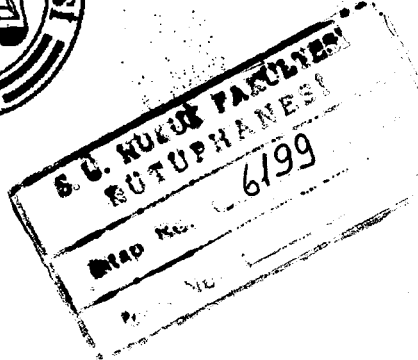


SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK FAKÜLTESİ**  
**DERGİSİ**



MİLENYUM  
**ARMAĞANI**

Cilt : 8	2000	Sayı : 1-2
----------	------	------------

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**MİLENYUM ARMAĞANI**



**Bu Sayıyı Baskıya Hazırlayanlar**

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Arş. Gör. Ali Şafak BALI  
Arş. Gör. Cemil KAYA

**Haberleşme Adresi**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Alaaddin Keykubat Kampusu 42079 Kampus/KONYA  
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05  
E-mail: vdogan@selcuk.edu.tr; fusan@selcuk.edu.tr

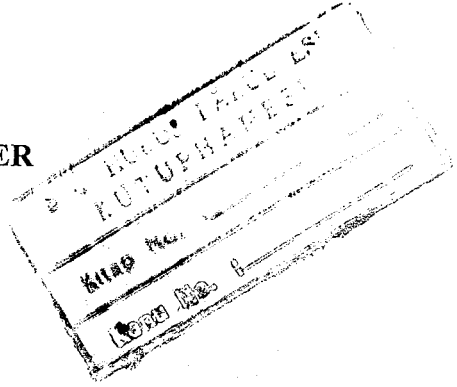
**Akademik Hakem Heyeti**

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ	Doç. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Doç. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Eyüp G. İSBİR	Doç. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL	Doç. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	Doç. Dr. Murat SEZGİNER
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Doç. Dr. Ömer ULUKAPI
Doç. Dr. Gül AKYILMAZ	Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Dr. İzzet ÖZGENÇ

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinin yazılı izni olmaksızın çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu yayında yer alan makalelerde savunulan görüşler yazarlara aittir. Fakültenin görüşünü yansıtmaz.

## İÇİNDEKİLER



### İÇİNDEKİLER

#### **İç Hukuk**

Dr. Ömer Ulukapı Koncordatonun Sonuçları..... (The Results of Concordat)	9
Doç. Dr. Ahmet Gökçen Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler..... (Views on Organ and Tissue Transplantation)	61
Gör. İbrahim Özbay Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı..... (The Prohibition on Compulsary Execution Between Spouses)	87
Gör. Abdurrahman Savaş Evlümenin Yokluğu..... (Nullity of Marriage)	121

#### **İç Hukuku**

Dr. Bahtiyar Akyılmaz Yerli İdarelerde Özerklikliğe Yönelik Tehditler Merkezleşme Eğilimleri..... (Trends Towards the Autonomy on the Local Government and Trends of Centralisation)	141
Dr. Yavuz Atar Yasa Mahkemesinde İptal Davası Açılması Usulü..... (Application Procedure for Annulment Action to the Constitutional Court)	161
Dr. Enver Bozkurt Akarsuların Kirliliği ve Sorumluluk..... (Pollution of International Watercourses and Responsibility)	171

Von Izzet Özgenç

**Die Stellung Der “Minderheiten” Im Türkischen Recht Unter  
Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität..... 193**

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Gökçen

**Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı ve İnfazı Sistemleri ..... 205**  
(The Aim of the Imprisonment Sentences and Systems of Execution)

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Dülger

**Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi ..... 217**  
(Interpretation of the Rape from the Perspectives of  
Perpetrator and Injured Party)

Yrd. Doç. Dr. Halil Kalabalık

**Metropolitan Alan Yönetim Modelleri İçerisinde  
Türkiye Metropolitan Yönetimlerinin Yeri Ve Yasal Çerçevesi..... 237**  
(Metropolitan Government in Turkey and its Legal Limits  
Regarding to Models of Metropolitan Governing)

