde önemli sayılabilecek birçok krize neden olurken, azgelişmiş ülkelerde ekonomik olarak başlayan krizler siyasal ve toplumsal karaktere bürünmüş ve önemli çalkantılar yaşanmıştır.

1979 yılında yaşadığı dış borç ödeme krizi sonrasında Türkiye, IMF'nin bütün azgelişmiş ülkelere önerdiği istikrar programını 24 Ocak 1980 kabul ederek, uygulamaya başlatmıştır. 24 Ocak istikrar programı; "enfilyasyonu yavaşlatmak, fiyat istikrarını sağlamak, üretim fonksiyonunu harekete geçirmek için, döviz ve enerji arzını artırmak, ihracatı teşvik ederek döviz kazandırıcı tüm aktiviteleri güçlendirmek, zorunlu ithalat dışında döviz giderlerini en aza indirmek, özel teşebbüse destek olarak piyasa mekanizmasını işletmek, yeni tasarruf, faiz ve kambiyo politikalarını izleme amacını gütmektedir"²⁰. Dış borçlanma açısından ana politika, dış borç ödemelerini ertelemek, yeni dış yardım ve kredi sağlamak olarak belirginleşmiştir. "24 Ocak kararlarının temel felsefesi; dışa açılma, ihracata yönelik sanayileşme ve liberalizm olarak özetlenebilir. Yeni dış kredi sağlanması ekonominin dışa açılmasını gerekli kılmaktadır. Kredi biçimindeki uluslararası sermaye akımları hem borcu alan hem de borcu veren ülkenin dışa açıklık derecesini arttırmaya katkıda bulunmaktadır"²¹.

Programın özünü oluşturan dışa açılmacı büyüme yaklaşımı, dış borç artışlarını da birlikte getirmektedir. "1979'a göre 1988 sonunda dövizle ödenecek dış borçların ana para miktarı, % 88.4 dolayında artış göstermiştir. Ayrıca programın uygulandığı yıllarda, kısa vadeli dış borçların toplam dış borç içerisindeki payı % 18'den % 31'e yükselmiştir. Kısa vadeli dış borçlardaki bu artış ekonomiyi gelecek dönemlerde olumsuz etkileyecektir. Buna paralel olarak dış borç yükü yani, dış borçların, GSMH'ye ve döviz gelirlerine oranı giderek artmaktadır. Dış borç yükü 1983 ve 1984'de yeniden tırmanışa geçmiş ve dış borç krizinin yaşandığı 1978-1979 yıllarındaki rakamın üzerine

²⁰ Ahmet Kılıçbay, Türk Ekonomisi, İş Bankası Kültür Yayını, No: 263, 1991, s. 164.

²¹ Gülten Kazgan, Ekonomide Dışa Açık Büyüme, İstanbul: Altın Kitaplar 2B, 1988, s. 154.

çıkmıştır. Dış borçların faiz yükünün niteliği değişmiş ve değişken faiz uygulaması söz konusu krediler üzerinde bir faiz baskısı oluşturmuş ve dış borç yükünün gelecek dönemler için belirlenmesi zorlaşmıştır²².

1. Türkiye'nin 1980-1994 Döneminde Dış Borç Stoğu

Dış borç stoğu, Türkiye'nin 24 Ocak Programı ve dışa açılmasıyla önemli boyutlara ulaşmıştır. 1983 yılı sonunda toplam dış borç stoğu 18.4 milyar \$'dı. 1987 sonunda ise 38.3 milyar \$'a ulaşmıştır. Türkiye'nin 1980-1994 dış borç stoğu Tablo 1'de gösterilmiştir.

Tablo 1: Türkiye'nin Dış Borç Stoğu (1980-1994) Milyon \$

Yıllar	Toplam Dış Borç	Dış Borç Artış Hızı
1980	15.163	-
1981	16.861	11.20
1982	17.619	4.50
1983	18.385	4.35
1984	20.659	12.37
1985	25.476	23.32
1986	32.101	26.00
1987	40.228	25.32
1988	40.722	1.23
1989	41.751	2.53
1990	49.035	17.45
1991	48.661	-0.76
1992	55.592	14.24
1993	67.356	21.06
1994*	67.247	-0.16

* Geçici

Kaynak: H.D.T.M. Dış Borçlar Bülteni, Mart, 1994, s. 5.

Dünya ekonomisinin krizi, "bir taraftan Türkiye'nin döviz ihtiyacını artırırken (özellikle petrol fiyatlarının yükselmesi) diğer yandan da yetersiz olan döviz kaynaklarını da kurutmaktadır. Aynı zamanda faizler yükselmekte, orta-

²² Yakup Kepenek, Nurhan Yentürk, Türkiye Ekonomisi, 6B, İstanbul: Remzi Kitabevi, Eylül 1994, s. 161.

lama vadeler kısalmakta, dış borçlanma giderek daha da zorlaşmaktadır"²³. Bu ortamda Türkiye'nin daha da borçlanması kaçınılmazdır. Dolayısıyla Türkiye'nin dış borçları sürekli artmaktadır.

"Her ne amaçla yapılırsa yapılsın Türkiye'nin 1983'den sonra yapmış olduğu dış borçlanma hesapsız, aşırı tüketici, gösterşci bir politika sonucu yanlış kullanılmıştır"²⁴. 1986 ve 1987 yıllarında görülen artışlar, büyük oranda petrol fiyatlarında düşüşler nedeniyle Orta Doğu ülkelerinin Türk ihraç mallarına taleplerini azaltması sonucu cari işlemler dengesinde ortaya çıkan açıklardan kaynaklanmaktadır. 1989 döneminde görülen olumlu gelişme, işçi dövizleri ve turizm gelirlerindeki artış sebebiyledir. 1990 yılında artış ise büyük ölçüde Körfez Krizi'nin etkisiyle ortaya çıkmaktadır. (Bakınız Tablo 1). Diğer taraftan, "1991 yılında dış borçlarda fazla artış söz konusu değildir, çünkü Körfez Krizi nedeniyle uğranıla kayıpları ortadan kaldırmak için yapılan yardımlar, ithal giderlerinin azalması, borç artışının yavaşlamasına neden olmuştur"²⁵.

Ancak 14 yıllık dönem boyunca dış borç stokunda artış yönünde bir eğilim vardır. 1980 yılına oranla 1994 yılında dış borç stokunda % 343 oranında bir artış göze çarpmaktadır (Bakınız Tablo 1).

Bu dönemde dış borç stokunda görülen bu gelişme, dış borçların yapısı üzerinde de etkili olmuştur.

2. 1980-1994 Döneminde Dış Borçların Yapısı

Türkiye'nin 1980-1994 aralığında, kısa ve orta-uzun vadeli dış borçların toplam borçlar içerisindeki payı Tablo 2'de gösterilmiştir.

²³ Fikret Başkaya, "24 Ocak: İstikrarlı Borç Ödeme Dönemi", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Sayı: 85, Şubat 1987, s. 10.

²⁴ Dış Borçlar, Açık Oturum, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Sayı: 9, Eylül, 1988, s. 26.

²⁵ Fatma Taşkın, "Son 10 Yılda Üç Kat Artış", Ekonomik Forum, TOBB, Mayıs, 1994, s. 19.

Tablo 2: 1980-1994 Döneminde Dış Borçların Vade Yapısı Milyon \$

Yıllar	Orta-Uzun Vadeli Borçlar	Kısa Vadeli Borçlar	TDB İçerisinde Kısa Vadeli Borçlar %	TDB İçerisinde Orta-Uzun Vadeli Borçlar %
1980	13.358	1.805	11.90	88.09
1981	14.667	2.194	13.01	85.80
1982	15.855	1.764	10.01	89.98
1983	16.104	2.281	12.41	87.59
1984	17.479	3.180	15.39	84.61
1985	20.717	4.759	18.68	81.32
1986	25.752	6.349	19.78	80.22
1987	32.605	7.623	18.95	81.05
1988	34.305	6.417	15.76	84.24
1989	36.006	5.745	13.76	86.24
1990	39.535	9.500	19.37	80.63
1991	41.372	9.117	18.73	85.02
1992	42.932	12.660	22.77	77.22
1993	48.823	18.533	27.51	72.48
1994*	51.356	15.891	23.63	76.36

* Geçici

Kaynak: HDTM, Dış Borçlar Bülteni, Mart, 1994, s. 5.

Tablo 2'den görülebileceği Türkiye'nin dış borç yapısı, kısa vadeli krediler lehine değişmektedir. 1980 yılında kısa vadeli borçların toplam dış borçlar içerisindeki payı % 11.90 iken 1993 yılında % 27.51'e, Mart 1994 itibariyle % 23.68'e yükseltilmiştir. Özellikle "1990 yılında kısa vadeli borçların artışının önemli bölümü ticari bankalara ait borç stokundaki yükselmeden kaynaklanmaktadır. Ticari bankalara ait borçlarda meydana gelen bu artış döviz kredileri ile yurt dışında yerleşiklere ait döviz tevdiat hesaplarındaki artıştan kaynaklanmıştır"²⁶. Kısa vadeli borçlar içerisinde en riskli borçlanma şekli olan ticari bankaların borçlu sıfatıyla uluslararası piyasalardan doğrudan sağladıkları kredilerde önemli bir artış göz çarpmaktadır. Uluslararası piyasalardan doğrudan sağlanan kısa vadeli kredilerin toplam kısa vadeli borç içerisindeki payı 1987 yılında % 48'e çıkmış, 1989'da ise % 31.8'e çekilmiştir.

²⁶ Hüseyin Avni Egeli, "Türkiye'nin Dış Borç Yapısının Analizi", Ankara Üniv. S.B.F. Dergisi, C. 47, Haziran-Aralık 1992, s. 128.

Uluslararası piyasalardan sağlanan orta ve uzun vadeli kredilerin toplam orta ve uzun vadedeki kredilere oranı yine 1989'da % 28.3'e çıkmıştır. Söz konusu bu gelişme "Türkiye'nin uluslararası piyasalardan kredi sağlamaadaki yeteneği ve mali çevrelerdeki etkinliğini göstermesi bakımından önemlidir"²⁷.

Kısa vadeli borçların toplam borçlar içerisindeki payının artması, ekonominin iki veya üç yıl sonra bir ödeme krizi ile karşılaşabileceğinin bir göstergesidir. Örneğin "Türkiye'nin 1993 yılında kısa vadeli borçları 18 milyar 533 milyon \$ ve bu borçların toplam borçlar içerisindeki payı % 27.51'dir"²⁸. Bu durumda ülkemiz 1996 yılına kadar 18 milyar \$'lık dış borç ödemesini gerçekleştirmek zorundadır.

"1994 yılında ortaya çıkan gelişmeler; özel piyasalarda kısa vadeli kredi kapıları finansman kesimine kapanma yönündedir. Buna karşılık resmi kaynaklara dayanan orta ve uzun vadeli kredi akışı ise devam etmektedir"²⁹. Bunun en önemli nedeni olarak ise 1994'ün ilk dört ayında yaşanan krizin etkisiyle kısa vadeli borçların azalması ve IMF ile varılan anlaşma sonucu yeniden uygulanan istikrar programı ile resmi kredilerin artışı olarak ifade edilebilir.

"1985-1994 döneminde dış borçların büyük bir kısmı kamu kesimine aittir. Özellikle Hazine Borçları bu dönemde 3 kat artış göstermiştir. Bütçe dışı kamu sektörü borçları içerisinde en büyük payın Merkez Bankası'na ait olduğu bunu KİT ve FON borçlarının izlediği görülmektedir. Özel sektöre ait borçların özellikle kısa vadeli borçlar şeklinde artış gösterdiği ve kısa vadeli özel sektör borçlarının 1985'de 2.092 milyon dolar olan 1993'de 6.739 milyona çıktığı görülmektedir"³⁰.

Dış borçların yapısı borç verenlere yani alacaklılara göre incelendiğinde ise; genelde borçlanmanın uluslararası kuruluşlar, ikili anlaşmalar, ticari bankalar ve özel alacaklılardan yapıldığı görülmektedir. Dış borçların büyük bir bölümü, 1993 yılı için ikili anlaşmalar yoluyla ve OECD ülkelerinden yapıldığı görülmektedir. Daha sonra ticari bankalardan ve uluslararası kuruluşlardan yapılan borçlanmalar gelmektedir. Türkiye'nin dış borçlanmasında ikili anlaşmalarla alınan borçların fazla olması, beraberinde borç veren ülkeye bağımlılığı da getirecektir. İkili anlaşmalarla alınan bu borçlarda, alacaklı ülkenin siyasi ve ekonomik baskısı söz konusu olacaktır. Diğer

²⁷ Ömer Altay, Mehmet Akyaç, "Türkiye'de Dış Borçların Analizi", Ekonomiyi İzleme ve İstatistik Çalışmaları, T.C. Merkez Bankası, 1988-1992, s. 149.

²⁸ Levent Gürses, "Taşıma su bitince ne olacak", Milliyet, 3 Mart 1994, s. 9.

²⁹ Deniz Gökçe, "Yiğidin Kamçısı Azalıyor", Yeni Yüzyıl, 9 Ocak 1995, s. 11.

³⁰ HDTM, Dış Borçlar Bülteni, Mart 1994, s. 20.

tarafından artış gösteren kısa vadeli borçlar ise özel kesim ve ticari banka kredilerinden oluşmaktadır. “Bu artışın nedenlerinden birisi kambiyo rejiminin değişmesiyle döviz tevdiat hesaplarının artması, diğeri de ticari bankalardan yapılan borçlanmaların artmasıdır”³¹.

Son olarak 1993 yılında toplam dış borç stoğunun döviz kompozisyonuna bakıldığında % 46.3 USD, % 28.4 DEM, % 15.1 Japon Yeni’nden oluşmaktadır. “1994 yılında Japon Yeni üzerinden yükümlülüklerimizin artması, gerekse doların diğer dövizlerin karşısında değer kaybetmesi toplam borç stokumuz üzerinde 1.8 milyar dolarlık ek bir yük yaratmıştır (İlk çeyrek dönem itibariyle)”³².

B. Türkiye’nin 1980-1994 Dönemlerinde Geri Ödeme Kapasitesi

Bir ekonominin dış borç geri ödeme kapasitesini ortaya koyan en önemli gösterge dış borç servisinin ihracata oranıdır. Borç servisinde kastedilen, bir dönemde gerçekleşen faiz ve anapara ödemelerinin tamamıdır. Geri ödeme kapasitesini ortaya koyan diğer göstergeler ise dış borç servisi GSMH ve Dış borç servisi/ Döviz Gelirleri olarak sıralanabilir. Dış borç servisinin GSMH’ye oranı dış borçların geri ödemesinin ekonomi üzerine getirdiği yükü değerlendirmek açısından da oldukça önemlidir.

Bu göstergeler ekonominin dış borç servisinde herhangi bir güçlük karşılıklı karşılıklı olmayacağı, ödeme krizine yakalanıp yakalanmayacağı konusunda bir fikir yürütülmesine imkan sağlamaktadır.

Bu noktada, Türkiye 1985 ile 1990 yılları arasında % 45 ve % 68 gibi borç servis oranlarıyla yüksek değerlere ulaşmıştır. 1988 yılında ihracat gelirlerinin % 68’ini, 1989 yılında % 59’unu borç servislerine ayırmak zorunda kalmıştır. Söz konusu yıllar içerisinde ihracat gelirlerindeki artış göz önüne alınırsa dış borç ödeme gücünün kısa dönemde azaldığını gösterir. 1983 yılından itibaren ihracatın teşviki yönünde bir politika izleyen Türkiye borç servis oranını % 40’ın altına –1984 yılı hariç- düşürmemiştir. Bu durum dış borç servisindeki artıştan kaynaklanmaktadır. “Orta dereceli borçlu orta gelir düzeyindeki ülkelerin borç servis oranlarının 1985 yılından itibaren sırasıyla % 25, % 24, % 24, % 22, % 24, % 26, % 21 ve 1992 yılında % 20.3 olduğu düşünülürse”³³ Türkiye’nin borç servis oranı oldukça yüksektir.

Dış borç servisinin GSMH’ya oranı geri ödeme yükümlülüklerinin ekonomi üzerindeki ağırlığını değerlendirmek açısından önemli bir göstergedir.

³¹ Egeli, a.g.e., s. 130.

³² HDTM, Dış Borçlar Bülteni, Mart, 1994, s. 3.

³³ Taşkın, a.g.e., s. 19.

Türkiye'nin dış borç servisi/GSMH oranı 1980 yılında 2.2 iken düzenli bir şekilde artarak 1988 yılında % 11.3'e çıkmıştır. 1989 yılından itibaren düşme eğilimine girmiş olsa da 1980 yılına oranla 1993'de iki kat artış göstermiştir. Dış borç servislerinin yapısı dikkate alındığında toplam dış borç servisi içerisinde faiz ödemelerinin payı azalma eğiliminde olmakla beraber yine de yüksek bir oradadır.

C. Türkiye'nin Dış Borç Yükü

Ekonominin dış borç yükünü ortaya koyan göstergelerin en önemlileri Toplam Dış Borç/GSMH oranı ve yine toplam dış borçların ihracat ve döviz gelirlerine oranıdır. Genellikle bir ülkenin kredibilitesini ölçülmesinde kullanılabilirdiği gibi, borç yükü analizlerinde de önemli bir ölçüdür. Dış borçların GSMH'den daha hızlı büyümesi, bu oranın yükselmesine neden olur ve dış borç yükünün ağırlaştığını gösterir.

Tablo 3: Toplam Dış Borç/GSMH (1985-1994) (Milyon Dolar)

Yıllar	Toplam Dış Borç	GSMH	TDB/GSMH %
1985	25.476	52.584	48.4
1986	32.101	57.733	55.6
1987	40.228	66.921	60.1
1988	40.722	70.736	57.6
1989	41.751	79.682	52.3
1990	49.035	109.3932	44.6
1991	48.661	147.370	33.0
1992	55.592	185.159	35.1
1993	67.356	173.740	38.7
1994*	67.247	-	-

* Geçici

Kaynak: TOBB. Yıllık Ekonomik Rapor ve HDTM Dış Borçlar Bülteni, Mart 1994, s. 5'ten derlenmiştir.

Tablo 3'ten izlenebileceği gibi Türkiye'nin borç yükü 1985 yılından 1988 yılına kadar sürekli artış göstermiştir. Bu yıllar arasında Türkiye'de uygulanan ihracat teşvik politikaları neticesinde TL, enflasyonun üzerinde bir kayba uğramıştır. Bu nedenle GSMH'nin dolar cinsinden değeri gerilemiştir. Dış borç stoku artarken GSMH rakamının gerilemesi Türkiye'nin 1987 yılında T.D. Borç/GSMH oranının % 60'ın üzerine çıkmasına sebep olmuştur.

“1988 ve 1989 yıllarında ABD Doları'nın diğer paralar karşısında değer kazanması, dış borç stokunun \$ cinsinden değerini azaltmıştır. Dolayısıyla T.D. Borç/GSMH oranı % 44'e kadar gerilemektedir”³⁴. 1991 yılında % 33 olarak gerçekleşen bu oran dış borç yükünün azalışını göstermesi bakımından önemlidir.

SONUÇ

Dış borçlar; yabancı kaynaklardan sağlanan alındıkları ya da geri ödemeleri sırasında milli gelir üzerinde artıcı veya azaltıcı etkide bulunan ve uluslararası ilişkiler sonucunda doğan transfer akımlarıdır. Dış borçlara ilişkin rasyolar, bir ekonominin genel performansının değerlendirilmesinde kullanılabilir önemli göstergelerdir. Özel olarak bu göstergeler dış borç geri ödeme kapasitesini dış borç yükünü, belirli bir dönemde gerçekleştirilen dış borç servisinin ekonomi üzerindeki etkilerini göstermesi bakımından önemlidir. Örneğin; toplam dış borç/GSMH oranı dış borç yükünün bir göstergesidir ve ülke kaynaklarının dış borçları karşılama oranını göstermektedir. Borç seviyesi/ihracat oranı ülkenin dış borç ödeme gücünün bir göstergesidir. Bu oranın yüksekliği ekonominin ödeme gücünün zayıfladığının bir ödeme krizine düşebileceğinin işaretidir.

Az gelişmiş ülkelerin her biri kalkınma süreci içerisinde, değişik noktalarda bulunmaktadır. Bu ülkelerin bazı özellikleri dikkate alındığında, Türkiye'nin de az gelişmiş bir ülke olarak görülmesi kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin; nüfus artış hızı yüksek, işsizlik oranı % 7.2 olarak gösterilmektedir. Diğer taraftan tarımda çalışan işgücünün toplam işgücüne oranının yüksek olması ülkemizde önemli boyutlarda gizli işsizliğin var olduğunun bir göstergesidir. Ancak, örneğin ihracatın yapısı analiz edildiğinde Türkiye'nin az gelişmiş bir ülke olduğunu iddia etmek oldukça zordur.

Türk ekonomisinin kalkınma çabaları, bu kavramın ekonomi literatürüne girdiği 1945'lerden çok öncesine dayanmaktadır. Türkiye'nin dış borçlanması ise Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri süregelmektedir. Türkiye Cumhuriyeti 1927 ile 1950 yılları arasında Osmanlı borçlarını düzenli bir şekilde ödemiştir.

1979 borç ödeme krizi, Türkiye'yi 24 Ocak 1980 kararlarının eşğine getirmiştir. IMF'nin tipik istikrar programı niteliğini taşıyan bu kararlar; Türkiye'nin dışa açılmasını, ihracata yönelik sanayileşme stratejisi uygulamasını ve özel teşebbüsün teşvik edilmesini öngörmektedir. Tam anlamıyla bu kararlarla Türk ekonomisinin yapısal bir değişiklik geçirmesini hedef-

³⁴ Ahmet Erol, Türkiye'de Devlet Borçları, Maliye ve Gümrük Bakanlığı, APK Başkanlığı, 1992, s. 146.

lenmektedir. Özellikle 1983-1988 aralığında dış borçlar hesapsız, aşırı tüketici, gösterişçi bir politika sonucu yanlış kullanılmıştır. Türkiye'nin 1990-1991 aralığında Körfez Krizi'nin etkisiyle dış borçlarında artış görülmekle birlikte, 1991 yılında Körfez Krizi'nden dolayı uğranılan kayıpların karşılanması için yapılan yardımlar, ithalat giderlerinin azalması, dış borç artış hızını azaltmıştır. Ancak, son 14 yıl içerisinde Türkiye'nin dış borç stokunda önemli artışlar söz konusudur.

Dış borçların artışında asıl olumsuzluk vade ve faiz yapılarıyla ilgilidir. Türkiye'nin kısa vadeli borçlarında görülen artış önümüzdeki dönemler için ödeme krizini gündeme getirebilir. Diğer taraftan orta-uzun vadeli kredilerin ortalama vadelerinin kısılması ve sabit faiz oranlarının artması, dış borçlarımız açısından olumsuz bir gelişmedir. Kısa vadeli dış borçlanmadan vazgeçilmesi veya sağlanan fonların kısa vadede yüksek döviz geliri yaratacak yatırımlarda kullanılması bir zorunluluktur. Mümkün olduğunca Uluslararası Mali Kuruluşlar veya ikili anlaşmalar yoluyla orta ve uzun vadeli kaynaklar sağlanmalıdır.

Türkiye'nin geri ödeme kapasitesini belirleyen dış borç servis oranları % 44 civarındadır, ülkemiz geçen yıl ihracatının % 44'ünü dış borç servisine ayırmak durumundadır. Borç servis oranı için kritik sınır aşılmamıştır. Türkiye dış borç ödemelerini düzenli şekilde gerçekleştirmektedir. Ancak diğer borçlu ülkelerin dış borç servis oranları dikkate alındığında, ülkemizin geri ödeme kapasitesi olumsuz bir durum arz etmektedir. Bu nedenle ihracatın artırılması zorunludur. Aksi takdirde % 50 sınırı aşılabilecektir.

Dış borçlarla ilgili rakamların döviz kurlarındaki değişimlerden etkilenmesi kaçınılmazdır. Toplam dış borçlarımızın döviz kompozisyonu itibarıyla ABD dolarının diğer paralar karşısında değer kaybetmesi dış borç servislerine ve Türkiye'nin dış borç stoku rakamlarına ek yük getirmektedir. Bu nedenle, kur farkların getirdiği olumsuzlukları aşmak için hedging yönetimi kullanılmalıdır.

Benzer şekilde dış borçların azaltılmasında yeni teknikler kullanılabilir. Örneğin; borç değişimi yoluyla özellikle satılması düşünülen KİT'lerin bu amaçla değerlendirilmesi yerinde bir davranış olacaktır.

“RANT KOLLAMA ve EKONOMİK KALKINMA”*

M. Okan TAŞAR**

GİRİŞ

Rant kollama, iktisat literatüründe; çıkar ve baskı gruplarının devlet tarafından “suni” olarak yaratılmış bir ekonomik transferi elde etmek için giriştikleri faaliyetler ve bu amaçla yapmış oldukları harcamalar olarak tanımlanmaktadır.

Rant kollama konusunda yapılan tüm çalışmalar, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde rant kollama oranının oldukça yüksek düzeyde gerçekleştiğini ortaya koymuştur. Bu durum, ekonomideki kaynakların rant kollama yoluyla israf edildiği dikkate alınırca, bu ülkelerin ekonomik gelişme yolunda önemli bir engelle karşı karşıya olduklarının açık bir göstergesidir. Dolayısıyla, ülkemiz gibi gelişmekte olan ülkelerde rant kollamanın tam anlamıyla açıklığa kavuşturulması ve önlenmesi bilimsel olduğu kadar, toplumsal bir yükümlülüktür.

Türkiye ekonomisinde rant kollama faaliyetleri yeni değildir. Cumhuriyetten günümüze değin çeşitli şekillerde rant kollama olayları süre gelmiştir. Ancak bu faaliyetlerin 1980 sonrasında yaygınlık kazandığı açıktır. Hayali ihracat, hayali yatırım, teşvik kollama 1980 sonrası dönemin belirgin özelliklerindedir. Bu nedenle çalışmamızda 24 Ocak 1980 sonrası dönem ağırlıklı olarak incelenerek, 1980’den günümüze rant kollama faaliyetleri ele alınacaktır.

Araştırmamızın ilk bölümünde rant kollama kavramı incelenecek, tanımlanarak, iktisat literatüründeki yeri belirlenmeye çalışılacaktır. Diğer taraftan rant kollamanın aşamaları, tarafları, çeşitleri ve toplum açısından maliyetleri de aktarılacaktır. Bu bilgiler ışığında ikinci bölümde rant kollamanın Türk ekonomisindeki konumu ortaya konacaktır.