Dr. Mustafa Avcı

**Sigortanın Osmanlı Hukukuna Girişi ..... 267**  
(The Entrance of Insurance to Ottoman Legal System)

Dr. F. Nurhayat Şahin

**Kamu Yönetimi Açısından 54.-57. Hükümet Programları ve Siyasi  
Parti Programlarının Karşılaştırılması ..... 291**  
(A Comparison of the Programs of 54<sup>th</sup> and 57<sup>th</sup> Government and the  
Party Programs with Regard to Public Administration)

Dr. İbrahim Kaya

**The Stockholm Commitments: Progressive Development  
Of International Environmental Law ..... 301**

Dr. Berrin Bozdoğan Akbulut

**Kaçırma ve Alıkoyma Suçları ..... 313**  
(The Crimes of Abduction and Detaining)

Ali Şafak Bali

**A Pluralist Theory Of Justice: Walzer’s Spheres Of Justice ..... 353**

Arş. Gör. Cemil Kaya

**Mahkumiyet Kararının Tecil Edilmesinin Belediye Başkanı Seçilme  
Yeterliğine Etkisi ..... 379**  
(Suspended Sentences and Their Effects on the Eligibility for Majorship)

. Gör. S. Burak Açıdoğru re Hukukunda Yetki ve İmza Devri.....	391
(Delegation of Power in Administrative Law)	
. Gör. Vahdettin Aydın - Arş. Gör. Yüksel Metin ti İçi Demokrasi .....	403
(Inter-Party Democracy)	
. Gör. Yılmaz Yurtseven m Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında mülerin Hukuki Statüsü.....	439
(Legal Status of Zimmis in the Application of omic and Classic Age Ottoman Law)	
. Gör. Nuran Ay anılı Devletine Liberalizmin Etkileri .....	463
(Effects of Liberalism on Ottoman Empire)	
onomi - Maliye	
M. Okan Taşar törel Yapıya İlişkin Plan Hedefleri ve Rant Kollama .....	505
(Planning Targets About Sectoral Structure and Rent Seeking)	
M. Okan Taşar im Ekonomisi ve Kamu Harcamaları .....	515
(Economic Functions and Public Expenditures)	

## **Z ÖZETLERİ**

ctora Tezleri

nu Hukuku

Reyhan Sunay

upa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında  
e Hürriyetinin Korunması .....

(Protection of Freedom of Expression in the European Convention  
(Turkish Constitution))

Berrin Bozdoğan Akbulut

şim Suçları .....

(Computer Crimes)

## Yüksek Lisans Tezleri

### Özel Hukuk

Arş. Gör. B. Banu Sarıhan

**Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi**..... 557  
(The Dissolution of the Joint Ownership)

Arş. Gör. Abdurrahman Savaş

**Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi**..... 583  
(The Act of Proxy in Roman and Turkish Law)

### Kamu Hukuku

Dr. Reyhan Sunay

**Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere ve 1982 Anayasası**..... 615  
(The Requirements of Democratic Society Order and the Constitution of 1982)