Diğer taraftan, Türkiye ekonomisinde rant kollamanın sosyal maliyetleri; görünür sosyal maliyetler, görünmez sosyal maliyetler olarak ince lenerek, ekonomik gelişme üzerindeki etkileri ortaya konacaktır. Bu noktada sektörel yapıda yaşanan dengesiz büyümenin rant kollama faaliyetlerinden nasıl etkilendiği ifade edilmeye çalışılacaktır. Buna yönelik olarak son bö-

* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Anabilim Dalı, İktisat Politikası Bilim Dalı, Doktora Programında, Şubat 2000 tarihi itibarıyla savunulan, “Rant Kollama ve Türkiye Ekonomisi Üzerindeki Etkileri: Sektörel Yapının Değişimi” isimli tezin özetidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ekonomi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

lümde sektörel yapı girdi/çıktı tekniği ile analiz edilerek teknik katsayılar oluşturulacaktır. Teknik katsayılar ışığında oluşturulan kalkınma planlarının rant kollama faaliyetleriyle temel hedeflerinden nasıl saptırıldığı belirlenmeye çalışılacaktır.

I. RANT KOLLAMA KAVRAMI

Rant kavramı iktisat literatüründe, üzerinde tam bir görüş birliği sağlanmasa da çoğu zaman gelirin bölüşümünde oluşan adaletsizliklerin tek sorumlusu olarak düşünülmüştür. Yapılan tanımlamalarda rantın çoğunlukla hak edilmemiş bir gelir olduğu benimsenmiştir.

“Rant kollama” terimi genellikle “kâr kollama” terimi ile karıştırılmaktadır. Kâr kollamada ekonominin dinamiği gereği doğal olarak ortaya çıkan bir rantı ele geçirmek söz konusudur. Oysa rant kollamada ekonominin işleyişi ile ilgisi olmayan ve devletin müdahalesi sonucu, suni olarak yaratılan bir rantın çıkar grupları tarafından ele geçirilmesi faaliyetleri ön plandadır. Kâr kollama verimlilik yaratan ve buna bağlı olarak da toplumsal refah üzerinde artış yapan bir etkiye sahiptir. Çünkü “kâr kollama durumunda yatırımcılar daha fazla kâr elde etmek için birbirleriyle rekabet edecek, dolayısıyla daha düşük bir maliyete ulaşmaya, kendi sektörlerinde verimlilik artışı sağlamaya, araştırma ve geliştirmeye önem vereceklerdir”¹. Bunun sonucunda da kişisel ve toplumsal refah üzerinde net bir artış elde edilecektir. Rantlar eğer yapay olarak yaratılmışsa, firmalar kaynaklarını bu rantları elde etmek için harcayacak ve üretim için gerekli olan çalışmaları ihmal edeceklerdir. Dolayısıyla rant kollama faaliyetleri toplumsal refah üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır.

Bu noktada önemli olan, “ekonomik rant” ile “suni rant” arasındaki ayırımı kavrayabilmektir. Ekonomik rant; ekonomide arz ve talep arasındaki ilişkilere göre ortaya çıkmakta ve bu kavram daha çok toprağın, belirli bir süre sonra sahibine çalışmadan bir gelir getirmesi anlamına gelmektedir. Suni rant ise, bizzat devlet tarafından, bazı ekonomik faaliyetlerin üzerine sınırlamalar konulması ve/veya ekonomik faaliyetlerin bizzat devlet tarafından düzenlenmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. İşte rant kollama, “baskı ve çıkar gruplarının devlet tarafından yaratılan bir “suni rant” elde etmek için mevcut kıt kaynaklarını sarfetmelerini ifade etmektedir”². Tanımı biraz daha açacak olursak; rant kollama kavramını devletten bir ekonomik veya sosyal transfer elde etmek amacıyla baskı ve çıkar gruplarının girişmiş oldukları harcamalar şeklinde tanımlamak mümkündür.

¹ Robert D. Tollison, *Rent Seeking: A Survey*, Kyklos, Vol: 35, C. 4, 1982, s. 578.

² Coşkun Can Aktan, *Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi*, İstanbul: Afa Yayınları, 1992, s. 35.

A. Rant Kollama Faaliyetleri

Rant kollama başlıca üç aşamada gerçekleşen bir olaydır. Bu aşamalar; “rant yaratma (rent creation), rant dağıtma (rent allocation), rant kollama (rent seeking) olarak sıralanabilir”³.

Rant yaratma, devletin iktisadi faaliyetlerde mal ve hizmetler yönünden “suni kıtlık” meydana getirmesine verilen isimdir. Rant kollamanın ortaya çıkmasının sebebi devletin bazı iktisadi faaliyetleri düzenlemeye ve kontrole tabi tutmasıdır.

Rant dağıtma ise; devletin suni kıtlık sonucu yarattığı rantı belirli kesimlere aktarmasıdır. Devlet iki değişik şekilde rantı dağıtabilmektedir. Bazen devlet tarafından rant, rekabetçi bir piyasada dağıtılabilir. Rekabetçi piyasada, çıkar ve baskı grupları ve bireysel rant peşinde koşanlar yarışmak zorunda kalırlar. Bazen de rekabetçi olmayan bir piyasada rant, belirli bir kişi veya çıkar grubuna özel bir işlemle ya da yasal bir düzenlemeyle dağıtılmaktadır.

Son aşama olarak rant kollama ise; bireysel veya çıkar grubu şeklinde örgütlenerek siyasal iktidarı ve bürokrasiyi etkilemek suretiyle karşılıksız bir gelir transferi elde etme eylemi ya da faaliyetidir. Bu son aşamada lobicilik faaliyetleri önem kazanmaktadır. Eğer devletten elde edilebilecek rantlar çok fazla ise bu “lobicilik endüstrisi”nin doğmasına ve büyümesine kadar ulaşabilir.

Öncelikle rant kollama faaliyetleri yasal ve yasa dışı faaliyetler olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Çünkü, bu faaliyetler yasal çerçeveler içerisinde de söz konusu olmaktadır. Bu ayırım önem taşır, zira yasa dışı yapılan faaliyetler yakalanma ve cezalandırılma riski taşırken, yasal faaliyetlerde böyle bir risk yoktur. Yasa dışı yapılan faaliyetler hükümetlerce engellenmesi gereken bir sorun olarak görülmelidir. Bu sorunun çözümü yönünde politikalar oluşturularak etkin bir ceza sistemi geliştirilmeye çalışılır. Oysa yasal faaliyetlerde böyle bir sorun yoktur. Bhagwati ve Sirinivasan’a göre, yasal olarak yapılan faaliyetler tekel kollama, tarife kollama, kota ve ithalat lisansı kollama, teşvik kollama şeklinde olabilir. Son yıllarda bunlara ek olarak reklam ve promosyon da sınıflandırılmaya dahil edilmiştir.

Yasa dışı yapılan faaliyetler ise, tarifeden kaçınma, kaçakçılık, rüşvet gibi faaliyetlerdir. Yasa dışı faaliyetlerin topluma olan maliyeti tam olarak hesaplanamamakla birlikte bu maliyetin oldukça yüksek olduğu tahmin edilebilir. Bu faaliyetlerin görünen maliyetleri buzdağının görünen kısmı kadar-

³ Coşkun Can Aktan, Çağdaş Liberal Düşüncede Politik İktisat, Ankara: Takav Mat., 1994, s. 163.

dır. Ancak, rant kollama alanında çeşitlilik dikkate alındığında daha spesifik bir ayırım gerekli olabilmektedir. Dolayısıyla rant kollama çeşitleri; monopol kollama, tarife kollama, lisans kollama, kota kollama, teşvik kollama, sosyal yardım kollama, bilgi sızdırma ve tüyo kollama şeklinde sıralanabilir.

B. Rant Kollamanın Tarafları

Rant kollama olayında iki kesim ya da taraf söz konusudur: Bunlar rant yaratan ve rant dağıtan kesim ile rant elde etmeye çalışan kesimdir. Rant yaratan kesim "Devlet"tir. Rant, devletin bazı ekonomik faaliyetleri kendi monopolüne alması, devletin ekonomik faaliyetlere yasal engeller getirmesi, (ithalatın yasaklanması, izne bağlanması v.b.), devletin bazı sektörlerle teşvikler sağlaması gibi nedenlerle ortaya çıkmaktadır. Kısaca, rant kollama devletin ekonomiye olan müdahalelerinin bir sonucudur.

1.Çıkar ve Baskı Grupları

Çağdaş "temsili demokrasi"de siyasi partilerin kazanacakları oy sayısını arttırmak için birbirleriyle rekabet etmeleri, ortak çıkarlara sahip kişilerin bir araya gelmesine neden olmuştur. Çıkar grubu veya baskı grubu adı verilen bu gruplar, seçim öncesi siyasi partilerle kişisel çıkar-oy alışverişine girişirler.

Rant kollama, çıkarlar farklı değilse gruplar açısından tereddütsüz tamamıyla ucuz olacaktır. Rant kollayıcıların temel özelliği, diğerlerine zarar vermeleridir. Bu durumda diğerleri kendilerini savunabilirler, her biri karşıt lobiler kiralamak veya gelecek seçimlerde oylarını kullanmak suretiyle bunu gerçekleştirebilirler. Bu nedenle rant kollama ve dava açma arasındaki benzerlik ilk bakışta farkedilemeyebilir. "Ülkelerde günümüzdeki şartlar altında objektif olarak bakıldığında, kıyaslama yapılacak olursa, yatırımların toplam miktarı ile iki grubun dava kazanma girişiminin temel özelliği, toplam değer ile dağıtılan miktarın aşağı yukarı benzerlik arz etmesidir"⁴. Başka bir ifadeyle rant kollama faaliyetleri sonucunda dağıtılan miktarlarla, bu faaliyetlere yapılan harcama hemen hemen eşit olacaktır.

Çıkar ve baskı gruplarının siyasal karar alma sürecindeki etkileri bazı baskı yöntemleriyle söz konusu olmaktadır. Baskı yöntemlerinin her biri farklı olaylara uygulanması noktasında geçerlilik taşımaktadır. Ancak bu yöntemlerden en önemlisi lobiciliktir. Ayrıca; seçim kampanyası yardımları, rüşvet, sabotaj, toplu eylem, medya gibi yöntemlerde söz konusudur.

⁴ Gordon Tullock, *Future Directions for Rent Seeking Research*, zkrd: Charles K. Rowley ve diğerleri (ed.), *The Political Economy of Rent Seeking*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988, s. 466.

2. Kamu Kesimi

Bazı hükümet programları ve politikaları, rant yaratıcı etkileriyle refah düzeyini azaltmaktadır. "Toplum içerisindeki zenginliğin dağılımı rantlar tarafından oluşturulan mekanizmaların kullanılmasıyla değiştirilmekte, etkilenmektedir"⁵. Eğer arz keyfi olarak sınırlandırılmış ve fiyatın, piyasa fiyatı üzerinde bulunmasına izin verilmiş ise bu faaliyetlere bağlı kanunlarla, korunanlar (kayırlanlar) lehine rantlar artacaktır. Devlet tarafından sağlanan serbestiler, kotalar, izinler, yetkiler, onaylar ve imtiyaz belgeleri gibi birbirine yakın anlamı olan bu terimlerin tümü yine devlet tarafından meydana getirilen keyfi ve/veya yapay kısıtlığa yol açar. Bazı kısıtlıklar rant kollama faaliyetlerini ortaya çıkaran rantların meydana gelmesine yol açar. Kendini garanti altına almak için doğal olarak kıt bulunan kaynakları girişimlerinde kullanan insanlar ayrıcalıklı konumlarından çıkarılırlar. Hem bu durumda, hem de geleceğe yönelik kişisel yatırımlara rağmen değerli kaynaklar bu süreçte israf edilecektir.

Hükümet ödenekleri, mevcut toplumlara normal olarak özel şartlarla eşlik etmektedirler. Toplumun davranışı, bu ödeneklerin boyutlarının büyüklüğüne ve kazanılmasının çekiciliğine fazlasıyla alışmıştır. Bu noktada ödeneğin merkezi idareye olan maliyeti, toplum açısından daima az kabul edilecektir. Oysa "hükümet ödenekleri için topluluklar arası rekabet, toplum açısından çok yüksek maliyetlere öncülük etmektedir"⁶.

"Ekonomide mevcut piyasalara politik müdahale yapılması ayrıcalık sahibi kişiler için avantajlı durumlar meydana getirir. Bu gerçekten hareketle bir "ilke" ortaya koyabiliriz. İsrafa neden olan rant kollama faaliyetleri olmaksızın politik kaynak dağıtımını üstlenilirse, kaynak dağılımının sonuçlarına bağlı olarak bazılarının tanınan çeşitli çıkarlar ortadan kaldırılmış olacaktır"⁷. Bu ilke ile anlatılmak istenen; toplumdaki herkesin, piyasa ekonomisine devlet müdahalesiyle oluşturulan kıtlık çıkarlarından eşit ölçüde yararlanması gerektiğidir. Örneğin, eğer devlet bir malın üretimini veya satışını kısıtlama kararı alırsa ki bu karar rant fırsatı demektir, toplumdaki tek bir kişi bile oluşacak rantlardan eşit pay almalıdır. Eğer bu bölüşüm daha önceden duyurulursa ve

⁵ Richard S. Higgins, Robert D. Tollison, *Life Among The Triangles and Trapezoids: Notes on the Theory of Rent Seeking*, zkrd: Charle K. Rowley ve diğerleri (ed.), The Political Economy of Rent Seeking, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988, s. 155.

⁶ Gordon Tullock, *Competing for Aid*, zkrd: Charles K. Rowley ve diğerleri (ed.), The Political Economy of Rent Seeking, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988, s. 311.

⁷ James M. Buchanan, *Rent Seeking and Profit Seeking*, zkrd: J.M. Buchanan ve diğerleri (ed.), *Toward a Theory of Rent Seeking Society*, Texas: A&M University Press, ss. 3-15, Çev: Aytaç Eker, *Politik Yozlaşma ve Rant Kollama*, Ankara: Takav Mat., 1994, ss. 281-283.

herkes tarafından bilinirse, farklı çıkarlar elde etmek isteyen ve bu alanda kaynaklarını harcayacak biri için rasyonel olmayacaktır.

Şu ana kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere rant kollama faaliyetleri; devlet veya kamu tarafından yaratılan suni rantların çoğunlukla çıkar ve baskı gruplarınca elde edilmesine yönelik çaba ve girişimleri kapsamaktadır. Dolayısıyla rant kollama faaliyetleri, iki tarafın –devlet ve çıkar ve baskı grupları- katılımı ile gerçekleşen ve ekonomi içerisinde farklı maliyetlere yol açan bir olgudur.

C. Rant Kollama ve Ekonomik Kalkınma

Ekonomik büyüme ve gelişme yatırım ve yeniliklere kritik bir şekilde bağımlıdır. Bu noktada, rant kollamanın yatırımlar ve özellikle de yenilik hareketleri üzerinde ki etkileri önem kazanmaktadır. Yeni firmalar, üretim süreci içerisinde mevcut firmalara oranla bir çok olumsuzlukla karşı karşıya kalırlar. Öncelikle yeni firmalar (veya yenilikçi), kurulu lobilerde ve hükümette elit bir güce sahip değildirler. Oysa eski üreticiler çoğu kez hükümetin bir bölümünü oluştururlar. Yenilikçi firmalar bu güce yabancıldır ve bu noktada “rant kollama, özellikle rüşvetlerde yoğunlaşmaktadır. Bu problem, yeni ve muhalif eski üreticiler aynı anda ilgilendikleri zaman daha da ağırlaşmaktadır. Nihayetinde ise hükümet, yenilikçileri tamamıyla saf dışı bırakabilmektedir”⁸. Diğer taraftan eski üreticilerden farklı olarak, yeni üreticiler çoğu kez kredi engellemeleriyle karşılaşmakta ve nakit rüşvet ödeyerek kolayca kredi elde edememektedirler. Yenilikçi firmalar teminatsızlık yüzünden mali fonlarını yükseltmemekte, nakit rüşvet ödemesi yapamadıkları zamanda, kamusal rant kollama nedeniyle yenilik yapmaktan ve piyasaya girmekten tamamen vazgeçmektedirler.

Federico Sturzenegger ve Mariano Tommasi (1994), “ekonomik gelişmede politik yeniden dağıtım mekanizmalarının karakteristik özellikleri üzerine yapmış oldukları çalışmada, girişimciyi ekonomik büyümede baş etken olarak ele alan modelin bakış açısını kullanarak, politik gücün, dağıtılması halinde bile gelişme için zararlı olduğunu iddia etmektedirler. Zira politik güç, yeniden dağılımı elde etme çabalarına yönelik girişimlerde değişikliklere neden olabilmektedir”⁹. Bu durumda, her bir grup kendisinin transfer kollamada, teşvikler elde etmede çok şanslı olduğunu farkedecektir.

⁸ Kevin M. Murphy, A. Shleiffer, R.W. Vishny, *Why is Rent Seeking So Costly to Growth*, *American Economic Review Papers and Proceeding*, 1993, s. 413.

⁹ Federico Sturzenegger and Mariano Tommasi, *The Distribution of Political Power, The Cost of Rent Seeking and Economic Growth*, *Economic Inquiry*, Vol: XXXII, s. 239.

Çıkar ve baskı gruplarının büyüme ve kalkınma üzerinde ortaya çıkarılabildikleri olumsuz etkiler üç ana grupta toplanabilir. Birincisi; araştırma ve geliştirmeye dayalı sektörleri engellemeleridir. AR-GE'ye dayalı sektörler devlet desteğine daha fazla gereksinim duyarlar. Çünkü, AR-GE harcamalarının ekonomik bir değer ortaya koyması hem uzun bir zamanda gerçekleşir, hem de yüksek oranda riskler taşımaktadır. Bu nedenle, eğer devlet araştırma ve geliştirmelere karşı istekli olan sektörleri sübvansız etmez ise bu sektörler gelişemezler.

Nitekim rant kollama faaliyetlerinin yoğun olarak gözlendiği ülkelerde araştırmacı sektörler bundan fazlasıyla olumsuz etkilenmektedirler. Bu tür ülkelerde araştırmacı sektörlerin yanı sıra yenileşmeyi sağlayan önemli kurumlardan birisi olan üniversiteler de büyük mali imkansızlıklar yaşamaktadırlar. Çünkü devletin kaynaklarının sınırlı olması bunun yanı sıra devlet gelirlerinin rant kollayan gruplara aktarılması, araştırma harcamalarını sektöre ugratmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin AR-GE organizasyonları, eğitim politikaları ve yatırım teşvikleri sermayenin maliyeti üzerinde tamamiyle oran olarak bulunabilir. Bununla birlikte bu "ülkelerin bir çoğunda en azından kısmen de olsa endojen politikalar da üretilmektedir. Firmalar sermaye birikimi ile ilgili karar vermekte ama hem de rant kollama faaliyetleri içerisinde yoğunlaşmaktadırlar"¹⁰. Endojen politikalar deyimiyle kastedilen; işletmelerin üretim süreci içerisinde olmak kaydıyla, sermaye oluşturmaya yönelik düzenlemeleridir.

İkincisi, firmaların tekelleşmeye imkan sağlayan yasal düzenlemelerin uygulanması için hükümetlere baskı yapmalarından kaynaklanmaktadır. Bir firma, yeni bir ürün geliştirdiğinde, rakiplerinin kopyasından hareketle bu ürünü daha da geliştirmemesi için diğer firmalara karşı önleyici bariyerler oluşturarak o alanda tekelleşmeye gider. Dolayısıyla bir firmanın imtiyazında olan bir konuda daha fazla yenilik ve ilerleme şansı ortadan kalkmaktadır.

Üçüncü olumsuzluk ise, çıkar ve baskı gruplarının ekonomilerin yeni teknolojilere endekslenmesine muhalif olmalarından kaynaklanır. Teknolojideki yeni gelişmeler ekonomik birimlerde radikal değişikliklere neden olmakta bu da mevcut yapıda var olan dengeyi değiştirmektedir. Örneğin, işçi sendikaları emeğin kullanımını azaltacak yeniliklerin her zaman karşısında olduğu gibi, kamu teşebbüslerinin de daha verimli çalışmasını sağlayacak olan özelleştirme programlarına karşı olmuşlardır. Devletin kurtarmaya çalıştığı sektörlerde çıkarları zedelenen lobiler, bu yönde yapılacak olan deği-

¹⁰ Martin Rama, *Rent Seeking and Economic Growth*, Journal of Development Economics, 42, Nort Holland, 1993, s. 49.

şikliklere karşı harekete geçerler. Sektörün geleceğine ilişkin lobilerle yapılan müzakereler sonucunda sektörde yapılması düşünülen yatırım ve yenilikler daha yavaş yürütülür. Bazı durumlarda sektörü kurtarmak için yapılması gereken en acil eylemlerin gerçekleştirilmesi bile çok uzun süre ertelenebilir.

Ülkelerin büyüme oranları ile o ülkelerdeki çıkar ve baskı gruplarının etkinliği arasında doğrudan bir ilişki olduğu iddia edilebilir. Bu noktada Olson'a göre, "Japonya ve Almanya'nın İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ekonomik büyümelerinin hızlanmasında araç olarak, kökleşmiş ekonomik çıkarların kırılması kullanılmıştır"¹¹. Savaş öncesinde ekonomi içerisinde yer alan grupların etkinliği savaş sırasında ve sonrasında ortadan kalkmıştır.

Tullock ise, İngiltere'deki sanayi devriminin gelişmesinde temel etkenin bir dizi politik değişim olduğunu iddia etmektedir. Bu değişiklikler endüstriyel devrim için bir planın bölümleri olarak uygulamaya koyulmamıştır, ancak politik mücadeleyle gerçekleşmiştir. Tullock'a göre, "gerçekte sanayi devriminin oluşmasında etken olan, çok geniş boyutlardaki rant kollama faaliyetlerinin ortadan kaldırılması, her bir savunucu veya muhalifin tamamen etkisiz hale getirilmiş olmasıdır"¹². Sanayi devrimi süreci incelendiğinde; bu süreç boyunca ekonomik gücün toplumsal sınıflar arasında el değiştirdiği ve girişimci faktörünün gücünü arttırarak politik karar alma sürecinde etkili olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ekonomik ilerlemenin temelinde bilim ve teknoloji üretimi yatmaktadır. Bir ülkede teknik mesleklerin yoğun olması o ülkenin üretken olduğuna kanıt teşkil ederken, hizmetler sektörünün yoğun olması, ülkenin rant kollayan bir toplum olduğuna işaret etmektedir. Laband ve Sophocleus, A.B.D.'deki 50 eyalet üzerinde yaptıkları ampirik çalışmalardan hareketle meslek dağılımlarının büyüme ve ilerleme ile olan ilişkisine dikkat çekmişlerdir. Laband ve Sophocleus (1988)'a göre, "A.B.D.'deki eyaletlerde avukat sayısı ile büyüme oranları arasında negatif bir bağıntının varlığı söz konusudur. Zira avukatlar, rant kollama sürecinde önemli bir role sahiptirler. Dolayısıyla bir ülkede, avukat sayısının çok olması o ülkede yoğun bir rant kollama faaliyetinin olduğunun göstergesi olabilir. Çalışmanın sonucuna göre; avukat sayısının çok olduğu eyaletlerde, büyüme oranlarının daha düşük

¹¹ Federico Sturzenegger and Mariano Tommasi, a.g.m., s. 248.

¹² Gordon Tullock, *Why Did the Industrial Revolution Occur in England?*, zkrd: Charles K. Rowley ve diğerleri (ed.), *The Political Economy of Rent Seeking*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988, s. 418.

olduğu görülmektedir”¹³. Bu noktada, hizmet sektörünün ağırlıklı olduğu ülkelerde rant kollama faaliyetlerinin daha daha yoğun olduğu ve ekonomik büyümenin, gelişmenin bundan olumsuz etkileneceği ortadadır.

Gelişmiş toplumlarda yaşanan süreç, sadece ilişkilerde ve üreticilikte başarılı olmaya bağlı olamaz, söz konusu gelişme Tullock’a göre, “mevcut insan kaynaklarının yetenekleriyle de gerçekleşmemiştir. Ama bu sistemin sonucu olan “yüksek enerji” rant kollama olarak ifade edilebilir. Rant kollamanın etkisi, en azından ekonomik kalkınmada eşit bir güç olarak kabul edilmelidir”¹⁴. Bu tür gelişmiş toplumlarda diğerlerinde elde edilebilecek olan imtiyazlar elde edilemez. Her durumda diğer rant kollayıcılar gelecekteki tercihleriyle hükümeti değiştirebilirler. Bunun yanı sıra, sistemin davranış özellikleri sanki özel imtiyazlar gibidir.

Az gelişmiş olan ülkelerde ise, ithal ikameci sektörlerin yenilikçi ve ilerlemeye eğilimli sektörleri engellemeleri sonucunda, teknolojik açıdan gerekli gelişme sağlanamamaktadır. Bu tür ülkelerde yenilikçi sektörler, eski teknolojiye sahip olan, fakat yönetim üzerinde güçlü baskılar kuran sektörlerce engellenir. Yenilikçi sektörler çoğunlukla AR-GE harcamalarını karşılayacak mali kaynaklardan yoksun oldukları için devletten uzun vadeli kredi almak zorundadırlar. Bunun yanı sıra, devletten temel altyapı hizmetlerini talep etmektedirler. Devlet ise kaynaklarını çoğunlukla çıkar ve baskı gruplarının etkisi altında dağıttığından, yenilikçi sektörlerin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır.

Rant kollamanın ekonomik kalkınma üzerindeki olumsuz etkileri özellikle sektörel yapının değişimi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu nokta, çalışmamızın temel konusunu oluşturması nedeniyle ilerleyen bölümlerde daha detaylı olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Rant kollamanın ekonomik maliyeti olarak kabul edilebilen, sektörel yapının bozulması, Türkiye ekonomisi açısından en önemli maliyet unsurudur. Dolayısıyla bundan sonraki bölümler, Türkiye ekonomisinde rant kollama faaliyetleri ve sektörel yapıda, bu faaliyetlerden kaynaklanan bozulmaları kapsayacaktır.

¹³ David N. Laband, John P. Sophoeleus, *The Social Cost of Rent Seeking: First Estimates*, Public Choice Vol:68 1988, s. 273.

¹⁴ Gordon Tullock, *The Economics of Special Privilege and Rent Seeking*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, s. 94.

II. RANT KOLLAMA ve TÜRKİYE EKONOMİSİ

Türkiye Ekonomisi, gerek 1980 öncesi gerekse 1980 sonrası dönemlerde rant kollama olarak kavramlaştırılan faaliyetlerin yoğun olarak yaşandığı bir ekonomi özelliği taşımaktadır. Daha önceki bölümlerde ifade ettiğimiz gibi, rant kollama faaliyetleri devlet tarafından oluşturulan sunî rantların ele geçirilmesine yönelik faaliyetler olarak tanımlandığında; Türkiye'deki devlet yapısı yanı kamuoyunda bilinen deyimle "Baba Devlet" anlayışı rant kollamaya uygun bir ortam oluşturmaktadır. Günümüzde bile süregelen bu anlayış; devletin her türlü faaliyet alanında yer almasını istemekte dolayısıyla devletin büyümesine yol açmaktadır. Oysa devletin büyümesi rant kollamanın hem önemli bir sebebi hem de sonucudur. Bu durum sebep-sonuç sarmalı içerisinde bir kısır döngüye yol açmaktadır.

Dikkat edilirse bu kısır döngüyü kırmaya yönelik bütün çaba ve yaklaşımlar sadece rant kollama faaliyetlerinin biçim değiştirmesine yol açmaktadır. Günümüzde, devletin bazı faaliyet alanlarından çekilmesine yönelik bütün girişimler, devlet düzenlemeleriyle kazanç sağlayan çıkar ve baskı grupları tarafından engellenmeye çalışılmakta veya kendi menfaatleri doğrultusunda yön değiştirmektedir. İthal-ikameci bir stratejinin izlendiği dönemde "koruma" elde etmeye çalışan endüstri, dışa dönük sanayileşme stratejisinin izlendiği dönemde "ihracat teşvikleri" elde etmeye yönelmektedir. Her iki tür faaliyet de rant kollama faaliyetleri olarak kavramlaştırılmaktadır.

A. Türkiye'de Rant Kollama Faaliyetleri

Türkiye açısından rant kollama faaliyetlerinin, ihracat teşvikleri yatırım teşviklerinde yoğunlaştığını ifade etmek mümkündür.

1. İhracat Teşvikleri ve Rant Kollama

İhracatta teşvik tedbirlerinin toplam ihracat gelirleri üzerinde artış doğurması, 1980 sonrası dönemde olumlu bir gelişme olarak görülmüştür. Bununla birlikte, teşviklerin çok sayıda ve türde olması, teşvik mevzuatının dağınıklığı ve hukuksal normların açık ve anlaşılır olmaması, denetim mekanizmasının işletilememesi v.b. nedenlerden ötürü teşvik uygulamaları zaman içerisinde amacından sapmış ve çeşitli suistimallere konu olmuştur. Hayali ihracat adı verilen skandallar zinciri, ihracatta teşvik tedbirlerinin amacından ne ölçüde saptığının açık bir göstergesi olmuştur. Ülkemizde hayali ihracat uygulamada çok değişik türde tezahür etmiştir. Bunlar kısaca; ticari değerde olmayan mal ihraç etmek, fiyat şişirme, miktar şişirme, malı farklı gösterme, sahte belge düzenleme şeklinde hayali ihracat olarak sıralanabilir.

Gelişmekte olan ülkelerde sanayiye geliştirmek ve gerekli döviz rezervi sağlamak için ihracata dayalı sektörlerle büyük kolaylıklar sağlanmaktadır. Türkiye örneğinde görüldüğü gibi sağlanan bu kolaylıklar, rant kollayıcıları yasaların boşluklarından da yararlanarak gelir elde etmeye yöneltmiştir.

Türkiye, 24 Ocak 1980 Ekonomik İstikrar Programı ile "İthal İkamesine Dayalı Sanayileşme Stratejisi" yerine ihracatı arttırmayı, ithalatı ise serbestleştirmeyi hedef alan bir dış ticaret politikası benimsemiştir. "İçer dö-nük, ithal-ikameci büyüme döneminde teşvikler genellikle üretici sermayeye yöneliyorken, 24 Ocak 1980 dönemecinden dönemecinden sonra "ihracat öncülüğünde büyüme" tercihinin bir gereği olarak aktarımın şekli, ihracatın teşvik edilmesi biçimini almıştır"¹⁵. Ülkemizde ihracata dayalı sanayileşme ve ithalatın serbestleştirilmesi doğrultusunda kapsamlı uygulamalar esasen 1984 yılında başlamıştır. 1984 yılı başlarından günümüze kadar ihracatı teşvik amacıyla; Merkez Bankası kaynaklı ihracat kredileri, Türkiye İhracat Kredi Bankası A.Ş./ Türk Eximbank kaynaklı ihracat kredileri, vergi teşvik tedbirleri, bütçe dışı fonlardan ihracatçılara verilen nakdi destekler (Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu v.b.) ve bunlar dışında çok değişen türde ihracat teşvikleri sağlanmıştır.

2. Yatırım Teşvikleri ve Rant Kollama

Uygulanan genel destek sistemi ile her yıl 5.000 civarında sabit yatırım projesi teşvik belgesine bağlanmaktadır. Özel kesim sabit yatırımların yaklaşık yüzde 35'i teşvik belgeli olarak gerçekleşmektedir. Bu oran, düşük faizli kredi ve hibe türü destek uygulamaları döneminde ortalama yüzde 50-55 arasında iken, bu desteklerin kaldırılmasıyla düşmüştür. "Her yıl yapılan sabit yatırım harcamalarının yaklaşık 10.5 milyar \$ kısmı teşvik belgeli yatırımlar aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Bu yatırım teşvik belgesi nedeniyle firmalara yaklaşık 800 milyon \$ tutarında vergisel avantaj sağlandığı tahmin edilmektedir"¹⁶. Buradan genel teşvik sisteminin sabit yatırımlar üzerinde ortalama yüzde 8 oranında bir tasarruf sağladığı ortaya çıkmaktadır. Genel destek sisteminden nakdi destekler çıkarıldıktan sonra, yatırım teşvik belgelerinin yaklaşık yüzde 85'i gelişmiş ve normal yörelere düzenlenirken, 50 ili kapsayan Kalkınmada Öncelikli Yörelere yüzde 15 oranında pay alabilmektedirler.

¹⁵ Fikret Başkaya, Rant ve Savaş Kısılcacında Türkiye Ekonomisi, Ankara: Öteki Yayınevi, 1998, s. 50.

¹⁶ Turan Serdengeçti, *Yatırımlara Yılda 800 milyon Dolar Vergi Avantajı*, TOBB Ekonomik Forum, Yıl 5 Sayı 7, Temmuz 1998, s. 22.

Yine genel destek sisteminde herhangi bir sektörel yönlendirme olmamasına karşın, imalat sanayinin hemen her dalında özellikle tekstil yatırımları ile hizmetler alanında, turizm, taşımacılık ve müteahhitlik hizmetlerinde büyük gelişmeler gözlenmektedir. “Örneğin, 1997 yılında düzenlenen teşvik belgesi adedi 5144’tür. Toplam belgelerin, 3180 adedi imalat sanayine aittir. İmalat sanayinde düzenlenen toplam belge adedinin 1214’ü tekstil sektörüne yöneliktir. Hizmetler sektörüne düzenlenen 1642 adet belgenin de 890’ı ulaştırma sektörüne aittir”¹⁷.

Teşvik sisteminde ifade edilen bu gelişmelerin ardından 1980 sonrasında rant kollamanın özellikle yatırım teşviklerinde yaygınlık arz ettiğini söylemek mümkündür. Yatırımların teşviki özetle, toplumdan alınan ekonomik değerlerin devlet eliyle öngörülen yatırım hedefleri doğrultusunda belirli kesimlere transferini ifade etmektedir. Dolayısıyla teşvik tedbirlerinin amacı, özellikle gelişmekte olan ülkelerde ekonomik büyüme ve kalkınma sürecinin hızlandırılması ve piyasa ekonomisine işlerlik kazandırılmasıdır.

Oysa ülkemizde 1980 sonrasında yatırım teşvik sisteminin işleyişinde önemli yozlaşmalar görülmektedir. Teşvik kredisi adı altında Türkiye Kalkınma Bankasından kredi alanların çoğunun yatırım yapmış gibi görünerek aldıkları kredileri başka yerlerde ve başka amaçlarla kullandıkları ortadadır.

Serbest piyasa ekonomilerinde her ne şekilde olursa olsun teşvik uygulamaları haksız rekabete neden olan bir mekanizma olarak ifade edilebilir. Ancak “teşviklerden tamamen arındırılmış bir ulusal ekonominin varlığından söz etmek mümkün değildir”¹⁸. Günümüzde yeni teşvik tekniklerinin belirlenmesi ve uygulanmasının uluslararası ticari anlaşmalara uygun bir şekilde yürütülmesi gerekliliği teşvikler konusunu karmaşık hale getirmektedir. Bu konu Türkiye açısından Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde özel bir öneme sahiptir.

Ülkemizde teşvik sistemi, kaynak yetersizliği nedeniyle etkin bir şekilde uygulanmamakta ve yüksek iç borçlanmayla gelen olumsuz faiz yükşelişleri, ekonomik faaliyetleri üretim ekonomisinden rant kollama yönündeki spekülâtif davranış kalıplarına yöneltmektedir. Yüksek enflasyon ortamında özellikle yatırım teşviklerinin yatırımları uyarıcı bir motivasyon niteliği önemli ölçüde ortadan kalkmakta ve teşvikler üretken yatırımlar için cazip ve uyarıcı olmamaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de yatırımların yetersiz

¹⁷ Turan Serdengeçti, a.g.m., s. 27.

¹⁸ Ramazan Gökbunar, *Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Yatırımlara Yönelik Vergi Teşvik Mevzuatı*, Banka ve Ekonomik Yorumlar, Sayı: 9, Eylül 1998, s. 27.

olmasının yanısıra yapılan yatırımların da, üretken olmayan ve daha ziyade rant sağlamaya yönelik alanlarda gerçekleştirildiği ifade edilebilir.

B. Rant Kollama ve Türkiye Açısından Maliyetleri

Rant kollama yaşandığı her ekonomide olduğu gibi Türkiye ekonomisinde de farklı türde maliyetlere yol açmaktadır. Politik yozlaşma, devletin büyümesi, çıkar ve baskı gruplarının etkinliklerinin artması gibi siyasi ve sosyal maliyetlerinin yanısıra özellikle ekonomik gelişmeyi olumsuz yönde etkilemesi rant kollamanın Türkiye açısından önemli maliyetleridir.

1. Rant Kollamanın Siyasi ve Sosyal Maliyetleri

a. Çıkar ve Baskı Gruplarının Etkinliği

Baskı gruplarının ekonomi üzerindeki etkileri Türkiye açısından maliye politikaları ve özellikle vergi mevzuatı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu politikaların gelir dağılımı üzerinde yeniden dağıtıcı işlevi söz konusu olduğu için, diğer taraftan kamu harcamaları üzerinde belirleyici politikalar olması nedeniyle bu yoğunluk ortaya çıkmaktadır.

Baskı gruplarının temel çabası, gelirin yeniden dağılımında belirleyici olmaktır. Bu belirleyicilik, bireysel çabalarla kıyaslandığında baskı gruplarının daha şanslı bir konumda olacakları açıktır. Daha önce ifade edilen parlamento yapısı içerisinde, baskı grupları kendi çıkarları çerçevesinde maliye politikası araçlarının kullanılmasını temin etmektedir. Bu faaliyetlerin zaman zaman toplumsal refah açısından olumlu sonuçlar meydana getireceği ifade edilebilir. Ancak çoğunlukla iktidarı etkileme süreci, maliye politikasının yeniden dağıtım mekanizmasının diğer kesimler aleyhine belli kesimlere yöneleceği iddia edilebilir. Bu durumda, baskı gruplarının belirlediği maliye politikası uygulamalarının özel çıkarlar sağladığı ve toplumsal refaha yönelik olmayacağı açıktır.

Sonuç olarak baskı grupları, yasama ve yürütme organı üzerinde etkilerini kullanarak maliye ve vergi politikalarını belirleme gücüne sahiptir. Çoğunlukla bu güçlerini kendi çıkarlarına yönelik olarak, toplum çıkarlarını dikkate almadan kullanabilmektedirler.

b. Politik Yozlaşma

Yozlaşma "corruption" siyaset teorisine özgü bir kavram değildir. Günlük dilde yozlaşma, kötüleiyici, çağrışımı olan bir terimdir ve genel olarak, belli bir konuda standarttan sapılmasını veya standardın terkedilmesini ifade etmektedir. "Standart" ise, insan eylemi söz konusu olduğunda, olması gereken davranış biçimi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla "yozlaşmayı, konumu belli bir otoriteye dayanan kişinin, kendisinden beklenen veya tem-

sil ettiği, kullandığı “otoriteye” uygun davranış standartlarından haksız kişisel yarar elde etmek ve benzeri bir nedenle sapması olarak tanımlayabiliriz”¹⁹. Bu durumda da siyasi yozlaşmayı, meşru olmayan bir özel çıkar uğruna kamu görevinin veya otoritesinin kötüye kullanılması, yani “kamu yararı” amacından saptırılması olarak ifade etmek mümkündür. Yozlaşmaya en elverişli alan siyasi alandır; çünkü toplumda en geniş kaynak ve fırsatlara tasarruf edebilme imkanı ancak siyasi makamlarda bulunanlar için söz konusudur.

Türkiye’de en çok yakınılan veya siyasi yozlaşmadan söz edildiğinde genellikle kastedilen olgular siyasi yozlaşmanın iki özel biçimidir. Bunlardan biri, politikacıların seçim kazanmak için kamu otoritesini ve kaynaklarını keyfi olarak kullanmaları, diğeri ise kamu kaynaklarını haksız olarak “yakınlarına” dağıtmaları, yağmalatmalarıdır. Bunlara belki de daha önemli olan, Türkiye’ye özgü başka bir olguyu daha eklemeliyiz ki bu da, “yönetimin kamu yararı amacından saptırılmasına ve devletin gizli etkinliklerine resmi ideoloji ile meşruluk sağlanması olarak belirtebilir”²⁰. Burada yozlaşmanın nedeni, doğrudan doğruya siyasi aktörlerin eylemlerinden çok, tamamen devletin örgütlenme ve kendini meşrulaştırma biçiminden kaynaklanan “objektif” bir durumdur.

c. Devletin Büyümesi

İktisat bilimi alanında yapılan teorik ve ampirik çalışmaların sonucu ulusal ekonomi içerisinde kamu ekonomisinin nispi payının arttığını ve bu çerçevede kamu ekonomisinin rolü ve fonksiyonlarının genişlediğini ortaya koymaktadır. Devletin rolü ve fonksiyonlarının genişlemesi ile birlikte siyasal karar alma sürecinde rol alan aktörlerin “çıkarları”nın artması sözkonusudur. Özellikle, çıkar ve baskı grupları olarak adlandırılan bazı kesimler (şirketler, holdingler, işçi ve işveren sendikaları, ticaret ve sanayi odaları gibi) devletten karşılıksız bir “transfer” elde etmek için rekabete girerler. Bu rekabet sürecinde hem üretime aktarılması gereken kaynaklar israf edilecek hem de devletin uyguladığı ekonomi politikaları asıl hedeflerinden uzaklaşacaktır. Diğer taraftan rant kollama faaliyetlerinin artmasıyla birlikte kamu kesimi de büyüyecektir.

Ülkemizde özel sektörün geliştirilmesine yönelik olarak her dönemde farklı türde uygulamalar söz konusudur. Bu uygulamalar çerçevesinde özel sermaye kesimine ucuz kredi, teşvik, vergi istisnası, muafiyet ve korumacı-

¹⁹ Mustafa Erdoğan, *Siyasal Yozlaşma ve Türkiye Örneği*, Yeni Türkiye, Yıl: 3, Sayı: 13, Ocak-Şubat 1997, s. 161.

²⁰ Mustafa Erdoğan, a.g.m., s. 161.

lıkla kaynak aktarımında bulunmaktadır. Bütün bu imkanlar, Türkiye'de rant kollama faaliyetlerini, üretim faaliyetlerine oranla arttırmaktadır. Sermaye kesimine teşvikler, korumalar, vergi istisnaları, sendikalı işçi kesimine yüksek ücretler, kırsal kesim seçmenlerine yüksek taban fiyatları ve düşük faizli krediler sağlanarak sisteme rant ekonomisi özellikleri kazandırılmıştır.

2. Rant Kollamanın Ekonomik Maliyetleri

Gelişmekte olan ülkelerde devletin ekonomik ve sosyal hayattaki rollerinin artması ve buna paralel olarak toplumun her alanda devletin düzenleyici görevini üstlenmesi yönündeki talebi, devleti rant yaratan ve dağıtan mekanizma içerisinde tutmaktadır. Kalkınma amacına hizmet edecek araçları devlet bizzat kendisi seçerek, kaynakları tahsis edecektir. Bu araçlar arasında, çeşitli monopol imtiyazları, vergi istisna veya muafiyetleri, fiyat kontrolleri, ithal yasaları, kredi imkanları gibi çok önemli uygulamalar yer almaktadır.

İktisat teorilerinde ekonomik büyüme üzerinde sınırlayıcı bir rol oynayan dört önemli faktörün bulunduğu ifade edilmektedir. Bu faktörler; fiziki sermayedeki artış, beşeri sermayedeki artış, teknik gelişmeler ve kaynak kullanımının etkinliğindeki değişimler olarak belirtilebilir. Son dönemlerde ise, gelişmekte olan ülkelerde ihracattaki artışlar ve ticaret hadleri gibi dış faktörlerin ve ekonomilerin dışa açık olup olmadığı gibi faktörlerin de büyüme üzerinde etkilerinin önemli olduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

İfade edilen bu faktörlerin ilk üçü, ekonomideki kaynak birikimine bağlıdır. Oysa kaynak kullanımındaki etkinlik, kaynakların fiziki boyutlarından çok dağılımına bağlıdır. Bu noktada ekonomik gelişmeyi belirleyen temel faktörlerden en önemlisi kaynakların sektörel dağılımıdır. Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde kıt olan üretim faktörlerinin optimal dağılımı ekonomik kalkınmanın temel şartı olarak ifade edilebilir.

Üretim faktörlerinin ekonomide yer alan sektörler arasında en uygun bir şekilde dağıtılabilmesi noktasında farklı kriterler ve yaklaşımlar söz konusudur. Kaynakların sektörlerarası optimal dağılımında temel kriter ise, sektörel önsel ve gerisel bağlılık katsayılarıdır. Önsel ve gerisel bağlılıkları yüksek olan sektörler, üretim sürecinin ortaların da yer alan (örneğin, demir-çelik) ve desteklendiği takdirde ekonomik gelişmeyi olumlu yönde hızlandıran sektörlerdir.

İşte bu noktada, rant kollama faaliyetleri, kaynakların sektörlerarası optimal dağılımını bozarak, ekonomik gelişmeyi yavaşlatmaktadır. Devletin, kalkınma planlarında öngördüğü, önsel ve gerisel bağlılıkları yüksek sektörlerin teşvik edilmesine yönelik politikalar, uygulama sürecinde özellikle

çıkar ve baskı gruplarının ve rant kollayan kesimlerin etkisiyle amacından saptırılmaktadır.

Örneğin, hizmetler sektöründe yer alan rant kollayan kesimlerin, hükümet politikaları üzerinde oluşturdukları baskı sonucunda yatırımların yönünü ve teşvik kredilerini kendi sektörlerine aktarmaları mümkün olabilmektedir. Örneğin; “1996 yılında teşvik belgesine bağlanan yatırımlar içerisinde tarım sektörü yüzde 1,8 madencilik sektörü yüzde 1,3 imalat sektörü yüzde 73,7 enerji sektörü yüzde 3,4 hizmetler sektörü ise yüzde 19,8 oranında pay almıştır. 1997 yılının Ocak-Eylül döneminde ise 1996 yılında oranla imalat ve tarım sektörlerinin payı azalırken hizmetler sektörünün payı yüzde 27,2 artmıştır”²¹. Bu artışın rant kollama faaliyetleri sonucunda oluştuğu açıktır, çünkü kalkınma planlarında öncelikli amaç, sanayinin rekabet gücünün verimlilik ve yüksek teknolojiyle artırılması olarak ifade edilmektedir. Bu amaca uygun teşvik belgesi dağılımında, imalat ve enerji sektörlerinin diğerlerine oranla daha hızlı bir artış gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Oysa rant kollama faaliyetleri sonucunda tamamen farklı bir sonuç oluşmaktadır.

Görüldüğü gibi rant kollama faaliyetleri Türkiye'nin ekonomik gelişmesini farklı noktalarda engellemektedir. Ancak bu olumsuz etkilerin ekonomik açıdan en önemlisi ve anlamlısı, sektörel yapı üzerindeki olumsuzluklarıdır. Dolayısıyla sektörel yapı ve rant kollama ilişkilerinin ayrı bir alt başlık olarak incelenmesi daha sonra ise bu konudaki rakamsal büyüklüklerin ortaya konulması önem taşımaktadır.

III. TÜRKİYE EKONOMİSİNİN SEKTÖREL YAPISI ve RANT KOLLAMA

Ekonomi içerisinde çok sayıda mal ve hizmet üreten birimler mevcuttur. Yine de genel olarak ekonomi üç ana sektöre bölünmektedir. Bu sektörler ise tarım, sanayi ve hizmetler sektörüdür. C. Clark'ın ifadesiyle “ekonomik faaliyetler; birinci sektör tarım, ikinci sektör yani sanayi ve üçüncü sektör (hizmetler) olarak sınıflandırılmaktadır”²². Daha detaylı bir sınıflandırma ve standart sağlamak amacıyla uluslararası çerçevede Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) istatistiki çalışmalar yürütmektedirler. Bu çerçevede; Standart Uluslararası Ticaret Sınıflandırılması (STIC), Uluslararası Standart Sanayi Sınıflandırılması (ISIC) sistemleri B.M tarafından, Uruguay Round Nihai Senedi Hizmetler Anlaşması ise WTO aracılığı

²¹ VII. BYKP, 1998 Yılı Programı, s. 158.

²² Akın İlkin, Kalkınma ve Sanayi Ekonomisi, İstanbul Üniv. Yayınları, No: 3487, 1988, s. 121.

ile geliştirilmiştir. Ülkemizin sektörel yapı tanımlaması da bu standartlarla uyum sağlamaktadır.

A. Sektörel Yapının Değişimi

Ülkemizde özellikle 1984 yılından sonra ekonomik sektörlerin GSMH içerisindeki paylarında önemli değişimler söz konusu olmuştur. Örneğin; tarım sektörünün GSMH içerisindeki payı sürekli olarak azalmış ve 1997 yılı itibarıyla yüzde 12,7 seviyesine kadar inmiştir. Buna karşılık hizmetler sektörünün GSMH içerisindeki payı aynı yıl itibarıyla yüzde 60 seviyesine yaklaşmıştır. Bu noktada "hizmetler sektörünün gereğinden fazla büyüdüğü iddia edilmektedir"²³. Ekonomik sektörlerin, 1986-1998 yılları arasında GSMH içerisindeki payları ve sektörel büyüme hızları Tablo 1'den izlenebilir.

**Tablo 1. Tarım, Sanayi, Hizmetler ve GSMH
(1987 Üretici Fiyatları ile Milvar TL.)**

	Ana Sektörler ve GSMH				Sektör Payları (Yüzde)			Büyüme Hızı (Yüzde)			
	Tarım	Sanayi	Hizmet.	GSMH	Tarım	Sanayi	Hizm.	Tarım	Sanayi	Hizmet	GSMH
1986	12.837	17.100	38.378	68.315	18,8	25,0	56,2	3,6	13,1	5,2	6,8
1987	12.883	18.680	43.457	75.019	17,2	24,9	57,9	0,4	9,2	13,2	9,8
1988	13.911	19.074	43.123	76.108	18,3	25,1	56,7	8,0	2,1	-0,8	1,5
1989	12.845	20.008	44.494	77.347	16,6	25,9	57,5	-7,7	4,9	3,2	1,6
1990	13.746	21.873	48.973	84.592	16,3	25,9	57,9	7,0	9,3	10,1	9,4
1991	13.663	22.504	48.720	84.887	16,1	26,5	57,4	-0,6	2,9	-0,5	0,3
1992	14.249	23.911	52.163	90.323	15,8	26,5	57,8	4,3	6,2	7,1	6,4
1993	14.129	25.898	57.650	97.677	14,5	26,5	59,0	-0,8	8,3	10,5	8,1
1994	14.045	24.433	53.255	91.733	15,3	26,6	58,1	-0,6	-5,7	-7,6	-6,1
1995	14.230	27.476	57.322	99.028	14,4	27,7	57,9	1,3	12,5	7,6	8,0
1996	14.879	29.335	61.866	106.00	14,0	27,7	58,3	4,6	6,8	7,9	7,1
1997	14.550	32.337	67.988	114.87	12,7	28,1	59,2	-2,2	10,2	9,9	8,3
1997/I	9.14	7.171	14.033	22.119	4,1	32,4	63,4	-6,2	9,4	5,9	6,5
1997/II	2.350	7.912	16.289	26.551	8,8	29,8	61,4	-0,7	10,3	10,0	9,1
1998/I	898	7.740	15.471	24.109	3,7	32,1	64,2	-1,8	7,9	10,2	9,0
1998/II	2.347	8.136	17.127	27.609	8,5	29,5	62,0	-0,1	2,8	5,1	4,0

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Yıllık Ekonomik Rapor, 1998, s. 14.

Not : 1) İzaflı banka hizmetleri sektörüne dağıtılmıştır.

2) Hizmetler sektörüne dış alem net faktör gelirleri dahildir.

²³ Hüseyin Şahin, Türkiye Ekonomisi, Bursa: Ezgi Kitabevi, 1998, s. 192.

çıkar ve baskı gruplarının ve rant kollayan kesimlerin etkisiyle amacından saptırılmaktadır.

Örneğin, hizmetler sektöründe yer alan rant kollayan kesimlerin, hükümet politikaları üzerinde oluşturdukları baskı sonucunda yatırımların yönünü ve teşvik kredilerini kendi sektörlerine aktarmaları mümkün olabilmektedir. Örneğin; "1996 yılında teşvik belgesine bağlanan yatırımlar içerisinde tarım sektörü yüzde 1,8 madencilik sektörü yüzde 1,3 imalat sektörü yüzde 73,7 enerji sektörü yüzde 3,4 hizmetler sektörü ise yüzde 19,8 oranında pay almıştır. 1997 yılının Ocak-Eylül döneminde ise 1996 yılında oranla imalat ve tarım sektörlerinin payı azalırken hizmetler sektörünün payı yüzde 27,2 artmıştır"²¹. Bu artışın rant kollama faaliyetleri sonucunda olduğu açıktır, çünkü kalkınma planlarında öncelikli amaç, sanayinin rekabet gücünün verimlilik ve yüksek teknolojiyle artırılması olarak ifade edilmektedir. Bu amaca uygun teşvik belgesi dağılımında, imalat ve enerji sektörlerinin diğerlerine oranla daha hızlı bir artış gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Oysa rant kollama faaliyetleri sonucunda tamamen farklı bir sonuç oluşmaktadır.

Görüldüğü gibi rant kollama faaliyetleri Türkiye'nin ekonomik gelişmesini farklı noktalarda engellemektedir. Ancak bu olumsuz etkilerin ekonomik açıdan en önemlisi ve anlamlısı, sektörel yapı üzerindeki olumsuzluklarıdır. Dolayısıyla sektörel yapı ve rant kollama ilişkilerinin ayrı bir alt başlık olarak incelenmesi daha sonra ise bu konudaki rakamsal büyüklüklerin ortaya konulması önem taşımaktadır.