Dr. Berrin Bozdoğan Akbulut

**Rüşvet Suçları** ..... 633  
(Bribery)

Arş. Gör. Hasan Mor

**Die Technologietransferproblematik In Den Internationalen Beziehungen**..... 653

Arş. Gör. M. Onursal Cin

**Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi**..... 665  
(Enforcement Authority of the Police)

## KARAR İNCELEMELERİ

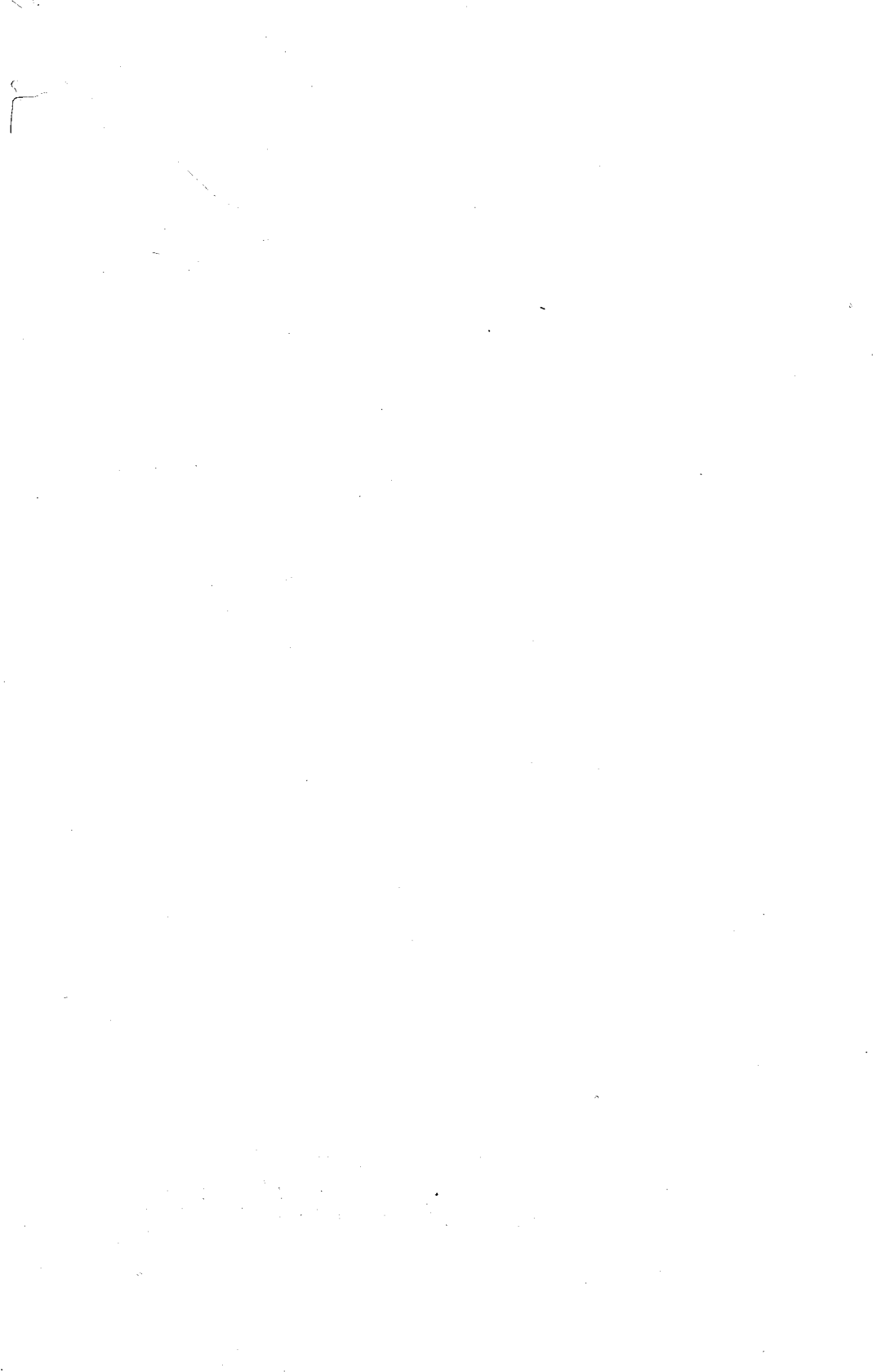
Yrd. Doç. Dr. M. Fatih Uşan

**Kıdem Tazminatı Hesaplamasında Ölen İşçinin Değişik Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetleri Birleştirilebilir mi?**..... 689  
(Are the Service Periods Elapsed in Different Public Organisations of an Ex-Employee to be Combined in the Calculation of His Severance Pay?)

Dr. Berrin Bozdoğan Akbulut

**Hırsızlık - Bilgisayar Aracılığıyla Hukuka Aykırı Yarar Sağlamak** ..... 699  
(Theft - Getting Unlawful Benefits Through Computing)

**MAKALELER**





## KONKORDATONUN SONUÇLARI

Doç. Dr. Ömer ULUKUPI(\*)

## A- GENEL OLARAK

Konkordato, dürüst bir borçlunun ödeme teklifinin konkordatoya tâbi alacaklıların kanunda öngörülen belirli bir çoğunluğu tarafından kabulü ve yetkili makamın onayı ile gerçekleşen ve borçlunun, borçlarının bir kesiminden kurtulmasını veya ödeme şeklinin borçlu menfaatine değişmesini sağlayan, alacaklıların eşit olarak tatminine yönelik kolektif bir cebri icra müessesesidir<sup>(1)</sup>. Tasdik edilen konkordato kural olarak bütün alacaklılar için hüküm ifade eder<sup>(2)</sup>. Başka bir deyişle, konkordatoya tâbi bütün alacaklılar konkordato prosedürüne katılmış olsun olmasın, seyyanen konkordato koşullarına tâbi olacaklardır. Bu çerçevede konkordatonun tasdik edilmesiyle birlikte konkordatonun hüküm ve sonuçları oluşacaktır. Konkordatonun tasdiki sonucu ortaya çıkan bu sonuçların bir kısmının maddi, bir kısmının takip hukuku içerikli olduğu görülmektedir. Burada bütün olarak konkordatonun sonuçlarını inceleyeceğiz.