III. TÜRKİYE EKONOMİSİNİN SEKTÖREL YAPISI ve RANT KOLLAMA

Ekonomi içerisinde çok sayıda mal ve hizmet üreten birimler mevcuttur. Yine de genel olarak ekonomi üç ana sektöre bölünmektedir. Bu sektörler ise tarım, sanayi ve hizmetler sektörüdür. C. Clark'ın ifadesiyle "ekonomik faaliyetler; birinci sektör tarım, ikinci sektör yani sanayi ve üçüncü sektör (hizmetler) olarak sınıflandırılmaktadır"²². Daha detaylı bir sınıflandırma ve standart sağlamak amacıyla uluslararası çerçevede Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) istatistiki çalışmalar yürütmektedirler. Bu çerçevede; Standart Uluslararası Ticaret Sınıflandırılması (STIC), Uluslararası Standart Sanayi Sınıflandırılması (ISIC) sistemleri B.M tarafından, Uruguay Round Nihai Senedi Hizmetler Anlaşması ise WTO aracılığı

²¹ VII. BYKP, 1998 Yılı Programı, s. 158.

²² Akın İlkin, Kalkınma ve Sanayi Ekonomisi, İstanbul Üniv. Yayınları, No: 3487, 1988, s. 121.

ile geliştirilmiştir. Ülkemizin sektörel yapı tanımlaması da bu standartlarla uyum sağlamaktadır.

A. Sektörel Yapının Değişimi

Ülkemizde özellikle 1984 yılından sonra ekonomik sektörlerin GSMH içerisindeki paylarında önemli değişimler söz konusu olmuştur. Örneğin; tarım sektörünün GSMH içerisindeki payı sürekli olarak azalmış ve 1997 yılı itibariyle yüzde 12,7 seviyesine kadar inmiştir. Buna karşılık hizmetler sektörünün GSMH içerisindeki payı aynı yıl itibariyle yüzde 60 seviyesine ulaşmıştır. Bu noktada "hizmetler sektörünün gereğinden fazla büyüdüğü" düşünülmektedir²³. Ekonomik sektörlerin, 1986-1998 yılları arasında GSMH içerisindeki payları ve sektörel büyüme hızları Tablo 1'den izlenebi-

Tablo 1. Tarım, Sanayi, Hizmetler ve GSMH (1987 Üretici Fiyatları ile Milvar TL.)

Yıl	Ana Sektörler ve GSMH			Sektör Payları (Yüzde)			Büyüme Hızı (Yüzde)			
	Tarım	Sanayi	Hizmet.	GSMH	Tarım	Sanayi	Hizm.	Tarım	Sanayi	Hizmet
1987	17.100	38.378	68.315	18.8	25.0	56.2	3.6	13.1	5.2	6.8
1988	18.680	43.457	75.019	17.2	24.9	57.9	0.4	9.2	13.2	9.8
1989	19.074	43.123	76.108	18.3	25.1	56.7	8.0	2.1	-0.8	1.5
1990	20.008	44.494	77.347	16.6	25.9	57.5	-7.7	4.9	3.2	1.6
1991	21.873	48.973	84.592	16.3	25.9	57.9	7.0	9.3	10.1	9.4
1992	22.504	48.720	84.887	16.1	26.5	57.4	-0.6	2.9	-0.5	0.3
1993	23.911	52.163	90.323	15.8	26.5	57.8	4.3	6.2	7.1	6.4
1994	25.898	57.650	97.677	14.5	26.5	59.0	-0.8	8.3	10.5	8.1
1995	24.433	53.255	91.733	15.3	26.6	58.1	-0.6	-5.7	-7.6	-6.1
1996	27.476	57.322	99.028	14.4	27.7	57.9	1.3	12.5	7.6	8.0
1997	29.335	61.866	106.00	14.0	27.7	58.3	4.6	6.8	7.9	7.1
1998	32.337	67.988	114.87	12.7	28.1	59.2	-2.2	10.2	9.9	8.3
1999	31.171	14.033	22.119	4.1	32.4	63.4	-6.2	9.4	5.9	6.5
2000	29.912	16.289	26.551	8.8	29.8	61.4	-0.7	10.3	10.0	9.1
2001	27.740	15.471	24.109	3.7	32.1	64.2	-1.8	7.9	10.2	9.0
2002	26.186	17.127	27.609	8.5	29.5	62.0	-0.1	2.8	5.1	4.0

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Yıllık Ekonomik Rapor, 1998, s. 14.

Not: Banka hizmetleri sektörüne dağıtılmıştır.

Not: Tarım sektörüne dış alem net faktör gelirleri dahildir.

Tablo 1’de sektörel büyüme hızları incelediğinde, ekonomi içerisinde hizmetler sektöründeki büyüme hızının diğer sektörlerle oranla istikrarsız bir değişim gösterdiği açıktır. 1991 yılında yüzde -0,5 olan hizmetler sektörü büyüme hızı bir sonraki dönemde yüzde 7,1’e sıçramıştır. 1991 yılının Körfez Krizi’ne rastladığı dikkate alındığında hizmetler sektörünün ekonomik krizlere daha duyarlı olduğu ve daha çabuk etkilendiği dolayısıyla istikrarlı bir gelişmeyi gerçekleştirmeyeceği ifade edilebilir.

Sektörel yapının, büyüme oranlarını ve GSMH içerisindeki ağırlıklarının belirleyen önemli bir faktör ise sabit sermaye yatırımlarıdır. Sabit sermaye yatırımlarının dağılımı dikkate alındığında ise hizmetler sektöründe kamu ve özel sabit sermaye yatırımlarının önemli bir paya sahip olduğu görülmektedir. Bu ifade Tablo 2’den de doğrulanmaktadır.

Tablo 2. Sektörel Sabit Sermaye Yatırımları (Toplam)
(Cari Fiyatlarla, Milyar TL)

	1997	1998(1)	1992(2)	1998(1)	1999(2)	1997	1998(1)	1999(2)
TARIM	446.537	728.776	1.088.877	63.2	49.4	5.8	5.3	5.4
MADENCİLİK	93.534	179.543	262.225	92.0	46.4	1.2	1.3	13
İMALAT	1.407.97	2.312.83	3.368.937	64.3	45.7	18.2	16.8	16.6
ENERJİ	453.153	842.914	1.243.09	86.0	47.5	5.9	6.1	6.1
ULAŞTIRMA	1.863.54	3.545.93	5.091.752	90.3	43.6	24.1	25.8	25.1
TURİZM	164.856	381.042	659.673	131.1	73.1	2.1	2.8	3.3
KONUT	2.205.97	3.713.65	5.287.947	68.3	42.4	28.5	27.0	26.1
EĞİTİM	282.351	423.564	759.038	50.0	79.2	3.7	3.1	3.7
SAĞLIK	250.369	589.247	939.242	135.4	59.4	3.2	4.3	4.6
DİĞER HİZ.	560.073	1.036.06	1.577.626	85.0	52.3	7.2	7.5	7.8
TOPLAM	7.728.37	13.753.5	20.278.40	78.0	47.4	100.0	100.0	100.0

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Yıllık Ekonomik Rapor, 1998, s. 27.

(1) Gerçekleşme Tahmini

(2) Program

Tablo 2’de özellikle ulaştırma ve konut gibi hizmet sektörü alt dallarında sabit sermaye yatırımlarının yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Daha sonra da ifade edileceği gibi, özel sektörün konut yatırımlarında kamu sektörünün ise ulaştırma-haberleşme yatırımlarında önemli kaynaklar kullandıkları ortaya konabilir.

Sabit sermaye yatırımlarındaki bu sektörel değişim; tarım, sanayi gibi üretken sektörlerle yönelik faaliyetlerin daralması; daha spekülatif faaliyetle-

rin yoğunlaşması anlamını taşımaktadır. Ülkemizde büyük firmaların üretim dışı (faiz, rant vb.) gelirlerinin artması bu değişimin bir göstergesidir.

Sonuç olarak sektörel yapının değişiminde rant kollama faaliyetleri özellikle hizmetler sektörü lehine önemli etkilerde bulunmaktadır. Bu etkiler, sektörel yapının ekonomik kalkınma üzerindeki fonksiyonu düşündüğünde daha da ağırlaşmaktadır. Çünkü ekonomik kalkınma bir sektörün diğer sektörlerle oranla dengesiz ve daha hızlı bir gelişim göstermesi anlamını taşımaktadır. Bu sektör sanayileşme kavramıyla ifade edilen sanayi sektörüdür. Sanayi sektörü önsel ve gerisel bağlılığı diğer sektörlerle oranla yüksek olan ve üretim kapasiteleri üzerinde olumlu etkileri bulunan bir sektördür. Oysa ülkemizde sektörel yapının gelişimine bakıldığında, hizmetler sektörünün diğer sektörlerle oranla dengesiz ve hızlı geliştiğini görebiliyoruz. Hizmetler sektöründe kaynakların üretken ve istihdam artırıcı faaliyet birimleri yerine daha sepkülatif alanlara aktarıldığını söyleyebiliriz. Hizmetler sektörü, ekonomik gelişme içerisinde üretim artışına paralel olarak gelişmesi gereken bir sektör özelliğindedir.

B. Önsel ve Gerisel Bağlılık Katsayıları

Ekonomik gelişme ve sektörel yapının değişimi arasında önemli bir bağ bulunduğunu daha önce ifade etmiştik. Sektörel yapıda meydana gelen değişmelerin tanımlanarak, ekonomik kalkınma doğrultusunda yönlendirilmesi, bu noktada önem taşımaktadır. Kalkınma planlarının temel işlevi de; sektörel gelişimin kalkınma amacına uyumlu bir şekilde sağlanmasıdır. Kalkınma planlarının oluşturulmasında ise; sektörlerarası ilişkileri ortaya koyan modellerden birisi girdi/çıkı modelidir.

Bu model, sektörler arasındaki mal ve hizmet akımlarını gösteren, "endüstrilerarası işlemler tablosu" veya "girdi/çıkı akım tablosu" adı verilen tabloyu esas almaktadır. Bu özellikleri çerçevesinde 1990 Endüstrilerarası İşlemler Tablosu beş ana sektör altında birleştirilerek Tablo 3'de aktarılmıştır. 64 sektörü içeren tablonun tamamının aktarılması, çalışmanın hacmini genişleteceği endişesiyle mümkün olamamış bunun üzerine, yüksek bir birleştirme düzeyini (agregasyon) ifade etse bile 5 ana sektör itibarıyla toplanmıştır. Bu sektörler; tarım, madencilik, imalat sanayi, inşaat ve hizmetlerdir. Tarım sektör kodları 01-04, madencilik 05-10, imalat sanayi 11-51 arası numaralandırılmış sektörleri, inşaat 52-53, hizmetler ise 54-64 arası numaralandırılmış sektörleri ifade etmektedir.

Tablo 3. Toplulaştırılmış Türkiye Girdi/Çıktı Tablosu 1990
(Üretici Fiyatlarıyla, Milyar TL)

Alan Sektörler	Sektör Kodu	Ara Talep					Ara Tüketim Toplamı	Nihai Talep						Ara Toplamı	İthalat (c.i.f.)	İthalat Vergisi	Vergili Toplamı		
		Tarım	Ma-jeneçili	İmalat	Sanayi	İnşaat		Hiz-metler	Özel Nihai	Kamu Nihai	Özel Gayri	Kamu Gayri	Stok Deği-					Özel İhracat	
Yem Sektörleri																			
Tarım	01-04	14.926	59	21.120	1	2.954	4001	53.617	514	87	18	2.709	2.513	98.459	98.519	2.610	469	96.440	
Madençik	05-10	13	14	14.104	1.227	417	12.706	1.174	203	0	0	1.466	510	3.443	10.218	11.177	99	7.943	
İmalat Sanayi	11-31	8.641	1.001	87.373	22.727	32.189	101.981	5.548	17.713	6.845	3.247	36.312	158.302	310.184	51.160	12.829	246.194	57.580	
İnşaat	32-33	0	0	0	0	0	0	0	223	37.582	19.606	0	0	57.580	57.580	0	0	57.580	
Hizmetler	34-64	7.436	605	32.719	8.273	33.898	83.830	109.877	36.466	5.282	2.005	4.959	22.726	181.335	264.785	4.087	0	260.698	
Ara Girdiler Toplamı	65	31.015	1.729	156.817	22.728	69.458	291.248	262.206	43.083	61.664	28.563	12.381	53.062	489.939	781.207	69.034	13.397	688.716	
Vergili Toplam Üretim (İthal. ve İstatik)	66	96.440	7.943	246.194	57.580	300.698	668.716												
Çırtı safi katma değeri (Özetli GY)	67	65.423	6.214	89.878	24.772	191.229	372.528												
Dahilata alınan dışkı vergiler	68	692	437	12.826	988	9.770	20.733												
Sihvançyon	69	1.320	50	113	0	2.716	4.98												
Dahilata alınan net dışkı vergiler	70	427	387	12.713	988	7.054	20.154												
Çırtı safi katma değeri (Özetli GY)	71	66.692	5.827	77.165	23.784	184.185	352.014												
Akınam ve nakline	72	241	604	7.987	6.646	16.838	36.241												
Net katma değeri (Özetli GY)	73	65.811	5.223	69.178	21.274	167.287	330.773												
Manç ve Özet	74	7.407	2.039	21.863	13.318	42.475	107.108												
Diğer Faktör Girdileri	75	58.404	3.183	47.315	9.256	108.812	226.701												

Kaynak: DİE, Türkiye Ekonomisinin Input-Output Yapısı 1990, DİE Yayın No: 1692,
Haziran 1994, s. 3

1. Gerisel Bağlılıklar

Ters matris $(1-A)^{-1}$, nihai talep birimi başına sektörlerin doğrudan ve dolaylı olarak arttırmaları gereken üretim miktarlarını ortaya çıkarmaktadır. Örneğin; sanayi sektörünün nihai talebinde oluşan bir birimlik artış, bu sektörün talep artışını karşılamak üzere üretimini arttırmasına yol açacaktır. Sanayi sektörü üretim artışını gerçekleştirmek için diğer sektörlerden girdi talep etmek durumundadır. Bu durumda sanayi sektörüne girdi sağlayan diğer sektörler de kendi ürünlerine olan artışı karşılamaya yönelik üretimde bulunacaklardır. Dolayısıyla, "herhangi bir sektördeki nihai talep artışı sadece söz konusu sektörde değil, diğer sektörler de yansyarak dolaylı üretim artışlarına yol açabilecektir"²⁴. İfade edilen dolaylı üretim artışları ise girdi katsayıları ters matrisi aracılığı ile belirlenebilmektedir. Tablo 4'de girdi katsayıları ters matrisi oluşturulmuştur.

Tablo 4. Girdi Katsayıları Ters Matrisi

Alan Sektörler	Veren Sektörler			
	Tarım	Madencilik	İmalat Sanayi	Hizmetler
Tarım	1.205775179	0.03586231500	0.1794771055	0.04117991701
Madencilik	0.01155713533	1.015521617	0.09479814145	0.1534709047
İmalat San	0.1959831466	0.2377482075	1.6469511844	0.2365575743
Hizmetler	0.1377831335	0.1282978638	0.2755942853	1.190526128

Kaynak: Tablo 3'den düzenlenmiştir.

Herhangi bir matrisin tersinin olabilmesi için gerek ve yeter şart; determinantının sıfır'dan farklı olmasıdır. Eğer satır veya sütünlardan herhangi biri sıfırdan oluşuyorsa $\det A = 0$ olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir matrisin tersi söz konusu değildir. Bu nedenle girdi katsayılarının ters matrisi oluşturulurken inşaat sektörü hesaplama dışı tutulmaktadır. Zira inşaat sektörünün satır elemanları, 1990 tablosunda sıfır olarak ifade edilmektedir.

Daha önce de ifade edildiği gibi gerisel bağlantıları doğrudan ölçmek için, girdi katsayıları matrisinin sütun elemanlarının toplamını almak yeterlidir. Girdi katsayıları matrisinin herhangi bir sütündeki katsayılar, ilgili sektörün üretim düzeyi yükselirken diğer sektörlerden aldığı girdi miktarlarını ifade etmektedir. Ancak dolaylı etkilerin ölçülebilmesi girdi katsayıları ters matrisi ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla doğrudan gerisel bağlılık girdi katsayıları matrisinin sütun toplamaları ile oluşturulurken, doğrudan ve

²⁴ Erden Öney, İktisadi Planlama, Ankara Üniv. SBF. Yayınları, No:406, 1977, s. 133.

dolaylı gerisel bağıllık katsayıları ters matrisinin sütun elemanları toplamlarından meydana gelmektedir.

Gerisel bağlantı katsayıları, sektörler itibarıyla Tablo 5’de düzenlenmektedir.

Tablo 5. Gerisel Bağlantı Katsayıları, Türkiye 1990

Sektörler	Doğ. Bağlantı (1)	Doğ. ve Dolaylı Bağlantı (2)	Dol. Bağlantı (2-1)
Tarım	0.2534	1.5508	1.2974
Madencilik	0.2175	1.4172	1.1997
İmalat San.	0.6346	2.1956	1.5610
İnşaat	0.5690	-	-
Hizmetler	0.2666	1.4834	1.2168

Kaynak: Tablo 3 ve Tablo 4’den oluşturulmuştur.

Herhangi bir sektörde gerçekleştirilen üretim faaliyeti kendi ihtiyacı olan girdileri yurtiçi üretimle sağlama faaliyetlerini uyarmaktadır. Bu ise gerisel bağıllık etkisi olarak adlandırılmaktadır. Örneğin; sanayi sektöründe bir birimlik üretim artışı, diğer sektörlerin üretim faaliyetlerini 0.6346 birim, doğrudan arttırmaktadır. Oysa hizmetler sektörünün ekonomi içerisindeki doğrudan gerisel bağlantısı 0.2666 birimle sınırlı kalmaktadır. Dolayısıyla bir anlamda ekonomik kalkınmayı oluşturan üretim artışı, sanayi sektöründeki üretim artışından diğer sektörlerle oranla daha fazla etkilenmektedir.

Tablo 5’den görülebileceği gibi toplam gerisel bağıllık katsayısı en yüksek olan sektör 2.1956 ile sanayi sektörüdür. Bu katsayı, imalat sanayi nihai talebindeki 1 birimlik artışı karşılamak için tüm sektörlerde 2.1956 birimlik bir üretim artışının gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. 1990 yılı fiyatlarıyla parasal olarak ifade etmek gerekirse, sanayi sektöründe 1 milyar TL’lik üretim artışı tüm sektörlerde üretimin 2 milyar TL artması anlamını taşımaktadır. Yaklaşık 2 milyar TL’lik üretim artışının 1.561 milyon TL’si imalat sanayinin dolaylı etkilerinden kaynaklanırken 634 milyon TL’lik kısma doğrudan sanayi sektöründeki üretim artışından kaynaklanmaktadır.

Oysa ülkemizde rant kollama faaliyetleri aracılığı ile sürekli olarak teşvik edilen hizmetler sektörü doğrudan ve dolaylı bağlantı katsayıları açısından alt sıralarda yer almaktadır. Hizmetler sektörü nihai talebinde meydana gelebilecek 1 birimlik artışı karşılamak için tüm sektörlerinde 1.4834 birimlik bir artış sözkonusu olmaktadır. Dolayısıyla yine 1990 fiyatlarıyla hizmetler sektöründeki 1 milyar TL’lik bir üretim artışı tüm sektörlerde 1.483 milyon TL tutarında bir artışı uyarmaktadır. Bu etkinin 266 milyon TL’si doğrudan 1.216 milyon TL’lik kısmı ise dolaylı olarak gerçekleşmektedir. Dolaylı etki, herhangi bir sektörün başka bir sektörden doğrudan girdi

kullanmadığı kullanmadığı halde, sektöre olan nihai mal talep artışı ile ikinci sektörün üretiminin artmasıdır. Örneğin; taş ocakları madencilik sektörü kimyasal gübreler imalat sanayinden doğrudan input kullanmadığı halde taş ocağı sektörüne olan nihai talep artışı dolaylı olarak kimyasal gübre üretimini artmasına neden olmaktadır. Dolaylı etkiler açısından da hizmetler sektörü alt sıralarda yer almaktadır.

Gerisel bağıllık katsayılarının gelişime bakıldığında 1968 yılından, katsayıların hesaplandığı 1990 yılına kadar, sanayi sektörünün gerisel bağıllığı artarken, hizmetler sektöründe önemli sayılabilecek bir değişme söz konusu değildir. 1968 tablosu aracılığı ile Öney tarafından yapılan hesaplamada; "imalat sanayi toplam gerisel bağıllık katsayısı 1.9570 iken hizmetler sektörü için aynı katsayı 1.4276 birimdir"²⁵. Oysa 1990 yılı endüstriler arası işlemler tablosu yardımıyla tarafımızdan oluşturulan katsayılar; imalat sanayinde 2.1956 ya yükselirken, hizmetler sektöründe ise 1.4834 ile olumlu sayılabilecek bir gelişme içerisinde değildir.

Bu durum, hizmetler sektörünün ekonomiye olan katkıları açısından ümit verici bir gelişme olarak değerlendirilemez. Bütün kalkınma planlarında, ekonomi içerisinde nisbi ağırlığı azaltılmaya çalışılan ve dolayısıyla fazlaca teşvik edilmeyen tarım sektörü bile 1.5508 birim gibi hizmetler sektöründen yüksek bir toplam gerisel bağlantı katsayısına ulaşmıştır. Bu noktada ülkemizde teşvik sisteminin gerisel bağıllık katsayılarına bakılmaksızın uygulandığı, dolayısıyla dengeli bir kalkınma planının bile sonuç itibarıyla dengesiz bir yapıya dönüşmesine yol açtığını, ifade edebiliyoruz.

Şüphesiz kalkınma planları sektörel bağıllıkları esas olarak oluşturulmaktadır. Girdi/çıktı analizi, bir tahminden öte sektörel teşviklerin ve sektörel önceliklerin belirlenmesinde bağlantı katsayılarını ortaya koymaktadır. Eğer sektörel gelişim, plan hedeflerine dolayısıyla sektörel bağıllık katsayılarına paralel bir gelişme ortaya koyamıyorsa, bu durum bir çelişkiyi ifade edecektir. Sektörel yapıdaki bu çelişkinin temel faktörü rant kollama faaliyetleridir. Zira herhangi bir sektör rant kollamada başarılı olabilirse, kalkınma planının hedefleri, sektörel bağıllıklarca belirlenen sektörel öncelikler, uygulamada herhangi bir anlam taşımayacaktır. Tıpkı sonraki bölümlerde ifade edeceğimiz hizmetler sektörü açısından plan hedeflerinin aşılması gibi. Gerisel bağıllık katsayıları açısından ortaya koyduğumuz bu yaklaşım, önsel bağıllıklar noktasında da geçerlilik taşımaktadır.

²⁵ Erden Öney. a.g.e., s. 135.

2. Önsel Bağlılıklar

Türkiye ekonomisinin 1990 yılı endüstrilerarası işlemler tablosundan oluşturulan çıktı katsayılarının ters matrisi Tablo 6'da aktarılmaktadır.

Tablo 6. Çıktı Katsayıları Ters Matrisi

Alan Sektör.	Veren Sektörler			
	Tarım	Madencilik	İmalat Sanayi	Hizmetler
Tarım	1.205748236	0.002909316245	0.458247855	0.1114267857
Madencilik	0.1409337138	1.015342150	2.943431577	0.5083023070
İmalat San.	0.07664728907	0.007551558704	1.646780057	0.2505462784
Hizmetler	0.05095425428	0.003871481084	0.2609136553	1.190647679

Kaynak: Tablo 3'den düzenlenmiştir.

Dikkat edilirse Tablo 6'da dört ana sektör yer almaktadır. Bir matrisin tersinin karesel matrisler için tanımlı olduğu hatırlanırsa, beş sektörden, satır elemanları sıfırdan oluştuğu için inşaat sektörünün çıkarılması gerekmektedir. Bu nedenle çıktı katsayıları ters matrisi de dört sektörden oluşturulmaktadır.

Sektörlerin önsel bağlılıkları doğrudan ve dolaylı olarak çıktı katsayıları ters matrisi ile düzenlenmektedir. Doğrudan önsel bağlılıklar çıktı katsayıları matrisinin sıra toplamlarıyla, meydana getirilmektedir.

Önsel bağlılık, herhangi bir sektördeki üretim faaliyetinin bazı yeni faaliyetlerde çıktısının kullanılması için girişimleri uyarmasını ifade etmektedir. Türkiye ekonomisinde sektörlerin önsel bağlantı katsayıları Tablo 7'de sunulmaktadır.

Tablo 7. Önsel Bağlantı Katsayıları, Türkiye 1990

Sektörler	Doğrudan Bağlantı	Doğ. ve Dolaylı Bağlantı	Dolaylı Bağlantı
Tarım	0.4172	1.7782	1.3610
Madencilik	1.9852	4.6079	2.6227
İmalat San.	0.6170	1.9806	1.3636
İnşaat	-	-	-
Hizmetler	0.3199	1.5062	1.1863

Kaynak: Tablo 3 ve Tablo 6'dan oluşturulmuştur.

Tablo 7'den de izlenebileceği gibi doğrudan önsel bağlılığı en yüksek olan sektör madencilik sektörü olurken, en düşük bağlantı etkisi hizmetler sektöründe görülmektedir. Hizmetler sektörü kendi çıktısının kullanılması için diğer sektörlerdeki gelişimi yeterince uyarma gücünden yoksundur. Madencilik sektörünün çıktısının bir birim artması toplam üretimin 1.9852 birim artmasına yol açmaktadır. İmalat sanayinin önsel bağlılığı ise 0.6170

birim olarak hesaplanmıştır. Bu rakamlar doğrudan etkileri ölçmekte, doğrudan ve dolaylı etkiler ise çıktı katsayıları ters matrisiyle ölçülmektedir.

Doğrudan ve dolaylı önsel bağlantı katsayılarına bakıldığında ise; en yüksek önsel bağlantı katsayısı 4.6079 birimle madencilik sektörüdür. Bu katsayı madencilik sektörünün diğer sektörlerle yönelen çıktı etkisinin güçlü olduğunu göstermektedir. Ama yinede önsel bağlantı katsayısı tek başına bir gösterge değildir. Bir sektörün önceliği, gerisel bağlantı katsayısına da paralel olarak belirlenmektedir.

Tüm sektörlerde nihai talep 1 birim arttığında madencilik sektörünün bu artışı karşılamak için üretimini 4.6079 birim arttırması gerekmektedir. Aynı şekilde, tüm sektörlerde nihai talep 1 birim arttığında, bu artışı karşılamak için imalat sanayinin üretimini 1.9806 birim arttırması söz konusudur. Parasal değer olarak ifade etmek gerekirse tüm sektörlerde üretimin 1 milyar TL'si artması, imalat sanayinde üretimin 1.980 milyon TL artmasını sağlamaktadır.

Önsel bağlılık katsayısı hizmetler sektörü açısından, gerisel bağlılık katsayılarında olduğu gibi düşüktür. Ekonomide nihai talep 1 milyar TL'si arttığı zaman bu artışı karşılamak için hizmetler sektörü üretimini 1.506 milyon TL arttırmak durumunda olacaktır. Bu oran diğer sektörlerin katsayılarından daha küçüktür. Hatta hizmetler sektörünün önsel bağlılığı, gerisel bağlılığından daha düşüktür. Bu durum hizmetler sektörünün reel üretimden kopuk ve genelde üretken olmayan faaliyetler olarak nitelendirilmesini haklı çıkarmaktadır.

Ancak hizmetler sektörünün yer almadığı bir ekonomik yapı düşünülmemeyeceğine göre, önemli olan nokta bu sektörün yapı içerisindeki ağırlığını ve öncelik sırasını belirleyebilmektedir. Hizmetler sektörünün açılımına bakıldığında, pek çok alt sektörün, örneğin, ticaret, mali kurumlar ve turizm gibi, ekonomi içerisinde vazgeçilemez bir niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu sektörlerin ortak özelliği ise faydalı bir parazite benzemeleridir. Dengeli büyümeleri durumunda ekonominin bünyesinde olumlu gelişmelere yol açarken, aşırı genişlemeleri ekonomik yapıyı tam tersine bozmaktadır. Bankacılık ve mali kurumların gelişmesi, ekonomik faaliyetler açısından önemli olmakta ancak spekülasyon kazanç ve rant avcılığını da beraberinde getirmektedir. Benzer bir etki turizm sektörü içinde geçerlidir. Bu sektör ise istikrarlı bir gelişme sağlamaktan uzaktır.

A. Rant Kollamanın Plan hedeflerinden Saptırıcı Etkileri

Günümüzde hangi ekonomik sistem içerisinde olursa olsun pek çok ülke planlamayı benimsemiştir. Bu noktada önemli olan gerek kamu gerekse özel sektörler açısından plan hedeflerinin gerçekleştirilebilmesidir.

Bireysel yada örgütlü rant kollama faaliyetleri genellikle üretken olmayan ve kısa sürede gelir sağlayan sektörler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Çıkar ve baskı gruplarının, plan hedeflerini dikkate almaksızın, iktidarlar üzerinde oluşturdukları baskılar, spekülâtif bazı sektörlerin (konut, turizm, ticaret, mali kurumlar gibi) aşırı ölçüde genişlemeleriyle sonuçlanmaktadır. Bu durum doğal olarak kalkınma planlarının olumlu fonksiyonlarını tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Bu noktada, ülkemizde oluşturulan kalkınma planları, uygulama sonuçları dikkate alındığında, dengesiz bir kaynak dağılımına sebebiyet vermektedir. Siyasi açıdan güçlü hükümetlerin oluşturulamaması rant kollama faaliyetlerini artırmakta ve her geçen dönem plan hedeflerinde önemli sayılabilecek sapmalar gerçekleşmektedir.

Bir önceki bölümde sektörel üretime ve yatırımların sektörel dağılımına ilişkin plan hedefleri ortaya konmuştur. Bu bölümde ise gerçekleşme oranları ve plan hedefleri arasındaki sapmalar, iki gösterge üzerinde ifade edilebilir. Tablo 8'de; dört plan döneminde hedeflenen sektörel üretim gelişmesi ile gerçekleşen sektörel üretim yapısı ortaya konarak, sapmalar belirlenmektedir.

Tablo 8. Üretimin Sektörel Dağılımında Sapmalar (Yüzde Olarak)

Plan Dön.	IV. Plan			V. Plan			VI. Plan			VII. Plan ⁽¹⁾		
	Sektör	Hed.	Ger ⁽²⁾	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.
Tarım	17,1	15,8	1,3	13,7	13,2	0,2	11,4	12,4	-1,0	11,2	10,7	0,5
Sanayi	45,9	47,8	1,9	50,0	42,5	-7,5	49,2	41,8	7,4	43,6	43,7	0,1
Hizmet	37,0	36,4	-0,6	36,3	40,1	-3,8	39,4	45,8	-6,4	45,2	45,6	-0,4

Kaynak: BYKP, IV-V-VI-VII'den hesaplanmıştır.

(1) Gerçekleşme Tahmini

(2) Bir Sonraki plan döneminin başlangıç hedefi

Plan hedeflerinden oluşan sapmaların, istatistiki veri farklılıklarından kaynaklanmaması için gerçekleşme oranları her bir plan dönemi açısından, bir sonraki planın başlangıç yılı için öngörülen yüzde payları ifade etmektedir. Tüm veriler, Resmi Gazete kaynaklı kalkınma planlarından alınmaktadır. Bu şekilde, kalkınma planlarının içsel tutarlılığı bozulmadan sapmalar belirlenmektedir. Ayrıca sektörlerin hedeflenen değişimlerine bakılarak negatif veya pozitif gelişme farkı olarak ifade edilmektedir. Örneğin; kalkınma planlarında tarım sektörünün nisbi payının azaltılması hedeflendiğinden azalma yönündeki sapma pozitif olarak kabul edilmektedir. Matematiksel işaretler, iktisadi açıdan yorumlanmaya çalışılmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Türkiye’de V. ve VI. BYKP dönemlerinde sektörel yapı gelişim hedeflerinden olumsuz yönde önemli sapmalar söz konusudur. Örneğin; V. BYKP’ında, sektörel payının artırılması gereken sanayi sektörü yüzde 7,5 oranında azalma yönünde negatif bir sapma gösterirken, sektörel payı diğer sektörlerdeki sektörlerdeki gelişmelerle paralellik göstermesi gereken hizmetler sektörü artma yönünde (ters) bir sapma (3,8) ortaya koymaktadır.

Sapmaların V. ve VI. BYKP’larında yoğunlaşması 1985 ile 1994 yılları arasında, sektörel yapının olumsuz bir değişim gösterdiğini ispatlamaktadır. Dikkat edilirse; 1985-1994 dönemi rant kollama faaliyetlerinin, teşvik uygulamalarının ve spekülative amaçlı yatırımlarının en yoğun olarak yaşandığı dönemdir. Zira bu dönemde, girişimci bir grup oluşturulmuş ve yoğun teşviklerle desteklenmiştir. Hayali ihracat, hayali yatırım, banker krizleri bu dönemi simgeleyen önemli deyimler olarak hatırlanmaktadır. Sektörel yapıda hizmetler sektörü lehine yaşanan bu gelişmeler bir tesadüf olarak değil, rant kollama faaliyetlerinin bir sonucu şeklinde değerlendirilmelidir.

Üretimin sektörel yapısında yaşanan bu gelişmelerin benzeri sabit sermaye yatırımlarının değişiminde de gözlenebilmektedir.

Tablo 9. Sabit Sermaye Yatırımlarının Sektörel Paylarında Plan Hedeflerinden Sapmalar (Yüzde Olarak)

Planlar	IV. Plan			V. Plan			VI. Plan			VII. Plan ¹		
	He-def	Ger.	Sap-	He-def	Ger.	Sap-ma	He-def	Ger.	Sap-ma	He-def	Ger ²	Sapma
Tarım	12,2	10,0	2,2	11,3	7,2	4,1	7,9	5,1	2,8	5,5	-	-
Maden.	6,1	5,3	-0,8	6,1	3,8	-2,3	3,4	1,7	-1,7	1,1	-	-
İmalat Sa.	27,4	25,6	-1,8	20,9	17,5	-3,4	0,0	19,8	-0,2	22,1	-	-
Enerji	10,6	15,2	4,6	14,8	13,3	-1,0	10,8	5,5	-5,3	8,7	-	-
Ulaş-Hab.	16,3	17,9	-1,6	18,5	21,9	-3,4	9,2	21,6	-2,4	20,3	-	-
Turizm	1,2	0,6	0,6	0,8	2,8	-2,0	4,4	2,9	1,5	3,6	-	-
Konut	14,6	15,8	-1,2	15,2	20,7	-5,5	21,5	32,3	-10,8	24,0	-	-
Eğitim	4,8	2,3	-2,5	2,3	2,8	0,3	3,5	2,6	-0,9	4,2	-	-
Sağlık	1,4	1,0	-0,4	1,0	1,0	-	1,5	1,8	0,3	2,4	-	-
Diğer Hiz	5,5	5,9	-0,4	8,7	8,5	0,2	7,4	6,7	-0,7	7,9	-	-

Kaynak: BYKP, IV-V-VI-VII’den derlenmiştir.

(1) Plan hedefleri, GSMH Büyümesi= 7,1 olarak alındığında geçerlidir.

(2) Plan dönemi henüz sona ermemiştir.

Tablo 9’da da, plan hedeflerinden sapmaların V ve VI plan dönemlerinde, özellikle hizmetler sektöründen dengesiz bir yapıya yol aç-

cak bir şekilde oluştuğu görülebilmektedir. 1985-1994 zaman diliminde sabit sermaye yatırımlarının sektörel dağılımında; ulaştırma-haberleşme, turizm ve konut gibi alt hizmet sektörleri kalkınma planlarının hedeflediği oranlardan büyük ölçüde sapsmış ve dengesiz bir sektörel yapının oluşumuna zemin hazırlamıştır. Dolayısıyla her iki gösterge açısından da sapmaların hizmet sektörlerinde yoğunlaşması, rant kollama faaliyetlerinin bu sektörde daha etkili olduğunu ifade etmektedir. Bu sektörün temel niteliği de bilindiği gibi spekülatif ve rant gelirlerini kapsamasıdır.

Sonuç olarak; rant kollama faaliyetleri hizmetler sektörü üzerinde fazlasıyla etkili olurken, sektörel yapıyı bu sektör lehine ama ekonomik kalkınma aleyhine bozmaktadır. Ekonomik kalkınmanın dengeli kalkınma planlarına sıkı sıkıya bağlı olduğu ve sektörel yapının tutarlı gelişimini öngördüğü düşünülürse, tek çözüm rant kollamaya yönelik doğrudan üretken olmayan faaliyetlerin en aza indirgenmesi olacaktır. Bu noktada, plan hedeflerine bağlı kalacak şekilde ekonomi politikalarının uygulanması önem kazanmaktadır. Bunu sağlayacak olan ise, baskıları dikkate almayacak istikrarlı bir siyasi iktidardır. Ancak bu şekilde, çıkar ve baskı gruplarının ekonomi yönetimi üzerindeki etkileri azaltılabilecek, daha doğrusu bu etkili ekonomik kalkınma doğrultusuna çevrilebilecektir. Aksi takdirde, sektörel yapı sürekli olarak hizmetler sektörü lehine genişlemeye devam edecektir. Bu dengesizlik ise, ekonometrik model denemesinde ifade edileceği gibi, büyüme hızını sektörel dağılım açısından olumsuz yönde etkileyecektir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Rant kollama; kişilerin veya baskı ve çıkar gruplarının, devlet tarafından suni olarak yaratılan ekonomik transferleri elde etmek için giriştikleri faaliyetler ve bu amaçla yapmış oldukları harcamaları ifade eden bir kavramdır. Bu tanımda en önemli nokta; faaliyetlerin suni olarak yaratılan rantlar açısından söz konusu olmasıdır. Zira piyasa hareketleri neticesinde oluşan rantlar, ekonomik faaliyetlerin düzenleyici unsurudur. Dolayısıyla ekonomik rantları elde etmeye yönelik çabalar, rant kollama olarak ifade edilemez. Bir faaliyetin rant kollama kapsamında yer alabilmesi için, devlet tarafından yapay bir müdahaleyle veya bir hükümet düzenlemesiyle, belirli çevrelere ayrıcalık ve gelir fırsatının yaratılmış olması gerekmektedir. İşte yaratılan bu gelir transferini ele geçirmeye yönelik çaba ve harcamalar, rant kollama olarak ifade edilmektedirler.

Rant kollama faaliyetleri toplum açısından çok farklı maliyetleri içeriyor olsa bile, en önemlisi, ekonomik kalkınmanın önünde görünmez bir set oluşturmasıdır. Görünmez olarak nitelendirmemizin sebebi; rant kollama faaliyetlerinin ekonomi içerisinde varlığı bilinse de, ölçülmesi ve bütün bo-
yutlarıyla ortaya konmasının imkansız olmasıdır.

Rant kollamanın ekonomik maliyetleri, değişik başlıklar altında ifade ediliyor olsa bile sonuç olarak ekonomik kalkınmayı engellemesidir. Öncelikle rant kollama; sektörel yapıyı bozmaktadır. Oysa, ekonomik kalkınma sektörel yapı gelişimine fazlasıyla bağlıdır. Ülkemizde, rant kollama faaliyetleri, sektörel yapıyı bozmuş ve ekonomik kalkınmanın öngördüğü hedeflerden sapılmasına yol açmıştır. Hizmetler sektörünün dengesiz geliştiği, genel kabul gören bir yaklaşım olsa bile, sebepleri eksik ifade edilmiş, bu dengesizliğin rant kollama faaliyetlerinden kaynaklandığı dikkate alınmamıştır. Sektörel yapıda meydana gelen bozulmanın, önemli ölçüde rant kollama faaliyetlerinden kaynaklandığı iddia edilebilir.

1985-1995 yılları arasında ülkemizde özellikle “teşvik kollama” türü rant kollama faaliyetleri söz konusudur. Hayali ihracat ve hayali yatırım kavramları, iktisat sözlüğüne bu dönemde kazandırılmıştır. Teşvik kollama türü faaliyetlerin en olumsuz sonucu, sektörel yapı üzerinde ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde ekonomik kalkınma, dolayısıyla sektörel gelişim, beşer yıllık dönemleri kapsayan kalkınma planlarıyla belirlenmektedir. Türkiye’de bugüne kadar hazırlanan ve uygulanan yedi ayrı kalkınma planının temel özelliği; sektörel yapının dengeli gelişimine öncelik veren bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır. Her bir plan açısından başlıca amaç; tarım sektörünün içerisinde nisbî payının azaltılması, sanayi sektörünün ağırlığının artırılması ekonomi ve hizmetler sektörünün ise, sanayi sektöründeki artışa paralel olarak geliştirilmesidir. Ancak sonuçlar dikkate alındığında, sanayi sektöründe büyüme hedefinin gerçekleştirilmediği, aksine hizmetler sektöründe, plan hedeflerinden uzaklaşılarak, aşırı bir genişleme olduğu görülmektedir.

Hizmetler sektöründe yaşanan dengesiz büyümenin en önemli sebebi, rant kollama faaliyetleridir. Bağlılık katsayıları düşük olan, bu nedenle kalkınma planlarında öncelikle teşvik edilecek bir sektör olmamasına karşın, hizmetler sektörü özellikle 1985-1995 döneminde teşvik uygulamalarından en yoğun faydalanan sektördür. Bu sektörde, faaliyetlerin pek çoğu, ticaret, turizm, mali kurumlar, konut gibi doğrudan üretici faaliyetler olmayıp, kısa sürede yüksek kâr sağlayan girişimlerdir. Dolayısıyla kaynaklar, üretim sürecinde değil, daha çok üretim dışı faaliyetlerde fazlasıyla kullanılabilir. Bu özelliği ile hizmetler sektörü, rant kollama faaliyetlerinin en yoğun yaşandığı sektör olmaktadır. Teşvik belgelerinin dağılımında aldığı yüksek oranlı pay, bu ifadenin doğruluğunu ortaya koymaktadır.

Sektörel yapının, hizmetler sektörü lehine, rant kollamadan kaynaklanan dengesiz gelişimi, sadece, kalkınma planlarında öngörülen sektörel gelişim hedeflerine sıkı sıkıya bağlı kalınmasıyla önlenebilecektir. Bu noktada, önerilerimiz çoğunlukla ekonomi-politika bağlılığı içerisinde değerlendirilmektedir. Öncelikle, özelleştirme programlarında tekelleşmeye yol açacak

uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Büyük sermaye gruplarının kendi faaliyet alanlarında üretim yapan K.İ.T.'leri satın alarak, tekelleşmeleri söz konusu olabilmektedir. Bunun önlenmesine yönelik özelleştirme uygulaması, sermayenin tabana yayılması suretiyle yapılacak bir özelleştirme- dir. Diğer taraftan firmalar hükümet üzerinde baskı kurmak suretiyle ayrıcalık tanınması yönünde girişimlerde de bulunmaktadır.

Türkiye'nin ekonomik kalkınmasına yönelik plan uygulamaları, pek çok alanda teşvik politikalarını gerekli kılmaktadır. Bu noktada teşviklerden vazgeçilemeyeceği düşünülürse önemli olan, sektörel yapı gelişimi dikkate alınarak teşviklerin dağılımının belirlenmesidir. Öncelikle, ihracat teşvikleri nihaî aşamada verilen ve ekonomiye geri dönüşü garanti olmayan teşvikler- dir. Oysa yatırım teşvikleri, başlangıç aşamasında sağlanan ve belirli bir dönem sonunda üretim sürecine katılacak kaynaklardan oluşmaktadır. Dolayısıyla yatırım teşvikleri, hem denetimi kolay, hem de ekonomiye katkısı bakımından daha etkilidir. Teşvik uygulamalarının sektörel bağlılık katsayıla- rını ve plan hedeflerini esas alarak gerçekleştirilmesi önem taşımaktadır. Ayrıca politik müdahalelerin en aza indirgenmesi ve verilen teşviklerin her aşamada denetlenmesi, teşviklerden beklenen ekonomik gelişmenin sağlana- bilmesi açısından oldukça önemlidir.

Rant kollamanın suni rantlar için geçerli olduğu ortadadır. Suni rantla- rın devlet tarafından oluşturulduğu düşünülürse, ekonomide devletin ağırlı- ğının azaltılması ve belirlenecek asli fonksiyonlarına dönmesi kaçınılmaz çözümdür. Ekonomide devletin küçültülmesi, toplumsal alanda devlet tara- fından üstlenilen görevlerin yerine getirilmesini kolaylaştıracaktır. Devletin fonksiyonları, rant yaratmak ve rant dağıtmaktan arındırılmalı, bunu sağla- yabilmek için de; teşvikler politik olarak değil ekonomik kriterler dikkate alınarak verilmelidir.

Genel olarak, çıkar ve baskı gruplarının rant kollama faaliyetleriyle, plan hedeflerini saptırması engellenmelidir. Çıkar ve baskı gruplarının, ya- saların izin verdiği faaliyetleri dışında kalan girişimler, te'elleşmeler, siyasî ve idarî kurumlar üzerindeki baskıları en aza indirilmelidir. Mesleki, teknik, sosyal organizasyonların, tüzüklerinde gösterilen amaçlarının dışında faaliyet göstermelerine uygun bir ortam oluşturulmamalıdır.

Tüm bu önlemler, ekonomi, hukuk, politika üçgeni içerisinde uygula- ma imkanına sahip önerilerdir. Dolayısıyla rant kollama faaliyetleri, toplu- mun bütününe ilgilendiren ve bu nedenle toplumsal uzlaşmayla ortadan kal- dırılabilir faaliyetlerdir. Ekonomik kalkınma, rant kollama faaliyetlerin- den yeterince arındırılmış, istikrarlı, gerçekçi ve planlı ekonomi politikala- rıyla mümkün olabilecektir.

HİZMET SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN EKONOMİK SEBEPLERLE FESHİ

Dr. N. Binnur TULUKÇU (*)

I-KARAR METNİ

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 1998/7

KARAR NO : 1998/2241

TARİHİ : 19.02.1998

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukat tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce yapılan inceleme sonucu düzenlenen soruşturma evrakında, toplanan diğer delillere göre taraflar arasında ücret zammı konusunda bir uyuşmazlık çıktığı, davacı işçinin yüksek oranda zaman yapılması isteği davalı işveren tarafından kabul edilmediği, tartışmalar sırasında da işverenin davacıya ve diğer işlere hitaben daha fazla zam yapmayacağını, isteyen buna göre çalışabileceğini bu konuda işçilerin serbest olduğunu bildirmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının hizmet sözleşmesini feshettiği sonucuna varılamaz. Davacının işverenin olumsuz tutumu sonucu kendisinin sözleşmeyi feshettiği kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı isteği reddedilmelidir. Aksine düşünceyle yazılı şekilde bu tazminat isteklerinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 19.02.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Karar metni Tekstil İşveren, S.243, Mart 2000, s.20 'de yayınlanmıştır)

II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Olayda işveren ile işçiler arasında ücret zammı ile ilgili olarak yapılan tartışmada, işveren işçilere daha fazla zam yapamayacağını ve çalışıp çalışmama konusunda serbest olduklarını bildirmiştir. Bu beyanın sonucu olarak davacı işçi hizmet sözleşmelerinin işverence feshedildiği sonucuna

* S.Ü. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

vararak, ihbar ve kıdem tazminatı yıllık izin ücreti ile ücret alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Kararın değerlendirilmesinde öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliğinin belirlenmesi gerekir. İş uyuşmazlıkları işçi ile işveren arasında mevzuat, toplu iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ile taraflara sağlanan hakların uygulanmamasından veya eksik uygulanmasından veya bu haklara ilişkin bir hükmün yorumlanmasından veya mevcut hakların değiştirilmesi veya yeni haklar ihdas edilmesi için çıkan uyuşmazlıklardır⁽¹⁾. İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar, çeşitli ayrımlara tabidir. Bunlar, hak ve menfaat uyuşmazlıkları ile bireysel ve toplu iş uyuşmazlıkları ayrımlarıdır⁽²⁾.

Hak uyuşmazlığı, işçi ve işveren ilişkilerinde taraflardan birinin, diğerinin mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ihlal etmesi veya uygulamaması sebebiyle meydana gelen uyuşmazlığı ifade eder. Bir diğer ifade ile, mevcut haklara ilişkin olarak, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara hak uyuşmazlığı denir. Menfaat uyuşmazlığı ise, toplu iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya mevzuat ile sağlanan hakların üzerinde yeni haklar sağlanması, mevcut hakların değiştirilmesi veya yeni haklar meydana getirilmesi nedeniyle ortaya çıkan iş uyuşmazlığıdır.

İş uyuşmazlıkları, uyuşmazlığın tarafları esas alınmak suretiyle, bireysel iş uyuşmazlığı ve toplu iş uyuşmazlığı ayrımına tabii tutulur. Bireysel iş uyuşmazlıkları, işçi ve işveren arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır⁽³⁾.

Bu tanımlardan hareketle, karara konu olan olaydaki uyuşmazlık, bireysel menfaat uyuşmazlığıdır. Türk hukukunda menfaat uyuşmazlıklarının bireysel uyuşmazlıklara konu olup olamayacağı konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bireysel iş uyuşmazlıklarının hizmet sözleşmesinden veya mevzuattan kaynaklanabileceğini belirtmek suretiyle, bireysel iş uyuşmazlıklarını

(1) Haluk Hadi SÜMER, Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991, s.535; Nurhan SÜRAL, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Ankara 1982, s.1-4; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 14.Bası, İstanbul 1998, 495.

(2) ÇELİK, s.495, Turhan ESENER, İş Hukuku, 3, B, Ankara 1978, s.540; SÜMER, s.535; SÜRAL, s.5, 6.

(3) ÇELİK, s.496, ESENER, s.541; SÜMER, s.537-538; SÜRAL, s.9 vd. Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.459; Adil İZVEREN, İş Hukuku, C.1,2,3, Ankara 1974, s.381; z Fatih M. GÜMÜŞ, Türk Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972, s.164.

hak uyuşmazlıkları ile sınırlandırmaktadır⁽⁴⁾. İZVEREN, açık olarak menfaat uyuşmazlıklarının bireysel iş uyuşmazlıklarına konu olamayacağını belirtmektedir⁽⁵⁾. Karşı görüşte olan yazarlar ise, hem hak uyuşmazlıklarının hem de menfaat uyuşmazlıklarının bireysel iş uyuşmazlıklarına konu olabileceğini ileri sürmektedirler⁽⁶⁾.

Kanaatimizce, menfaat uyuşmazlıkları, hak uyuşmazlıkları gibi bireysel uyuşmazlıklarına konu olabilir. Nitekim olayda işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık hizmet ilişkisinden kaynaklanmakta ve ücrete ilişkin mevcut hakkın yeniden düzenlenmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak teorik açıdan, bireysel menfaat uyuşmazlığı söz konusu olmasına rağmen, bu tür uyuşmazlıklarda toplu menfaat uyuşmazlıkları için öngörülen barışçı çözüm yollarının uygulanması mümkün değildir. Nitekim işçinin bu uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurması veya toplu menfaat uyuşmazlığı haline dönüştürmesi imkansızdır⁽⁷⁾. İş mahkemelerinin görev alanını belirleyen İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi de bireysel iş uyuşmazlıklarını sadece bireysel hak uyuşmazlıkları açısından ele almıştır⁽⁸⁾.

Bireysel menfaat uyuşmazlıklarının niteliği itibariyle yargı yoluyla çözümü mümkün olmadığı gibi, işçinin bu durumda grev, işi yavaşlatma gibi mücadeleci çözüm yollarına başvurması da söz konusu olamaz. Aksi halde işveren hizmet sözleşmesini haklı sebeple (bildirimsiz) feshedebilir⁽⁹⁾. Bu durumda işçinin sadece hizmet sözleşmesi yapmama veya yenilememe veya usulüne uygun bir şekilde hizmet sözleşmesini sona erdirmeye hakkı vardır⁽¹⁰⁾.

Bu açıklamaların ışığı altında olaydaki uyuşmazlık bir bireysel menfaat uyuşmazlığıdır ve işçinin başvurabileceği tek yol hizmet sözleşmesini yenilememe veya usulüne uygun bir şekilde sona erdirmedir. Dolayısıyla olayda işverenin daha fazla zam yapamayacağını, buna göre işçilerin çalışıp çalışmama konusunda serbest olduklarını bildirmesi, hizmet sözleşmesinin işverence feshedildiği sonucunu doğurmaz. Bu durumda, işçi sadece sözleşmeyi yenilemeyebilir veya usulüne uygun bir şekilde sona erdirebilir.

(4) Nuri ÇELİK, İş Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, s.3; Kenan TUNÇOMAĞ, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaştırma ve Tahkim, İstanbul 1973, s.3; ESENER, s.548.

(5) İZVEREN, s.380.

(6) Kemal OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, C. 1, 4. B., İstanbul 1986, s.112; Metin KUTAL, Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Barışçı Yollarla Çözümlemesi, Sosyal Siyaset Konferansları, 19.K., İstanbul 1968, s.221; SÜRAL, s.9; SÜMER, s.538.

(7) SÜRAL, s.9.

(8) İş mahkemeleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, İş Yargılaması, İHFM, C. XLII, S.1-4, İstanbul 1976, s.400 vd.

(9) OĞUZMAN, s.112; SÜRAL, s.9; SÜMER, s.538.

(10) KUTAL, s.221; OĞUZMAN, s.112; SÜRAL, s.9.

2- Olayda tartışılması gereken bir diğer nokta ise, fesih beyanında bulunan tarafın belirlenmesi hususudur. Daha önce belirttiğimiz gibi aradaki uyuşmazlık, bireysel menfaat uyuşmazlığı olduğu için, işçinin yargı yoluna veya mücadelecî çözüm yollarına başvurması mümkün değildir. Sadece sözleşmeyi usulüne uygun bir şekilde sona erdirebilir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi sözkonusu olayda, işverenin hizmet sözleşmesini feshettiği sonucuna varılamayacağını, işverenin olumsuz tutumu karşısında işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiğini ve böylece tazminat isteklerinin reddinin gerektiğini kabul etmiştir. Hizmet sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmiş olması farklı hukuki sonuçlar doğurur bu sebeple kararda sözleşmeyi sona erdiren tarafın doğru olarak belirlenmesi gerekir.

Fesih beyanı sözkonusu olayda olduğu gibi açık ve belirgin bir biçimde olmayabilir. Nitekim bazen tarafların davranışlarından da sözleşmeyi fesih beyanı anlaşılabilir. Doktrinde olayın özeliğine ve şartlarına göre fesih niyetinin yeteri derecede açıklandığı ve güven teorisine göre muhatabın bu davranışının feshe ilişkin bir irade olarak yorumlandığı hallerde fesih beyanının yapıldığı kabul edilmektedir⁽¹¹⁾. Ancak kararda işverenin daha fazla ücret zammı yapamayacağını, işçilerin çalışma konusunda serbest olduğunu bildirmesi, sözleşmenin işverence feshedildiği sonucunu sağlamaz. Buradaki beyan, bir fesih beyanı değildir. Nitekim irade hürriyetinin bir sonucu olarak işçi, hiçbir suretle, menfaati yoksa yapmış olduğu bir hizmet sözleşmesi ile bağlı kalmak zorunda değildir. Sona erdirme serbestisi, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin tabii sonucudur. Nasıl ki, işçi hür irade ile sözleşmeyi dilediği şekil ve muhtevada yapmaya karar vermişse, dilediği zaman da ortadan kaldırmaya karar verebilir. Ancak, sona erdiren taraf, bunun hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır⁽¹²⁾.

İşveren olayda işçiye sona erdirme serbestisinin bulunduğunu, şayet sona erdirmezse mevcut şartlarla çalışmaya devam edebileceğini ifade etmiştir. Bunun üzerine işçinin işten ayrılması halinde, sözleşmenin işveren tarafından değil; işçi tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi gerekir.

3- Olayda işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı meselesinin çözümü, işçinin sözleşmeyi hangi fesih türü ile feshettiğine göre farklılık gösterir. Nitekim, işçinin hizmet sözleşmesini İş

(11) Kemal OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akinin Feshi, İstanbul 1955, s.170-171; EKONOMİ, s.166-167; NARMANLIOĞLU, s.250; TUNÇOMAĞ, s.201; Haluk Hadi SÜMER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.93-94.

(12) N. Binnur TULUKÇU, İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Konya 2000, zs.14-15; NARMANLIOĞLU, s.225; ESENER, s.214; EKONOMİ, s.162; Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5.B., Ankara 1983, s.76 vd.

K.md.16/II,d'ye göre haklı sebeple (bildirimsiz) feshettiği ileri sürülebilir. Bu maddeye göre işçi, "işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya iş şartları gereğince hesap edilmez veya ödenmezse" sözleşmeyi bildirimsiz olarak derhal feshedebilir. Bu konuda, işverenin işçinin ücretini kanun veya sözleşme hükümleri gereğince hesap etmemesi veya ücreti eksik yahut geç ödemesi veya hiç ödememesi de, işçi açısından bir haklı neden olarak kabul edilir⁽¹³⁾. Yani burada ödenmesi gereken ücret bir şekilde belirlenmiştir. Ancak olayda işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık ücret zammına ilişkindir ve bir "menfaat uyuşmazlığı" sözkonusu olmaktadır. Yoksa uyuşmazlık, sözleşme ile belirlenmiş bir ücretin işçiye ödenmemesine ilişkin değildir. Bu durumda işçinin sözleşmeyi İş K.md.16/II,d'ye göre feshetmesi imkansızdır.

İşçi sözleşmeyi ancak İş K.md.13'e dayanarak bildirimli olarak feshedebilir. Bildirimli fesih, "süresi belli olmayan sürekli hizmet akitlerinde" başvurulabilen ve sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona erdiren irade beyanıdır (İş.K.md.13). Bildirimli fesihte taraflar sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda tam bir serbestliğe sahiptirler⁽¹⁴⁾. Nitekim hizmet sözleşmesinin tarafları bildirimli fesih hakkını kullanılırken, karşı tarafa herhangi bir neden bildirmek zorunda olmadığı gibi bildirimli feshi gerektirecek haklı bir nedenin bulunması da zorunlu değildir⁽¹⁵⁾. Böylece olayda işçinin hizmet sözleşmesini İş.K.md.13'e göre feshettiğini kabul etmemiz gerekmektedir.

Hizmet sözleşmesini haklı bir sebebe dayanmadan fesheden işçinin işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilme hakkı yoktur⁽¹⁶⁾. Zira ihbar tazminatı ancak sözleşmesi usulsüz feshedilen tarafça istenebilen bir tazminattır (İş K.md.13/C). Hizmet sözleşmesini İş K.md.13'e göre fesheden taraf ayrıca kıdem tazminatına da hak kazanamaz (İş K.md.14).

III- SONUÇ

Ücret zammı konusunda çıkan tartışmalarda işverenin daha fazla zam yapamayacağını ve işçilerin çalışıp çalışmama konusunda serbest olduklarını bildirmesi, işçi ve işveren arasında, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bireysel menfaat uyuşmazlığıdır. Bireysel menfaat uyuşmazlıklarının yargı yoluyla çözümü mümkün değildir. Ancak taraflardan biri sözleşmeyi usulüne uygun olarak sona erdirebilir.

(13) Kenan TUNÇOMAĞ / Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 2.B., İstanbul 1999, s.194, Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 2.B., İzmir 1994, s.293.

(14) Münir EKONOMİ, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.186.

(16) EKONOMİ, s.186-187; NARMANLIOĞLU, s.279.

(17) TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.212-213.

Olayda işverenin ifadesinden sözleşmeyi feshettiği sonucu çıkarılmaz. İşverenin daha fazla ücret zammı yapmayacağını ve isteyen kişinin çalışmaya devam edeceğini söylemesinden sonra işçinin işini bırakması, sözleşmenin işçi tarafından ekonomik sebeplerle İş K.md.13'e göre feshedildiğinin kabulü gerekir. Bu da işçiye ihbar ve kıdem tazminatı talep etme hakkı vermez.

Yerel mahkemenin işçinin kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini kısmen hüküm altına alması hatalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, işçinin sözleşmeyi feshettiğini kabul ederek, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerini reddetmesi yerindedir.

KARAR İNCELEMESİ
ÇIRAKLIK SÖZLEŞMESİ-KIDEM TAZMİNATI

Yrd.Doç.Dr. M. Fatih UŞAN (*)

"Çıracılık ve Meslek Eğitimi Kanunu'nun uygulandığı yer ve meslek alanlarında Borçlar Kanunu'nun çıracılık sözleşmesine ilişkin kuralları ile 18 yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi süren çıracılar hakkında 1475 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmaz".

Yarg. 9.HD., 7.4.1997 t. ve E.1997/1039, K.1997/6734, (İşveren Dergisi, C.XXXV, S.10, Temmuz 1997, s.16'da yayımlanmıştır).

YARGITAY KARARI:

DAVA: Davacı, kıdem tazminatının 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 bakiye kıdem tazminatı istemiştir,

Davalı, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme davayı kısmen kabul etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı, davalı Bakanlığa bağlı fabrikada çalıştırılan Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık aylığı almak için emekli olmuştur. Davacı bu davayı açarak çıracılık okulunda geçen çıracılık süresinin kıdem tazminatına dahil edilmesini istemiştir.

Çıracılık okulunda geçen süre hizmet akdine dayalı olarak geçmemiştir. Gerçekten 3308 sayılı Çıracılık ve Meslek Eğitimi Kanunu'nun 13/son maddesinde bu kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında Borçlar Kanunu'nun çıracılık sözleşmesine ilişkin kuralları ile on sekiz yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi süren çıracılar hakkında 1475 sayılı İş Kanunu kuralları uygulanmaz. Bu hukuksal olgulara göre açılan davanın reddi gerekirken aksine düşüncelerle kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA** 07.04.1997 gününde oybiligiyle karar verildi.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Bahse konu Yargıtay kararı, hizmet sözleşmesinin Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK) hükümleri çerçevesinde yaşlılık aylığına hak kazanılması nedeniyle sona erdirilmesinde çıraklık sözleşmesi esaslarına göre çıraklık okulunda geçirilen sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgilidir.

II. Davalı bir Bakanlığa bağlı fabrikada çalışırken SSK'ya göre emekli olmuştur. Bu arada, ilgili Kurumdan da çalıştığı sürelerle ilişkin olarak kıdem tazminatı talep etmiş ve çıraklık okulunda geçen sürelerin de kıdem süresinde dikkate alınmasını istemiştir.

Yerel Mahkeme isteği kısmen kabul etmiştir.

Yargıtay da, çıraklık okulunda geçen sürelerin hizmet akdine dayalı olarak geçmemesinden hareketle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

III. Yargıtay Kararına konu olan olayda sorun, çıraklık okulunda geçirilen sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Bunun için öncelikle çıraklık sözleşmesinin Hukukumuzdaki düzenlenmesine bir bakmak gerekir. Zira, bu düzenlemenin varlığına göre de, değişik sonuçlara ulaşmak mümkündür.

Çıraklık sözleşmesi, işverenin belirli bir meslek ve sanatı çırağa öğretmesi ve çırağın çalışması halinde ücret ödemesi taahhüdüne karşılık, çırağın da bu mesleği öğrenmesi, kendisine verilen görevleri yerine getirmesi ve işyeri disiplinine uyması taahhüdünü içeren bir sözleşmedir (1).

Türk Hukukunda üç tür çırak bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Borçlar Kanununa tabi olan çıraklardır. Diğeri, çıraklık alanında özel Kanun olan Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa tabi olan çıraklardır. Üçüncüsü de, gerçekte Borçlar Kanununa tabi olmakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamaları nedeniyle haklarında İş Kanunu hükümleri uygulanan çıraklardır (İş K.m.5/b.6) (2).

Olayımızda, kişinin hangi tür çıraklık sözleşmesi ile çalıştığı ve hangi Kanuna tabi bulunduğu dair bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, Karar

1 UŞAN, M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s.43.

2 Çıraklıkla ilgili geniş bilgi için bkz. UŞAN, s.1 vd.; UŞAN, M. Fatih, 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununun Çıraklık Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Uygulamada Ortaya Çıkan Aksaklıkları ve Çözüm Önerileri, Çimento İşveren, C.8, S.2, Mart 1994, s.9 vd.; ARSLAN, Ali, Çıraklık Hukuku ve Mevzuatı, İzmir 1988., s.1 vd.; EŞMELİOĞLU, İbrahim/BAYAZIT, Sancar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşletmelerde Çıraklık ve Meslek Eğitimi Uygulamaları, Ankara 1990, s.1 vd.

ifadelerinden 3308 sayılı Kanuna tabi bir çalışmanın sözkonusu olduğu sonucuna varılabilir.

Hemen şunu belirtmekte yarar vardır ki, gerek Borçlar Kanununa (3) ve gerekse 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa (4) tabi çıraklar kıdem tazminatı alamazlar. Kıdem tazminatının sözkonusu olabilmesi için kişinin hizmet sözleşmesi ile ve İş Kanunu kapsamı içerisinde bir işte çalışması gerekmektedir. Oysa çıraklık sözleşmesinde temel amaç, bir meslek ve sanatın öğrenilmesidir.

Bununla birlikte, İş K.m.5/b.6 gereği, on sekiz yaşını doldurmuş çıraklar hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, gerçekte Borçlar Kanununa tabi olmakla birlikte, kişinin on sekiz yaşını tamamlaması nedeniyle haklarında İş Kanunu hükümleri uygulanan çırakların çalışma süreleri, kıdem tazminatı miktarında dikkate alınır Bunun amacı, kanunkoyucunun işyerlerinde çırak adı altında işçi istihdam edilmesini önlemek istemesidir. Zira, çıraklık belirli bir yaşa kadar bir mesleğin öğrenilmesini zorunlu kılar. Belirli yaşın üstündekilerin çırak olarak vasıflandırılması ise, kötüye kullanımlara yol açabilecek bir durumdur. Bu nedenle, onsekiz yaşını tamamlayan ve Borçlar Kanununa tabi çıraklar için kıdem tazminatı sözkonusu olabilmektedir.

Borçlar Kanununa tabi olan ve onsekiz yaşın altındaki çıraklar gibi, 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa tabi çıraklar için de çıraklık okulunda geçirilen süre, kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Hatta, kişi on sekiz yaşını tamamlamış olsa bile hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanamaz. Gerçekten ÇMEK.m.13/4'e göre, "Bu Kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında Borçlar Kanununun çıraklık sözleşmesine dair hükümleri ile on sekiz yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi devam eden çıraklar hakkında 1475 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmaz". Böylece 3308 sayılı Kanun kapsamına giren çıraklar hakkında yaşları ne olursa olsun gerek Borçlar Kanunu (5) ve gerekse İş Kanunu hükümleri uygulanamaz.

3 On sekiz yaşından küçük çıraklar kıdem tazminatı alamazlar. Zira, kıdem tazminatını talep hakkı yalnız işçilere aittir. Bkz. SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.433; İNCE, Ergun, Çıraklık, İstanbul 1974, s.39; NARMANLIOĞLU, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s.44 dn.9.

4 EŞMELİOĞLU/BAYAZIT, s.66.

5 3308 sayılı Kanuna tabi çıraklar için Borçlar Kanununun uygulanamayacak olduğu hükümleri, doğrudan doğruya çıraklıkla ilgili Borçlar Kanunu hükümleri (m.318, 330 ve 342/2) dir. Bunun dışındaki Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin diğer hükümleri uygulama alın bulur. Bkz. UŞAN, s.23.

Yargıtay'ın, çıraklıkta geçen sürenin işçinin kıdeminden sayılmayacağı ve dolayısıyla çırağın kıdem tazminatı alamayacağı yolunda içtihatları mevcuttur (6). Hatta, taraflar çırağın kıdem tazminatı alacağı ve çıraklık okusunda geçirilen sürenin kıdemden sayılacağına dair bir sözleşme yapabilir bile, sözleşmedeki bu hüküm geçersizdir (7).

Bununla birlikte, Yargıtayın geçmişte bazı durumlarda kişinin çıraklık okulunda geçirilen süreleri kıdem tazminatında dikkate alan uygulamaları da bulunmaktadır. Bu hususa, konumuz ile doğrudan alakalı olmamakla birlikte -en azından Karardan böyle bir sonuç anlaşılamamaktadır- yeri gelmişken değinmekte yarar görmekteyiz. Gerçekten, Sosyal Sigortalar Kanunu'na, 3351 sayılı Kanun m.1 ile eklenen Ek geç. m.1'e (8) dayanan Yargıtay, çırakların 1977 yılından önceki, resmi kurum ve kuruluşlar ile askeri işyerlerindeki çalışmalarının, Sosyal Sigortalar Kurumunca yaşlılık aylığının hesabında dikkate alınması halinde, çırağın kıdem tazminatı alabileceğini belirlemiştir (9). Yargıtayın bu görüşü isabetli değildir. Zira, çıraklar ister Borçlar

-
- 6 "Davacının 1.10.1958-24.9.1962 tarihleri arasındaki süresi çırak okulunda çırak ve öğrenci olarak geçmiştir. Çıraklık ve okul döneminde geçen süre işçilikte geçmiş sayılmaz. Bu itibarla kıdem tazminatında nazara alınmaz. Sözü edilen süreye ait kıdem tazminatı isteginin reddi gerekir. Kabulü yasaya aykırıdır", Yarg. 9.HD., 30.9.1986 t., E.1986/6782, K.1986/8620, EŞMELİOĞLU/BAYAZIT, s.156. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 9.HD., 18.12.1981 t., E.1981/12932, K.1981/13803, ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6.B., Ankara 1986, s.458; Yarg. 9.HD., 13.12.1977 t., E.1977/10499, K.1977/17221, ÇENBERCİ, s.465.
- 7 "Davacı çırak okulunda öğrenci olduğu dönemde işçi değildir. İş Kanununa göre çıraklar hakkında, bu Kanun hükümlerinin uygulanmaması emredici nitelikte olup, aksine yapılan sözleşme geçersizdir. Bu nedenle, çıraklıkta geçen süre kıdem tazminatında dikkate alınmaz", Yarg. 9.HD., 23.12.1982, E.1982/9290, K.1982/10071, ODYAKMAZ, A.Nevzad/BAYAZIT, Sancar/BAYER, İsmail, Kıdem Tazminatı, Ankara 1985, s.151-152
- 8 15.4.1987 tarih ve 3351 sayılı Kanunla, 506 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici m.1'e göre, "Bu Kanuna tabi olarak çalışan veya isteğe bağlı sigortaya yahut topluluk sigortasına prim ödemekte olan sigortalılardan, kamu kurum ve kuruluşları ile askeri işyerlerinde kurulmuş olan resmi nitelikteki çıraklık okullarına çıraklık mukavelesi ile giren ve okullarını başarı ile bitirenlerin çıraklık okullarında 5.7.1977 tarihinden önce geçen başarılı eğitim ve öğretim süreleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yazılı talepte bulunmaları halinde ... ödemeleri şartı ile borçlandırılır..." Bkz. 24.4.1987 t. ve 19440 S.11 RG.
- 9 "1475 sayılı İş Kanununun 5 nci maddesinde belirtildiği üzere 18 yaşını bitirmemiş çıraklar hakkında İş Kanunu uygulanmaz. Bu nedenle çıraklık okulunda geçen süre SSK. da yaşlılık aylığında davacının hizmetinden sayılmışsa bu takdirde anılan sürenin kıdem tazminatında değerlendirilmesi mümkün olur. SSK. na veya o tarihteki Askeri Tekait ve Muavenat Sandığına yaşlılık sigortasından prim ödenmişse yine aynı sonuca varmak sözkonusudur", Yarg. 9.HD., 28.9.1989 t., E.1989/7021, K.1989/7392,

Kanununa, ister Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa tabi olsunlar, yaptıkları işte esas itibarıyla öğrenme ön planda olduğu için, işçi sayılmaları mümkün değildir. Dolayısıyla, çırakların yaşlılık sigortasına tabi olmaları ve bu sürenin de kıdem süresinden sayılmasına ve onların kıdem tazminatı almalarına yolaçmaz. Zira, yaşlılık sigortasına tabi olmak, ancak özel bazı kanunlarda bunların borçlanma suretiyle prim ödemeleri koşuluyla öngörülmüştür. Çırakların yaşlılık sigortasından yararlandırılmaları, onların işçi olmaları sonucuna yol açmaz ve kıdem tazminatı süresinde dikkate alınmaz (10). Buna göre, özel hükümlerle prim yatırmak koşulu ile, çırakların yaşlılık sigortasından yararlandırılmaları, onların kıdem tazminatından da yararlanacakları anlamına gelmez. Bunlar, farklı şeylerdir. Bir başka ifade ile, Sosyal Sigortalar Kurumunun çıraklıkta geçen süreyi yaşlılık aylığında dikkate alması, çırağın İş Kanunu tanımlamasında işçi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz (11).

İnceleme yaptığımız Kararda, her ne kadar Yargıtayın isabetsiz olan sözkonusu uygulamasına yönelik açıklayıcı bir ifade bulunmamaktaysa da, yeri geldiği için bu durumu belirtmekte yarar görmekteyiz. Temennimiz, Yargıtayın sözkonusu görüşünden dönmüş olmasıdır. Her halükarda kişinin çıraklık okulunda bulunduğu süre, ister Borçlar Kanununa isterse Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa tabi olsun, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Bununla birlikte, gerçekte Borçlar Kanununa tabi olmakla birlikte, onsekiz yaşını bitiren ve haklarında İş Kanunu hükümleri uygulanan çırak-

EŞMELİOĞLU/BAYAZIT, s.161. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 9.HD., 30.4.1990 t., E.1990/736, K.1990/5230, EŞMELİOĞLU/BAYAZIT, s.165.

- 10 EYRENCİ, Öner, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.33. ÖNAL'a göre de, "506 sayılı Kanun açısından sürenin yaşlılık aylığına sayılmasıyla İş Kanununun kavradığı hallerde kıdem tazminatına esas süreden sayılması farklı şeylerdir", ÖNAL, Osman, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.30-31. Karşı fikirdeki OZANOĞLU'na göre ise, Yargıtayın görüşü yerindedir. Bir defa çıraklar böyle özel bir kanun kapsamına giriyorlarsa ve bu emekliliğe tabi bir süre haline dönüştürülmüş ise, o takdirde sözkonusu süre, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. Zira, mevcut süre yaşlılık aylığına da esas alınmıştır ve adeta farazi olarak da olsa, çırakların bir kısmı, hizmet sözleşmesi ile çalışma içine sokulmuştur. Bkz. OZANOĞLU, Teoman, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.29.

- 11 UŞAN, s.128.

lar ise, -istisna hükmü gereği, İş K. m.5/b.6- hizmet sözleşmesi ile çalışmaları bile, kıdem tazminatı alırlar (12).

SONUÇ: İnceleme konusu yaptığımız ve çıraklık okulunda geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamasını öngören Yargıtay kararını isabetli buluyoruz.

12 NARMANLIOĞLU'na göre, amacı bir meslek ve sanatın öğrenilmesi olan çıraklık sözleşmesinde tarafların durumu iş sözleşmesinden çok farklıdır. Öğrenimini sağladığı kimsenin karşısına seneler sonra yüklü bir mali taleple çıkan çırağın durumu işçinin durumu gibi kabul edilemez. İş sözleşmesine göre değil de başka bir sözleşmeye bağlı olarak çalıştırılan kimseleri, işçilere sağlanan haklardan yararlandırmak, onları aynı hükümlere tabi kılmak yolu tutarsız bir yoldur. Çırakların korunması düşüncesiyle hareket edilmiş olması da makul bir gerekçe değildir. Bu düzenleme kanun tekniğine aykırıdır. Bazı özel durumdaki şahıslar korunmak isteniyorsa, onlar hakkında ayrı bir kanuni düzenlemeye gitmek daha doğrudur. Bkz. NARMANLIOĞLU, s.306. Kanaatimizce, bu eleştiride haklılık payı vardır. Ancak, mevzuat içerisinde çırakların kıdem tazminatı almalarına imkan tanıyan başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, çıraklar zaten düşük ücretlerle çalışmaktadırlar. Yine, meslek eğitimi de çok uzun sürmemektedir. Ayrıca, kanunkoyucunun onsekiz yaşından büyük olan çıraklara, İş Kanunu hükümlerinden yararlanabilme imkanı tanıma amacı, bu tür kimselerin daha çok işçi gibi çalıştırılmaları ve çıraklığın istismarının önlenmesidir. Tüm bu nedenlerden ötürü, başkaca bir düzenleme yapılmaya kadar, onsekiz yaşından büyük çırakların kıdem tazminatından yararlanmaları yerindedir. Bkz, UŞAN, s.128 dn.177.

KARAR İNCELEMESİ

İŞYERİ UYGULAMASI-İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI- İŞÇİNİN İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ- HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESİH- BİLDİRİMLİ FESİH- İHBAR VE KIDEM TAZMİNATI

Yrd.Doç.Dr.M.Fatih UŞAN* **

“İşyeri nakil isteğini kabul etmeyip aynı işyerinde çalışmaya devam eden işçinin hizmet akdi, işçi tarafından feshedilmiş sayılmaz”.

Yarg.9.HD., 22.10.1998 t. ve E.1998/12387, K.1998/15078

DAVA: Davacı, ihbar tazminatı ile temettü ikramiyesinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1. Dosya içeriğinden temettü ikramiyesinin işyeri uygulaması haline geldiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle hizmet akdinin fesih edildiği yıla ait temettü ikramiyesinin fesih tarihi gözönünde bulundurularak kıstelyevm esaslarına göre belirlenip davacıya ödenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

2. Mahkemece hizmet akdinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II. maddesi uyarınca sona erdirildiği kabul edilerek ihbar tazminatı isteği reddedilmiş ise de, davacı tarafından yazılı veya eylemli bir fesih iradesi açıklaması mevcut değildir. Davacı davalıya ait İzmir Bornova'daki işyerinde çalışırken yine davalıya ait Söke'deki işyerine nakledildiği bildirilmiş, davacı bu nakli kabul etmediğini açıklamış ancak, Bornova'daki çalışmalarını sürdürmüştür. Bu sırada işveren işçinin nakli kabul etmeyişi işçinin feshi olarak değerlendiren, davacıya kıdem tazminatı ödemiş ve işyeri ile ilişkisini kesmiştir. Açıklanan bu olgular karşısında akdin 1475 sayılı İş Yasası'nın 13. maddesi

* S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Bu çalışma 1.7.1999 tarihinde yaş haddi nedeniyle emekli olan Yargıtay Başkanı Sayın Mehmet UYGUN Beyefendiye ithaf olunmuştur. Aslında monografik eser ve kitap dışındaki çalışmaların bir kimseye ithaf olunması alışıldık bir uygulama değildir. Ancak kendileriyle akademik hayata başladığım ilk yıllarda tanıştığım ve her zaman destek gördüğüm kıymetli Büyüğüme emekliye ayrılmalarından sonraki bu ilk çalışmamı ithaf etmeyi uygun buldum. Bu vesileyle, kendilerine emeklilik hayatında da sağlık ve mutluluklar diliyorum.

gereğince işveren tarafından feshedildiğinin kabulü ve bunun sonucu olarak da ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekmiştir.

Mahkemece ihbar tazminatını reddetmesi bozma nedenidir.

SONUC: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** 22.10.1998 gününde oybirliği ile karar verildi.

Karar, Madenci, Y.28, S.335, Ocak 1999'da yayınlanmıştır. Ancak kararın künyesindeki yanlışlıklar ve metindeki bir kısım eksiklikler orijinal metin (Yargıtay ilamı) dikkate alınarak düzeltilmiştir.

KARARIN İNCELENMESİ

Olayda işyerinde çalışmakta iken işverenin başka bir ildeki işyerine nakledilen işçi, bu nakli kabul etmemiş ve yeni işyerine gitmeyerek, eski işyerinde çalışmaya devam etmiştir. İşveren de, işçinin yeni işyerine gitmemesini hizmet sözleşmesinin işçi tarafından İş K.m.16/II e gereğince feshi olarak nitelendirmiş, işçinin ilişliğini kesmiş ve kendisine kıdem tazminatını da ödemiştir. İşçi ise, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğini ve ihbar tazminatının da ödenmesi gerektiğini, ayrıca işyeri uygulaması haline gelen temettü ikramiyesinin de kendisine verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme, ihbar tazminatı talebini reddetmiştir. Yargıtay ise, işçinin açık bir fesih beyanının bulunmadığı, dolayısıyla sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü ile ihbar tazminatının ödenmesi ile, işyeri uygulaması haline gelen temettü ikramiyesinin de fesih tarihi dikkate alınarak çalışılan günlerle orantılı olarak işçiye ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Karara konu olayda üzerinde durulması gereken husus, esas itibariyle bir uygulamanın ne zaman işyeri uygulaması olarak kabul edilmesi gerektiği ile, işverenin tek taraflı olarak işçinin işyerini değiştirmesi (dolayısıyla iş şartlarında esaslı tarzda bir değişiklik olması) durumunda ne gibi sonuçların sözkonusu olacağıdır.

I. A) İşyeri uygulamaları, işyerinde devamlılık gösteren ve düzenli olarak tekrarlanan genel nitelikteki uygulamalardır. İşyeri uygulaması için, işyerindeki uygulamanın devamlılık göstermesi ve bu uygulama konusunda tarafların açık veya zımni kabulleri aranır.

İşyeri uygulamaları, işçilerin (açık veya zımni) kabulleri ile hizmet sözleşmesinin bir hükmü halini alır ve artık işveren bundan sonra tek taraflı olarak sözkonusu uygulamadan dönemez¹. Çalışma koşulu niteliğini kazanan

¹ İşyeri uygulaması konusunda geniş bilgi için bkz. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 14.B., İstanbul 1998, s.85 vd.; SÜZEK, Sarper, İşyeri Uygulamaları, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.151 vd.; SÜZEK, Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998,

işyeri uygulaması, ancak tarafların birbirine uygun açık veya zımni irade beyanları ile ortadan kaldırılabilir². Buna karşın işveren tek taraflı olarak işyeri uygulamasını yerine getirmese, hizmet sözleşmesini ihlal etmiş demektir, işçi sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilir (İş K.m.16/II, d veya e). Ayrıca şunu da belirtmekte yarar vardır ki, işyeri uygulamasının hizmet sözleşmesinin bir hükmü halini alabilmesi için³, bu uygulamanın hizmet akdi, toplu iş sözleşmesi gibi yazılı bir hukuk kuralına dayanmadan, işveren tarafından iş şartlarında iyileştirici bir uygulamaya yol açması gerekir⁴.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması halini alıp almadığı hususunda iyiniyet kuralları (dürüstlük kuralı) belirleyicidir. Buna göre, işçilerin işverenin davranışından böyle bir iradesinin olduğunu iyiniyet kuralları gereğince çıkarmaları durumunda işyeri uygulaması vardır⁵.

Hiç şüphesiz hataen yapılan bir ödeme sözkonusu ise, burada işyeri uygulamasından sözedilemez⁶. Bunun yanısıra, işverenin işçilere belirli bir süre tek taraflı bir ödemede bulunmasına karşın, sözkonusu uygulamadan

s.71 vd.; SOYER, Polat, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s.44 vd. Ayrıca bkz. EKONOMİ, Münir, İHU., İş K.14 (No.7).

² SÜZEK, İş Hukukunun Genel Esasları, s.77; CENTEL, Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, 2.B., İstanbul 1994, s.24.

³ SOYER, öğretilerdeki hakim kanaatin aksine, işyeri uygulamasının işveren açısından sözleşme temeline değil, güvenin korunması ilkesine dayanan bir bağlayıcılık yarattığı görüşündedir. Bkz. SOYER, Genel İş Koşulları, s.92, 108 vd.; SOYER, Polat, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.33-34.

⁴ Yarg.9.HD., 25.5.1995 t. ve E.1995/3439, K.1995/18493, Tekstil İşveren, Kasım 1995, ŞAHLANAN, Fevzi, İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul 1997, s.5-6. ÇELİK'e göre de, işyeri uygulamaları kural olarak işçi aleyhine sonuç doğurmaz, ÇELİK, İş Hukuku, s.88.

⁵ EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.29; ÇELİK, İş Hukuku, s.87; SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, s.152.

⁶ SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, s.154. "Gebe ve Emzikli Kadınlar Çalıştırma Şartları İle Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzük'ün 8. Maddesinde, "Oda ve yurtlardan kadın işçilerin çocukları ile erkek işçilerin annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar" hükmüne yer verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre bu hüküm kapsamına girmeyen davacı işçinin çocuğu için 25 ay süre ile kreş yardımı ödenmiştir. Hataen yapılan bu ödeme daha sonra işveren tarafından dikkate alınarak davacı işçinin ücretinden kesilmiştir. Hataen yapılan uygulama iş koşulu oluşturmaz...", Yarg.9.HD., 2.4.1995 t. ve E.1995/18, K.1995/13867, Tekstil İşveren, Ekim 1995, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. ŞAHLANAN, Değerlendirme 1995, s.6-7.

vazgeçme hakkını saklı tuttuğu durumlarda da işyeri uygulaması nedeniyle işçiler herhangi bir talepte bulunamazlar⁷.

B) Somut olayda karardan anlaşıldığı kadarıyla işveren, işçilerine yönelik olarak temettü ikramiyesinde bulunmaktadır. Buna ilişkin ayrıntılı bir bilgi bulunmamasına karşın, kararda sözkonusu durumun işyeri uygulaması haline geldiğinden bahsedilmektedir. Temettü ikramiyesinin dağıtımı genellik ve süreklilik arz ediyor, ayrıca işveren de tek taraflı ödemede bulunma hakkını saklı tutmamışsa, işyeri uygulamasının şartları oluşmuştur ve bundan sonra işveren tarafından hizmet sözleşmesi hükmü haline gelen temettü ikramiyesi ödemesinden tek taraflı olarak vazgeçilemez. İşyerinde çalışan işçiler de sözkonusu ikramiyeden çalıştıkları süre kadar yararlanırlar. Bu açıdan sözleşmesi sona eren işçiye, kıstelyevm esasının (çalıştığı günlerle orantılı) uygulanmasında da isabet vardır.

II. A) İşverenin yönetim hakkı, onun vereceği tek taraflı talimatlarla işin yürütümünü ve işçilerin işyerlerindeki davranışlarını düzenleyebilmesine imkan tanır⁸. İşveren yönetim hakkı çerçevesinde iş şartlarında değişiklikler yapabileceği gibi, işçinin işyerinde değişiklik de yapabilir. Bununla birlikte, işverenin tek taraflı olarak iş şartlarında esaslı tarzda değişiklik yapabilmesi için bu konuda bir düzenleme gereklidir. Ancak, hizmet sözleşmesinde görülecek işin belirli bir meslek ve sanat dalı olarak kararlaştırıldığı durumlarda, o dal içerisine giren tüm işlerde işçi çalıştırılabilir. Yine vasıfsız bir iş için istihdam edilen işçi, daha ağır koşulları içermeyen ve ücret düşüklüğü gerektirmeyen her işte çalıştırılabilir⁹. Bu durumlarda dürüstlük kuralı belirleyici role sahiptir¹⁰.

⁷ EKONOMİ, Münir, İHU., İş K.14 (No.7), s.3-4; SOYER, Genel İş Koşulları, s.46; SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, s.154; "Akdi ve kanuni zorunluk olmaksızın işverenin işçisine tek taraflı, geçici, şartlı ve sınırlı olarak yaptığı ödeme, ücret olarak kabul edilemez", Yarg.9.HD., 19.1.1976 t. ve E.,1975/34675, K.1976/2399, EYR. NCİ; Öner, İHU., İş K.26 (No.3).

⁸ İşverenin yönetim hakkı konusunda geniş bilgi için bkz. TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.11 vd.; SÜZEK, Sarper, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof.Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.225 vd.

⁹ "Davacı, bant işinden ambalaj işine verilmiş, bu işte çalışmak istemediğinden işveren tarafından iş akti feshedilmiştir. Şahitler ambalaj işinin bant işinden daha ağır olmadığını, her ikisinin aynı kısımda görülen ve aynı nitelik taşıyan işlerden olduğunu bildirmişlerdir. Bu durumda davacının işinde aleyhine değişikliğin varlığından söz edilemez. Davalı, davacının iş aktini feshetmekle haklıdır. Aynı nitelikteki iş değişikliğini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesi işverence haklı olarak bozulabilir...", Yarg.9.HD., 14.2.1979 t. ve E.1979/1744, K.1979/2130, TAŞKENT, Savaş, İHU., İş K.17 (No.11).

¹⁰ Bkz. EKONOMİ, İş Hukuku, s.116-118

Hiç şüphesiz esaslı olmayan değişiklikler için herhangi bir düzenlemeye veya kararlaştırmaya ihtiyaç yoktur. Gerçekten Yargıtay'a göre de, "İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçinin çalışacağı yerleri işçilerin önceki durumunu esaslı bir biçimde değiştirmemek ya da çalışma şartlarını ağırlaştırmamak koşuluyla belirlemek ve düzenlemek yetkisi vardır"¹¹. Belirtelim ki, işveren iş şartlarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin tanınmadığı durumlarda bile, yönetim hakkı çerçevesinde işçinin ücretinde herhangi bir azaltmaya yol açmaksızın esaslı olmayan değişiklikleri yapabilir¹².

İş şartlarında esaslı tarzda değişiklik yapma yetkisinin daha (ve dolayısıyla işyeri naklinin) başlangıçta hizmet sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile tek taraflı olarak işverene verilebilmesi mümkündür¹³. İşyeri de-

¹¹ Yarg.9.HD., 30.10.1997 t. ve E.1997/14191, K.1997/18211, Tekstil İşveren, S.219, Ocak 1998, s.17-18, kararın değerlendirilmesi için bkz. SÜMER, Haluk Hadi, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.116.

¹² EKONOMİ, İş Hukuku, s.117, SÜMER, Değerlendirme 1997, s.116; SOYER, M.Polat, İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değişmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y.3, S.1, Ocak 1984, s.52.

¹³ "Toplu iş sözleşmesinde öngörülen şekilde ücretinde eksiltme yapılmamak üzere başka bir göreve verilen işçi, bu görevi kabul etmeyerek iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamaz", Yarg.9.HD., 28.1.1997 t. ve E.1996/18661, K.1997/1424, İşveren, C.XXXV, S.9, Haziran 1997, s.15-16, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. SOYER, Değerlendirme 1997, s.26-27; Yarg.9.HD., 30.10.1997 t. ve E.1997/14191, K.1997/18211, Tekstil İşveren, S.219, Ocak 1998, s.17-18; "... Banka işyerlerinde işin gereği olarak işçilerin bir şubeden diğerine nakledilmeleri gerektiğinden gerek hizmet akdine konulan hükümlerine göre ve gerekse TİS'leri ile kabul edilen nakil yetkisinin işverene verilmiş bulunması karşısında işçinin işinin nakledilmesine dayanarak peşin olarak vermiş olduğu nakil yetkisinin uygulanması karşısında haklı neden iddiası ile hizmet akdini sona erdiremez...", Yarg.9.HD., 19.6.1995 t. ve E.1995/5219, K.1995/22082, Tekstil İşveren, S.195, Ocak 1996, kararın değerlendirilmesi için, ERGİN, Berin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul 1997, s.50; "... Ferdi hizmet sözleşmesinde davacı işçinin davalıya ait başka bir işyerinde veya başka bir yerde davalı işverence çalıştırılabileceği kabul edilmiştir", Yarg.9.HD., 19.6.1996 t. ve E.3149, K.1996/14024, GÜNAY, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998, s.996-997, kararın değerlendirilmesi için, NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, s.89; Yarg.9.HD., 21.1.1994 t. ve E.1993/11110, K.1994/351, Tekstil İşveren, Kasım-Aralık 1994, kararın değerlendirilmesi için, TUNCAY, Can, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, s.38; Yarg.HGK., 13.1.1988 t. ve E.1988/9-478, K.1988/7, GÜNAY, s.978-979.

ğişikliğine ilişkin başlangıçta herhangi bir yetki verilmese de işçi bu duruma sonradan onay verebilir. Böyle durumlarda işveren yönetim hakkı çerçevesinde kişinin işyerini değiştirebilir. Buna karşı işçinin herhangi bir talep hakkı yoktur.

İşverenin yönetim hakkı, çalışma koşullarını düzenleyen kurallar hiyerarşisinde en sonda yer alır. Bunun doğal sonucu olarak, işverenin yönetim hakkına dayanarak tek yanlı düzenlemelerde bulunabilmesi yasada, toplu iş sözleşmesinde veya hizmet akdinde herhangi bir sınırlama bulunmamasına bağlıdır. Görülecek işin türü, ifa yeri ve zamanı hakkında böyle bir düzenleme var ise, artık işveren yönetim hakkına sahip değildir¹⁴. Bununla birlikte, işçinin işi ve işyerinde değişiklik yapma hakkı saklı tutulmasına karşın, işveren bunu kullanırken işçinin pozisyonunda önemli derecede farklılığa yol açamaz¹⁵. Örneğin, Salihli Orman Bölge Müdürlüğünde santralci olarak çalışan işçinin, Salihliye 10 km. uzaklıktaki sart orman dışı sahasında bekçilik işine verilmesi, toplu iş sözleşmesinde işçilerin işyerlerinin işveren tarafından değiştirilebilmesine imkan tanınmış olmasına karşın, önceki ve sonraki işlerin birbiri ile ilgisi olmadığından Yargıtay tarafından esaslı tarzda değişiklik olarak kabul edilmiştir¹⁶. İşverenin böyle tek taraflı olarak işçinin işyerini değiştirme hakkının bulunduğu durumlarda sözkonusu yetkinin kullanılması sınırsız değildir. Nitekim, başka bir olayda Yargıtay, işçinin başlangıçta Türkiye genelinde çalışmayı kabul etmesinin, nakledildiği işyerindeki şartların çok ağır olmaması ile bağlantılı olduğunu belirlemiştir¹⁷.

İşverenin yönetim hakkını kullanırken yaptığı işyeri değişikliği, eğer işçinin lehine (yararına) ise, örneğin işçinin sağlık nedeniyle işinin değiştirilmesi sözkonusu ise, artık, işçi bu durumu kabul etmek zorundadır¹⁸. Nitekim Yargıtay da bir kararında hastahane raporuyla işitme kaybına uğradığı

¹⁴ TAŞKENT, s.18; SOYER, Değerlendirme 1997, s.24.

¹⁵ İşveren iş şartlarını tek yanlı değiştirmek yetkisini de haiz bulursa, bu yetkisini, afaki iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanmakla yükümlüdür. Örneğin yeri değiştirilen işçisini, -bunu engelleyen bir hal bulunmadıkça- olabildiği kadar eski işine en uygun ve yetkilerinin devamına elverişli bir işe getirmesi gerekir. Özellikle, bu değiştirme işleminde işçinin onurunu kırıcı davranışlardan kaçınılmalıdır, Yarg.9.HD., 15.11.1971 t. ve E.1971/17614, K.1971/22586, ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6.B.; Ankara 1986, s.545.

¹⁶ Yarg.9.HD., 13.11.1995 t. ve E.1995/13495, K.1995/33796, GÜNAY, s.1009.

¹⁷ "İşçi işverenin Türkiye genelindeki işyerlerinde çalışmayı kabul etmiş olsa bile yeni işyerindeki şartlar işçi aleyhine büyük fark yaratmamalıdır. Aksi halde, nakledilen işyerine gitmeyen işçinin sözleşmeyi bildirimsiz feshettiği kabul edilmek gerekir", Yarg.9.HD., 11.4.1988 t. ve E.1988/2824, K.1988/4049, yerindeliği için, NARMANLIOĞLU, Ünal, İHU., İş K.16 (No. 7).

¹⁸ Yarg.9.HD., 15.6.1995 t. ve E.1995/4251, K.1995/22011, İşveren, C.XXXIV, S.1, Ekim 1995.

ve gürlütülü ortamda çalışmaması gerektiği belirtilen işçinin, argon kaynak işinden alınıp sevkiyat ambarına rapor doğrultusunda verilmesinin sağlık nedeniyle iş akdinin feshedilebilmesine imkan tanımadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁹. Şüphesiz iyiniyet kuralları da böyle bir çözümü zorunlu kılar. Bunun gibi, işçinin çalışma koşullarındaki değişiklik onun yetenek, bilgi birikimi, beceri, kapasite gibi kıstaslarıyla doğru orantılı olarak terfi etmesine yol açmakta ve bunun için işçiye çok fazla ilave bir yükümlülük getirilmiyorsa, bu takdirde de, işçi iyiniyet kuralları gereği sözkonusu durumu kabul zorundadır²⁰.

B) İş şartlarında esaslı tarzda bir değişiklik olması durumunda, bunu kabul etmeyen işçi hizmet sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir²¹. Gerçekten bildirimsiz fesih nedenlerini belirleyen İş K.m.16/II, e'ye göre, "... iş

¹⁹ Yarg.9.HD., 18.9.1997 t. ve E.1997?1997, K.1997/15330, Tekstil İşveren, S.217, Kasım 1997, s.20, kararın değerlendirilmesi ve yerindeligi için SOYER, Değerlendirme 1997, s.23-24. Şüphesiz bu durumda işçi ücretinde bir azaltmaya gidilemez. Yargıtay'a göre, "1475 sayılı İş Kanunu'nun 60 mcd maddesine göre sağlık nedeni ile işin değişikliği sözkonusu olması halinde de temel ücrette bir eksiltme yapılamaz. Bu kurala göre temel ücrette eksiltme sözkonusu olmuş ise aradaki farkın hüküm altına alınması gerekir. Ancak yapılan sanata göre öngörülen sanat ağırlıklı ücretin bu konuda dikkate alınması doğru değildir. Fiilen yapılmayan bir iş için o işin sanat ağırlıklı ücretinin istenmesi olanağı yoktur...", Yarg.9.HD., 29.1.1996 t. ve E.1995/26217, K.1996/893, Tekstil İşveren, S.6, Şubat 1996, s.34. Aynı doğrultuda, Yarg.9.HD., 8.2.1993 t. ve E.1992/15222, K.1993/1368, İHD., Ekim-Aralık 1993, s.604; Yarg.9.HD., 23.10.1995 t. ve E.1995/9352, K.1995/8617, İşveren, C.4, S.315, s.16; Yarg.9.HD., 5.10.1990 t. ve E.1990/6480, K.1990/9897, kararın incelemesi için, CENTEL, Tankut, İHD., C.I, 1991, s.111 vd.

²⁰ "...Objektif iyiniyet kurallarına göre işçi kendi yararına olan değişiklik, başkalık veya uygulamalara dayanarak bildirimsiz fesih hakkını kullanamaz...", Yarg.HGK., 3.5.1975 t. ve E.1975/76, K.1975/87, ÇENBERCİ, s.545.

²¹ EKONOMİ'ye göre, "Hizmet akdinde düzenlenmiş olan çalışma şartlarının tek taraflı değiştirilmesi yönünden Türk Hukukunda işçi için hizmet akdini derhal fesih yolu açılmış ve bu suretle işverene hukuken tek taraflı geri alma yetkisinin bulunmadığı bir durumda çalışma şartını dolaylı olarak değiştirmek imkanı vermiştir. İşK m.16.II'ye göre işveren tarafından "iş şartları esaslı bir tarzda değiştirilirse", işçi hizmet akdini derhal feshetmek hakkını kazanır ve bu hakkını da altı iş günlük süre içinde kullanması gerekir. Sürenin geçirilmesi, fesih hakkının kaybı ve iş ilişkisini değiştirilen çalışma şartına göre devam ettirme yükümlülüğü altına girme sonucunu doğurur", EKONOMİ, Münir, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.165; "İşçinin işveren tarafından başka bir işyerine nakli sözkonusu olduğunda, bu hal iş şartlarında esaslı bir değişiklik olarak işçi için hizmet akdini fesih yönünden haklı sebebin bulunduğu kabulünü gerektirir", Yarg. 9.HD., 21.10.1983 t. ve E.1983/6227, K.1983/8480, EKONOMİ, Münir, İHU., İş K.16 (No. 6); "İşyerinin ekonomik nedenlerle İstanbul'dan Ankara'ya nakledilmesi, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinin değiştirilmesidir. Bu değişiklik, işçiye iş sözleşmesini bozma hakkı verir. İşçinin bu hakkını kullanarak iş sözleşmesini bozması ona kıdem tazminatı isteme hakkı verir", Yarg.9.HD., 3.5.1973 t. ve E.1972/26166, K.1973/14550, COŞKUN, Enis, İHU, İş K.16 (No. 2).

şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa; (sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla)” işçi dilerse bildirim önelini beklemezsizin akdi feshedebilir. Ancak hangi değişikliklerin esaslı sayılıp sayılmayacağı hususunda önceden verilebilecek kesin bir ölçüt yoktur. Somut olayın durumuna göre bir sonuca varmak daha isabetlidir^{22 23}. Daha önce de belirttiğimiz gibi, sözleşmelerde işverenin esaslı tarzda değişiklik yapma hakkı saklı tutulmuşsa, sözleşmeyi fesih hakkından bahsedilemez.

Yargıtay, bir olayda, işyeri değişikliğini kabul etmeyerek yeni işyerinde çalışmaya başlamayan işçinin hizmet sözleşmesini feshettiği ve kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kararına varmıştır. Gerçekten, işyerinde kasiyer olarak çalışan işçinin yıllık izin dönüşü işyeri değiştirilmiş, işçi buna

²² EKONOMİ, Münir, İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1976 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1976, İstanbul 1979, s.60; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3.B., İzmir 1998, s.342; “İşverenin elektrik kısıntısı nedeniyle iş saatlerinde değişiklik yapması çalışma koşullarını tek taraflı olarak ağırlaştırdığı (değiştirdiği) anlamına gelmez. İşçinin bu durumu illeri sürerek, diğer işçilerle birlikte direnişe geçmesi yasaya aykırı bir harekettir. Bu itibarla bu durumdaki bir işçinin hizmet sözleşmesinin işveren tarafından ihbar ve kıdem tazminatları ödenmeden feshedilmesinde yasaya aykırı bir yön yoktur”, Yarg.9.HD., 19.10.1976 t. ve E.1976/6929, K.1976/19816, her somut olayda bu durumun esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerektiği, eğer esaslı ise buna ilişkin çözümün İş Kanununda gösterildiği, ancak işçinin bu sebepten ötürü direnişe katılmaya çağından sonuç itibarıyla Yargıtay kararının haklılığı konusunda, KUTAL, Metin, İHU, İş K.16 (No.4).

²³ Kişinin bir kattan diğer bir kata nakledilmesi durumunda iş şartlarında esaslı tarzda değişiklik yoktur, Yarg.9.HD., 30.10.1997 t. ve E.1997/14191, K.1997/18211, Tekstil İşveren, S.219, Ocak 1998, s.17. Bunun gibi, işyeri Kızılayda bulunan bir kimsenin tahliye nedeniyle bu sefer Ulus’a taşınması durumunda iş şartlarında bir ağırlaşma bulunmadığından işçinin buna uymayarak sözleşmeyi feshetmesi haksız bulunmuştur, Yarg. 9.HD., 30.6.1997 t. ve E.1997/10230, K.1997/13243, GÜNAY, s.984. Yine, eşinin bir başka şehire tayini, işçi bakımından iş şartlarının esaslı tarzda ağırlaştığı iddiasıyla sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirmeye imkan tanımaz, Yarg., 9.HD., 27.12.1995 t. ve E.1995/24669, K.1995/36651, GÜNAY, s.1005.

İrtibat bürosunda çalışan kimsenin işyerinin lokantaya çevrilmesinden sonra işverenin fabrikasına nakledilmesi durumunda iş şartlarında esaslı tarzda değişiklik vardır, Yarg.9.HD., 25.3.1997 t. ve E.1997/22847, K.1997/5905, Tekstil İşveren, S.212, Haziran 1997, s.18. İşçinin çalıştığı kısımdan daha ağır, daha zor ve tehlikeli bir işte çalıştırılmak istenmesi iş şartlarında esaslı bir tarzda değişme ve başkalaşma sonucunu doğurur, Yarg.9.HD., (kararın künyesi verilmemiştir), EKONOMİ, Münir, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986, s.33. Yine, işyerinde usta olarak çalışan işçinin bulaşıkçılığa verilmesi (Yarg.9.HD.1, 6.11.1995 t. ve E.1995/12937, K.1995/33424, GÜNAY, s.975), pantolon bölümünden ceket bölümüne nakledilmesi (Yarg.9.HD., 15.5.1997 t. ve E.1997/5358, K.1997/9323, GÜNAY, s.986) durumlarında da değişiklik esaslı ve haksızdır.

itiraz etmiş ve yeni işyerine gitmemiştir. "... 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II, e maddesine göre iş şartları esaslı bir şekilde değişir, başkalaşır ve uygulanmazsa, işçi iş akdini derhal feshedebilir. Somut olayda davacının ortada haklı ve geçerli bir sebep bulunmadığı halde izin dönüşü işyerinin değiştirildiği ve davacının bu nedenle iş akdini feshettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda işçi ihbar tazminatı isteyemez ise de, kıdem tazminatına hak kazanacağından bu isteğin reddi doğru görülmüştür"²⁴.

Yargıtay yerleşik bir uygulama olarak hizmet sözleşmesini işyerinin değişikliğine bağlı olarak İş K.m.16/II e'ye istinaden fesheden işçinin, ihbar tazminatı alamayacağı görüşündedir²⁵.

İşyeri değişikliğini kabul etmeyen işçi, İş K.m.18 gereğince hizmet sözleşmesini altı iş günü içerisinde feshetmelidir. Altı iş günü içerisinde fesih yetkisi kullanılmazsa artık sözkonusu değişiklik kabul edilmiş demektir ve işçi buna uymak durumundadır²⁶. İşçinin bu yükümlülüğe uymaması, sözleşmesinin işveren tarafından İş K.m.17/II, g "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması" hükmünce sona erdirilebilmesine imkan tanır²⁷. Yine, sözleşme işçi tarafından süresinde

²⁴ Yarg.9.HD., 1.2.1993 t. ve E.1992/7030, K.1993/1054, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. GÜZEL, Ali, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.79-80.

²⁵ Yarg.9.HD., 15.5.1997 t. ve E.1997/538, K.1995/9323, GÜNAY, s.986; Yarg.9.HD., 13.5.1997 t. ve E.1997/4861, K.1997/8950, GÜNAY, s.988; "Mahkemece iş şartlarının ağırlaşması nedeniyle iş akdini davacı işçinin feshettiği kabul edilmesine rağmen ihbar tazminatının hüküm altına alınması doğru değildir", Yarg.9.HD., 7.2.1996 t. ve E.1995/26808, K.1996/1560, GÜNAY, s.1003; "İşyerinin ekonomik nedenlerle İstanbul'dan Ankara'ya nakledilmesi, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinin değiştirilmesidir. Bu değişiklik, işçiye iş sözleşmesini bozma hakkı verir. İşçinin bu hakkını kullanarak iş sözleşmesini bozması ona kıdem tazminatı isteme hakkı verir. Ancak, ihbar tazminatının niteliği nedeniyle bu yöne ilişkin istemin reddi gerekir", Yarg.9.HD., 3.5.1973 t. ve E.1972/26166, K.1973/14550, COŞKUN, Enis, İHU, İş K.16 (No.2); Yarg.9.HD., 15.12.1995 t. ve E.1995/21365, K.1995/35591, GÜNAY, s.1006; Yarg.9.HD., 21.3.1995 t.ve E.1995/18152, K.1995/8576, GÜNAY, s.1015; Yarg.9.HD., 21.6.1990 t. ve E.1990/7006, K.1990/7675, SOYER, Karar İncelemesi, s.251 vd.

²⁶ "İş şartlarının esaslı değişikliğinde bunu kabul etmeyip çalışmayı sürdüren işçi altı işgünlük süre geçtikten sonra haklı olarak sözleşmeyi feshedemez", Yarg.9.HD., 19.9.1995 t. ve E.1995/8577, K.1995/26707, GÜNAY, s.1011-1012; Yarg.9.HD., 14.3.1996 t. ve E.1995/31367, K.1996/5335, GÜNAY, s.1002.

²⁷ "İşyerinde beş yıldan beri çalışan davacının bu süre içinde verilen işi yapmamak ve görevini aksatmak gibi eylemlerinin varlığı ne iddia edilmiş ne de tesbit olunmuştur. Olay sırasında kendisinin kaynakçı olduğunu, yapması bildirilen işin mutad işi olmadığını ileri sürerek cerayan kesilmeden belirtilen yere girmeyeceğini beyan etmesi ve tanıkların da o yerde yüksek gerilim bulunduğunu ifade etmiş olmaları, davacının bir sebep göstermeden verilen işi yapmamakta direndiği şeklinde mütalaa olunmaz... Olay tarihine kadar bu

feshedilmemiş (işçinin davranışlarından da sözleşmeyi zımni olarak feshettiği sonucu objektif olarak çıkarılamıyorsa) ve değişikliğin sonucu olarak yeni işyerine gidilmemişse, işveren sözleşmeyi devamsızlığa bağlı olarak da (İş K.m.16/II d) haklı nedenle ortadan kaldıracaktır. Böylece, işçi kıdem tazminatı alma hakkını kaybedebilir. Hatta İş K.m.18/2 gereği işverenin zararlarını karşılamak durumunda bile kalabilir.

Bu durumun istisnası, işyeri değişikliğini benimsemeyen işçinin işvereni temerrüde düşürmesidir. İşyeri değiştirilen işçi bunu kabul etmeyerek, eski işyerine giderek edimini sunmak üzere hazır bir şekilde beklerse artık, işveren yeni işyerine gidilmemesinden ötürü devamsızlık hükümlerine dayanamaz. Öğretide de, iş şartlarının esaslı tarzda değişikliğe uğraması durumunda işçinin bunu kabul etmeyerek hizmet sözleşmesini İş K.m.16/II e'ye dayanarak haklı nedenle feshedebilmesi yanında, sözleşmeyi feshetmeyerek ve talimatlara da uymayarak işvereni temerrüde düşürebilme imkanının tanınmasının yerinde olduğu savunulmuştur^{28 29}.

kabil hareketlerinin varlığı tesbit edilmemiş bir işçinin kendisine ilave olarak verilen işi bazı kayıtlar ileri sürerek yapmamış olması, İş Kanununun 17. maddesinde belirtildiği şekilde "yapmakla ödevli bulunduğu görevi yapmamak" şeklinde yorumlanamaz...", Yarg.9.HD., 17.2.1982 t. ve E.1982/167, K.1982/1713, SOYER, Polat, İHU., İş K.17 (No.17).

²⁸ Bkz. EYRENCİ, Öner, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, s.9; SOYER, M. Polat, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s.122; SOYER, İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değişmesi, s.6; TAŞKENT'e göre de, "... böyle bir talimat hukuksal sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle de işçi ... daha elverişli yol olarak önceki işinde ve eski işyerinde çalışmaya devam edecektir. İşverenin bu durumda iş sözleşmesini sona erdirmesi kendi bileceği bir iştir. Son verildiğinde İş Kanununun 13.maddesi ve -koşulları varsa- 14. maddesi ile ... öngörülen giderimleri ödemek zorunda kalacaktır. Buna karşılık fesihle bulunmaz, ancak işçiyi önceki koşullarda çalıştırmamak yolunu seçerse, bu kez de hakkındaki Borçlar Kanununun alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümleri uygulanacaktır (BK 90, 325). Sonuç olarak, işçinin böyle bir durumda "seçimlik hakkının" bulunduğu görülmektedir. Esasen İşK 16'nın anlatımı da bu görüşü, doğrular niteliktedir. Nitekim yasa "... işçi aşağıda yazılı hallerde, dilerse akdi ... feshedebilir" demekle, bu hakkını kullanmayı tamamen onun dileğine, iradesine bıraktığını açık olarak belirtmiş olmaktadır. Bu da yasa koyucunun feshi tek çözüm yolu olarak görmediğinin önemli bir kanıtıdır", TAŞKENT, s.129.

²⁹ KILIÇOĞLU'na göre, "... İşçi iş şartlarının değiştiği yeni işe gitmez eski işine devam eder. Ya da işe hiç gitmez. İşveren eski işine devam eden işçiye İş K. 17/2 (g) ve (d) fıkrasından feshi halinde fesih haksızdır. İşveren hem ihbar, hem de kıdem tazminatlarını öder. İşçi yeni işe gitmediği gibi eski işine de gitmezse burada işçi sadece kıdem tazminatı alır", KILIÇOĞLU, Mustafa, İşveren Kavramının İşlevi ve Üst Kuruluşlara İlişkin Uygulama Sorunları, (Özellikle 1475, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar Yönüyle), İş ve Sosyal

Şüphesiz işverenin temerrüde düşürülebilmesi için de ortamın buna müsait olması gerekmektedir. Örneğin, işyeri herhangi bir nedenden ötürü kapatılan işçi, yeni işyerine gitmeyip eski işyerinde herhalde bekleyerek işvereni temerrüde düşüremez. İyiniyet kuralları buna engel olur³⁰. Ancak, iş şartlarının esaslı tarzda değiştiğini öne sürerek hizmet sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilmesi elbetteki mümkündür.

Buna karşın somut olayda olduğu gibi, işyeri naklini benimsemeyen işçi, yeni işyerine gitmeyip eskisinde çalışmasını sürdürebilir. Bundan sonra, işveren kendisine iş vermek durumundadır. İş vermez ise, temerrüd sözkonusudur. Duruma göre sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği sonucuna da ulaşılabilir.

C) Üzerinde durulması gereken bir problem de fesih hakkının ne zaman ve kimin tarafından kullanılmış sayılacağıdır. Zira işverenin sözleşmede işçinin işyerini değiştirme hakkı bulunmamasına karşın, böyle bir değişiklik yapıldığı zaman işçi yeni işyerine gitmemektedir. Bu durumda eski işyerinde de çalışmaya devam etmiyor ise, işverenler yeni işyerine gidilmediğinden ötürü sözleşmeyi devamsızlık nedenine dayanarak sona erdirmektedirler. Böyle durumlarda, mevcut ilişkinin iyi bir değerlendirilmesi yapılmalı, işçinin davranışlarının fesih olarak nitelendirilebileceği durumlarda, haklı nedenle fesih hakkını kullandığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira, fesih iradesinin yazılı veya eylemli (fiili) olarak kullanılabilmesi mümkündür³¹.

Yargıtay uygulamasında da genellikle kabul edilen, iş şartlarında esaslı tarzda değişikliği kabul etmeyerek yeni işyerine gitmeyen işçinin hiz-

Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, "Prof.Dr. Kemal Oğuzman Anısına", 6-7 Haziran 1997 İstanbul, İstanbul 1997, s.136.

Yargıtay bir kararında, işyeri tahliye nedeniyle kapatılan işçinin aynı işi Kızılayda değil de bu sefer Ulusta yapmak istemeyi kabul etmemesini ve sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesini, iş şartlarında esaslı tarzda bir değişiklik olmadığı gerekçesiyle kabul etmemiştir. Yarg.9.HD., 30.6.1997 t. ve E.1997/10230, K.1997/13243, GÜNAY, s.984.

Fesih bildirimini her zaman açık bir şekilde yapılmayabilir. Olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabilirse bu davranış fesih olarak değerlendirilmelidir", Yarg.9.HD., 20.10.1997 t. ve E.1997/13230, K.1997/17815, Tekstil İşveren, S.219, Ocak 1998, s.18-19, kararın değerlendirilmesi için, SÜMER, Değerlendirme 1997, s.94. Öğretide de, olayın özelliğine ve koşullara göre fesih niyetinin yeterli derecede açıklandığı ve güven teorisi gereği muhatapın bu davranışı bir fesih iradesi olarak yorumlayacak durumda bulunduğu hallerde fesih beyanı var kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzutuna Göre Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1956, s.170-171; EKONOMİ, İş Hukuku, s.167; ÇELİK, İş Hukuku, s.157; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.265-266. SÜZEK, Sarper, Ferdi İş İlişkilerinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.47-48.

met sözleşmesini kendisinin haklı nedenle sona erdirdiği, işverenin devamsızlık nedenine dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ise, işçi daha önce sözleşmeyi sona erdirmiş olduğundan herhangi bir hüküm ifade etmeyeceği ve dolayısıyla işçinin kıdem tazminatı alabileceği yönündedir³². Bu uygulama bize göre de isabetlidir.

Fakat, tekrar belirtelim ki, işyeri değişikliğini içeren (ve iş şartlarını esaslı tarzda değiştiren) bir talimata işçinin mutlak olarak uyması, eğer sözkonusu durumu benimsemiyorsa, altı iş günü içerisinde sözleşmeyi feshetmesi gerektiği sonucuna da hemen ulaşılmamalıdır. Zira, işçi işvereni temerrüde düşürmüş olabilir. **SOYER**'e göre de, "... iş şartlarının tek taraflı olarak işveren tarafından değiştirilmesinde, eğer işverene böyle bir yetki tanınmamış ise, işçi bu talimata uymaz ve işe gitmez ise bu bir fesih midir? Ortada kanımca irade beyanı vardır. Yani bir emareden çok bence, irade beyanından söz etmek daha doğrudur burada. Ama bu, yorumlanması gereken bir irade beyanıdır. Bu irade beyanının nasıl yorumlanacağı ise objektif esaslara göre yapılmalıdır, kanımca. Yani işverenin bu davranıştan nasıl bir mana çıkardığı değil, makul, orta zekalı dediğimiz kişinin bu davranışa nasıl bir anlam verebileceği önemlidir... talimata uymayan işçinin hizmet sözleşmesini feshettiğinden değil, tam tersine, eski şartlara göre çalışmak istediğinden söz etmek daha doğrudur. Aksi bir sonuç, işçiye gerçekte sahip olmadığı bir iradeyi mal etmek olur ki, bu objektif yorumun tabii olması gereken esaslarla da bağdaşmaz"³³.

D) Somut olayda, davacı İzmir Bornova'daki işyerinde çalışırken Aydın Söke'deki işyerine nakledilmiş, fakat bu nakli kabul etmeyen işçi eski işyerinde çalışmalarına devam etmiştir. İşveren işçisinin yeni işyerine git-

³² "Her ne kadar davacı vasıflı işçi değilse de çöp toplama gibi yeni bir işte görevlendirilmesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/2-e maddesinde öngörülen iş şartlarında esaslı bir tarzda değişiklik niteliğinde saymak gerekir. Böyle olunca işyerine gitmemek şeklinde davacının tutumunun haklı nedenle fesih olarak kabul edilmesi ve bunun sonucu olarakta kıdem tazminatının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir...", Yarg.9.HD., 26.2.1997 t. ve E.1996/20240, K.1997/3344, GÜNAY, s.990-991; "İşçinin işverenin bir işyerinden diğerine nakledilmesi, iş şartlarının esaslı tarzda değişikliği anlamını taşıyıp ve işçiye hizmet akdini bildirimsiz olarak feshetmek imkanı verir. İşçi yeni işyerine işe devam etmemek suretiyle hizmet akdini zımnen feshetmiş olmaktadır...", Yarg.9.HD., 21.6.1990 t. ve E.1990/7006, K.1990/7675, SOYER, Karar İncelemesi, s.251 vd.; Yarg.9.HD., 13.1.1997 t. ve E.1996/16268, K.1997/38, GÜNAY, s.992; Yarg.9.HD., 21.3.1995 t. ve E.1194/18152, K.1995/8576, GÜNAY, s.1015; Yarg.9.HD., 6.12.1995 t. ve E.1995?21107, K.1995/35154, GÜNAY, s.1006-1007; Yarg.9.HD., 25.4.1995 t. ve E.1995/2510, K.1995/14072, GÜNAY, s.974.

³³ SOYER, Genel Görüşme 1988, s.122. TAŞKENT'e göre de, .. (işçinin) bu tutumu, iş sözleşmesinde açık veya örtülü olarak kabul edilen ve uygulanmakta olan iş koşulunun sürdürülmesini istediği anlamına gelir", TAŞKENT, s.127.

memesini, sözleşmenin iş şartlarında esaslı tarzda değişiklik nedeniyle İş K.m.16/II, e'ye göre feshi saymış ve işçisine kıdem tazminatını ödemiş ve işyeri ile ilişkisini kesmiştir. Oysa, davacının kararda da belirtildiği gibi yazılı veya eylemli herhangi bir fesih iradesi bulunmamaktadır. Bilakis açık bir biçimde işyeri değişikliğini kabul etmemiş ve eski işinde çalışmaya devam etmiştir. Bu halde sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini ileri sürmek hukuken mümkün değildir. Eğer yeni işyerine gitmediği gibi, eski işyerinde de çalışmaya devam etmeseydi, o zaman sözleşmeyi feshin iradesinin var olduğundan bahsedilebilirdi.

Olayda enteresan olan nokta, sözleşmenin yeni işyerine gidilmemesi nedeniyle işveren tarafından devamsızlığa bağlı olarak sona erdirilmemiş olmasıdır. Zira benzer olaylarda genellikle işverenler devamsızlığı öne sürerek sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirdiklerini ifade etmektedirler. Ancak burada işveren, sözleşmeyi işçinin haklı nedenle sona erdirdiği sonucuna ulaşmış, işçinin işyeri ile ilişkisini kesmiş ve kıdem tazminatını da ödemiştir. Halbuki, işçinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi olmadığından, işçinin işyeri ile olan ilişkisinin kesilmesi, sözleşmenin işveren tarafından bitirildiği (feshedildiği) anlamına gelir. Bu durumda yapılan fesih, İş K.m.13'e göre bildirimli fesihdir. İhbar sürelerine riayet edilmediğinden de usulsüz fesih vardır ve ihbar tazminatı sözkonusudur. Ancak fesih hakkının kötüye kullanılması sözkonusu olmadığından kötüniyetli fesih ve kötüniyet tazminatı talep edilemez. Zaten davada da böyle bir talepte bulunulmamıştır.

Böylece Yargıtay, işyeri haksız bir biçimde değiştiren işçinin (elbette ki bu değişiklik esaslı olmak zorundadır) buna uymayarak eski işyerine gelerek çalışması durumunda, işverenin bu teklifi kabul etmemesi ve sözleşme ilişkisine son vermesi halinde, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alabileceği sonucuna ulaşmıştır. İşçinin eski işyerine gelerek çalışması yanında, böyle fiili bir çalışma olmaksızın, edimini sunmaya hazır olduğunu teklif ettiği durumlarda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Bu açıdan Yargıtay kararında varılan sonuç, kanaatimizce isabetlidir. Yalnız böyle bir sonuç kabul edilirken gözü ardı edilmemesi gereken, yukarıda da belirttiğimiz gibi³⁴, işçinin eski işyerine gelerek çalışabilme imkanının bulunmasıdır. Eğer işyeri bir bütün olarak nakledilmiş ise, artık işçinin eski işyerine gelerek çalışabilme imkanı olamayacağından, işverenin temerrüde düşürülmesi ve sözleşmenin işveren tarafından feshinden de söz edilemeyecektir. Ancak işçi bu halde İş K.m.16/II e'ye dayanabilir.

Bununla birlikte daha önceki benzer bir olayda Yargıtay farklı bir sonuca ulaşmıştı. Gerçekten, "Davacı, işverenin bir fabrika işyerinden diğer bir

³⁴ Bkz. yuk.dn.30 civarı.

fabrikadaki işyerine verilmiştir. Fakat davacı, iş şartlarının esaslı bir tarzda değiştirilmiş olması nedeniyle yeni işyerine gitmemiş, eski işyerine gelerek beklemiştir. İşveren ise disiplin kurulu kararı uyarınca davacının iş akdini devamsızlıktan feshetmiştir. Davacı feshin haksızlığını ileri sürerek kıdem tazminatı ve diğer işçilik hakları yanında ihbar tazminatı da istemiştir. Mahkemece fesih haklı görülmeyle ihbar tazminatına da karar verilmiştir. Ancak, cereyan şekline ve belirtilen duruma göre olayda davacının feshi sözkonusudur. Zira davacı yeni işine devam etmemek suretiyle iş akdini zımnen feshetmiş olmaktadır. Bu durum karşısında ayrıca işverenin feshi hukuki bir sonuç doğurmaz. İş şartlarının esaslı bir şekilde değişikliği de bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre davacı fesihte haklıdır. İşçinin haklı nedenle feshinde ise, İş Kanunu'nun 16/II. bendinin ilgili fıkrasına göre bildirimsiz fesih sözkonusu olacağından ihbar tazminatı isteyemez. O halde ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekir"³⁵. Burada, işyeri değişikliğini kabul etmeyen işçi eski işyerine gelmiş, fakat işveren kendisini çalıştırmamış, yeni işyerine gitmediğinden ötürü de devamsızlık nedeniyle sözleşmeyi feshetmiş, ancak Yargıtay, yeni işyerine gitmemeyi sözleşmenin zımnî feshi olarak kabul etmiş, dolayısıyla işçinin kıdem tazminatı alabileceğini belirlemiştir. Oysa Yargıtay, işverenin temerrüdünden hiç bahsetmemiştir. Bu karar ile, inceleme konusu yaptığımız kararlar, aslında aynı niteliktedir. Dolayısıyla Yargıtayın bu eski görüşünün yerinde olmadığı düşüncesindeyim"³⁶.

³⁵ Yarg.9.HD., 21.6.1990 t.ve E.1990/006, K.1990/7675, İşveren, C.XXIX, S.5, Şubat 1991, s.20, kararın değerlendirilmesi için, NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s.53-54, incelenmesi için SOYER, Karar İncelemesi, s.251 vd.

³⁶ Öğretide de Yargıtayın bu görüşü eleştirilmiştir. OĞUZMAN'a göre, "... eğer bir kimse- nin iradesinin aksi yolda olduğu kendi davranışıyla ortadaysa, onun davranışını artık, onun gerçek arzusunun tam tersine yorumlamak ve onu fesih beyanı telakki etmek mümkün değil. Bir işçi tasavvur edin ki, bu işçi hayır, işten falan çıkmak istemiyor. Böyle bir niyeti yok. Öyle niyeti olmadığını da göstermiş, nakledildiği işyerine değil de eski işinin bulunduğu işyerine girmiş orada iş bekliyor ve biz bu adamın davranışını 16. maddeye göre fesih telakki ediyoruz... işveren bu akdi haksız feshetmiştir dersek kıdem tazminatını gene alacak ama artı ayrıca ihbar tazminatı alacak. Burada doğru olan çözüm tarzı, işçinin akdi 16. maddeye göre feshettiği tarzında değil, bilakis işverenin bu davranışıyla hizmet akdini haksız feshettiğidir... Eğer işçiyi öbür işyerine nakletmişse, işçi o işyerine gitmeye mecbur değil. Eski işini istemek hakkına sahip. Eğer işveren eski işini ona olduğu gibi vermiyorsa, işte o zaman işveren haksız fesih yapmıştır..." OĞUZMAN, M. Kemal, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s.95-96. SOYER'e göre de, "... iş şartlarındaki değişikliğe rıza göstermeyip işe gitmeyen işçinin bu tutumuyla akdi feshetmiş sayılacağına ilişkin Yargıtay içtihadını eski şartlara göre çalışma iradesinin mevcut olduğu hallerde benimsemek mümkün değildir. Önceki işyerinde çalışmaya devam etme isteğini -oraya gitmemek

Ayrıca, inceleme yaptığımız kararı ile Yargıtayın önceki görüşünden döndüğü sonucuna da ulaşılacaktır.

E) Batı ülkelerinde de iş şartlarında esaslı tarzda bir değişiklik olması durumunda işçinin buna yol açan işveren talimatına uyma mecburiyetinin olmadığı, bununla birlikte sözleşmenin işverenin bahse konu davranışı nedeniyle işçi tarafından sona erdirilmesi durumunda dahi, ilişkinin işveren tarafından ortadan kaldırılmış sayılması gerektiği kabul edilmektedir.

Alman Hukukunda işyerinde gerekli koruyucu önlemlerin alınmaması halinde işçi hizmet akdini feshetmeyip, temerrüt hükümlerinden yararlanabileceği gibi, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi durumunda da, fesih hakkını kullanmayarak BK.m.81'de tanınan hakkını kullanabilir³⁷. Bununla birlikte, Alman Hukukunda, işverenin tek taraflı çalışma şartlarını değiştirme yetkisinin bulunmadığı bir halde, yine de değişiklik yapıyorum diyerek işçiyi hizmet akdini feshetmeye zorlaması mümkün değildir. Bilakis böyle bir durumda işveren çalışma şartlarında hukuka aykırı olmayan bir değişiklik yapmak istediğini işçiye bildirecek, işçi bunu kabul ederse yeni şartlara göre çalışma ilişkisi devam edecek, buna karşın kabul etmezse sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Bu halde fesih için gerekli olan tüm şartlara riayet edilecek ve sözkonusu olan tazminatlar da ödenecektir. Bu feshetme "değişiklik feshi" adı verilmektedir³⁸.

Fransız Hukukunda da, Yüksek Mahkemeye göre, işyerinin haksız bir biçimde değiştirilmesi suretiyle sözleşmenin feshedilmek zorunda kalınması durumunda, feshin işveren tarafından yapıldığının kabulü gerekir³⁹. Böylece, hizmet akdinin işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi, şarta bağlı

suretiyle hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya koymuş bulunmasına rağmen işçinin akdi feshettiğini (!) kabul ederek hukuk tekniği bakımından tutarsız bir düşünce ileri süren yüksek mahkeme, bir taraftan işçiye sahip olmadığı bir iradeyi mal etmekte, diğer taraftan da işverenin yaptığı haksız feshi geçersiz kılarak işçiyi talep edebileceği tazminatlardan yoksun bırakmaktadır", SOYER, Karar İncelemesi, s.254. Buna karşın NARMANLIOĞLU, "işyerine gitmeme hakkı" anlamına gelecek bir talimata uymamak hakkının mevcudiyetini kabul etmenin hukukumuz açısından pek mümkün olmayacağı görüşündedir. Bkz. NARMANLIOĞLU, Değerlendirme 1990, s.55. ,

³⁷ SOYER, Karar İncelemesi, s.257 ve orada belirtilen yazarlar; SOYER, İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değişmesi, s.58; Ayrıca bkz. DEMİR, Fevzi, İş Güvencesi Hukuku, 2.B., İzmir 1999, s.109-111.

³⁸ EKONOMİ, Münir, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, s.137.

³⁹ Bkz. SÜZEK, Sarper, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s.121.

işten çıkarma olarak nitelendirilmekte ve işveren işçiye karşı tüm tazminatları ödemek borcu altına girmektedir⁴⁰.

İngiliz Hukukunda da, işveren davranışlarının hizmet sözleşmesinin ihlali niteliğini oluşturduğu durumlarda, bunu kabul etmeyen işçi sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu davranışa işveren sebep olduğundan, sözkonusu durum (kanunen varsayılan) zımni fesih (constructive dismissal) olarak kabul edilir ve sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Bir başka ifadeyle işveren davranışlarının zorlamasıyla işçinin istifa ettiği durumlarda, işveren tarafından yapılmış zımni bir fesih vardır. Sözkonusu hallere örnek olarak, işçinin işyerinin başka bir yere nakledilmesi, iş şartlarında esaslı tarzda değişiklik yapılması, ücretin haksız bir biçimde zamanında hesap edilmemesi veya ödenmemesi, kişinin hukuka aykırı biçimde statü değişikliğine uğraması, disiplin prosedürünün yanlış uygulanması, kanunsuz bir görevin ifasını istenmesi, tatil hakkının tanınmaması, şirketin tahsis ettiği aracın geri alınması, çalışma saatlerinde değişiklik yapılması, işçi sağlığı ve işgüvenliği önlemlerinin alınmaması vs. verilebilir⁴¹.

Hukukumuz açısından işveren davranışlarının zorlaması nedeniyle işçinin sözleşmesini feshetmesi durumunda, sözkonusu feshi, işveren yapmış gibi kabul etmek, henüz mümkün görülmemektedir. Buna karşın, işverenin zorlamasıyla işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi durumunda ihbar tazminatı alabileceği görüşü Rahmetli Hocamız OĞUZMAN tarafından savunulmaktadır⁴².

III. Sonuç olarak, yukarıda inceleme konusu yaptığım ve çalıştığı iş yerinden başka bir işyerine hukuka uygun olmayan bir biçimde nakledilen işçinin, bu nakli kabul etmeyip eski işinde çalışması, buna karşın işverenin işçisinin işyeri ile ilişkisini kesmesi durumunda hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiği ve bu nedenle kıdem tazminatı yanında işçiye ihbar tazminatının da ödenmesi yolundaki (ve önceki uygulamalarından dönen) Yargıtay kararına katılmaktayım. (*Temmuz 1999*)

⁴⁰ DEMİR, s.111.

⁴¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. SMITH, S. T./WOOD, John/THOMAS, Gareth, *Industrial Law*, London 1993, s.338 vd.; PAINTER, Ricard/PUTTICH, Keith, *Employment: Rights and Remedies*, A Reference Handbook, London 1993, s.52 vd.; UPEX, Robert, *The Law Of Termination Of Employment*, 4th edition, London 1994, s.113 vd.; RICH, M. A./EDWARDS, A./MEAD, Helen, *Mead's Unfair Dismissal*, 4th edition, London 1994, s.71 vd.; SELWYN, N. M., *Law Of Employment*, London 1991, s.275 vd.

⁴² Bu görüş için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal, *Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Genel Görüşler, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s.117-118.

t-

n

vi

n

ir

n

t-

n

k

a

,

n

t-

ji

s-

ş

n

ir

n

s-

n

n

t-

ti

t-

al

s,

n

I.

;

n

ş-

l.