(\*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Bkz. **Ulukapı, Ö.**, Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 7 vd.; **von Overbeck, A.**, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1940, s. 230; **Üstündağ, S.**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 8-9; **Altay, S.**, Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul 1993, s. 13; **Kuru, B.**, Konkordato (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsünün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1963, s.117-154), s. 117; **Uyar, T.**, Gereğçeli ve İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.III, Maddeler 269-370, İzmir 1975, s. 2503; **Ansay, S. T.**, Hukuk İcra ve İflâs U-sulleri, B.5, Ankara 1960, s. 337; **Köymen, H.**, Borçluyu Koruyan Kanunî Yollardan Konkordato, Hukukî Tesir ve Neticeleri (İBD., 1964/5-6, s. 80-86), s. 82; **Arar, K.**, İcra ve İflâs Hükümleri, C.2 (İflâs), Ankara 1945, s. 252.

(2) Konkordatonun tasdikinin bütün alacaklılar ve borçlunun bütün malvarlığı hakkında hüküm ifade edeceğine ilişkin bu kural konkordatonun ülke içi tesirleri bakımındandır. Konkordatonun uluslararası etkisinin (internationale wirkung) o ülkenin iç hukuk düzeninin bağlı olduğu normlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, Türkiye'deki bir borçlunun bağıttığı bir konkordatonun, borçlunun Türkiye dışındaki malvarlığı hakkında hüküm ifade edebilmesi için yabancı ülke ile Türk devleti arasında bu konuda bir sözleşmenin bulunması veya uluslararası bir sözleşmeye dayanılması gerekir. Ayrıca, bu karar hakkında o devlet yargı organının bir tenfiz kararı vermesi gerekecektir. Aynı doğrultuda İsviçre hukuku bakımından bkz. **Fritzsche, H./ Walder-Bohner, H.U.**, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, s. 645.

## B- KONKORDATONUN TASDİKİNİN SONUÇLARI

### I- Konkordatonun Bütün Alacaklılar İçin Zorunlu Olması

#### 1- Kural

Tasdik edilen konkordato kural olarak bütün alacaklıları bağlayıcı bir niteliğe sahiptir<sup>(3)</sup> (4). Konkordatonun genel ve evrensel<sup>(5)</sup> bir yapı arzemesinin

- (3) **Jaeger, C.**, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Bd. II. Zürich 1911. Art. 311. N. 2. s. 460; **Holzhammer, R.**, Oesterreichisches Insolvenzrecht, Konkurs und Ausgleich, 2. Aufl., Wien-New York 1983. s. 167; **Amonn, K.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl., Bern 1993. s. 452; **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 638; **Bartsch, R./ Heil, R.**, Grundriss des Insolvenzrechts, 4. Aufl., Wien 1983. s. 107; **Büchi, A./ Meier, I./ Bosshard, U.**, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungs-rechts, Bd. I, 2.Aufl., Zürich 1982, s. 134; **Jaeger, C./ Daeniker, M.**, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis, Der Jahre 1911-1945, C. I, Zürich 1947, Art. 311, N. 2, s. 542; **Blumenstein, E.**, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungs- rechts, Bern 1911, s. 920; **Walder, H. U.**, Schuldbetreibung und Konkurs, 13. Aufl., Zürich 1995, s. 131; **Keller, G.**, Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs mit einer historischen Einleitung, Diss., Zürich 1891, s. 104; **Kuhn, W.**, Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht, Winterthur 1948, s. 48; **Glarner, H.**, Das Nachlassvertragsrecht nach schweizerischem SchKG, Zürich 1967, s. 27; **Hurter, H.**, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, Diss., Luzern 1988, s. 21; **Papa, G.**, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss., Bern 1941, s. 10; **Berkin, N. M.**, İflâs Hukuku, B.4, İstanbul 1972, s. 569; **Berkin, N. M.**, Konkordatonun Hükümleri (İBD.,1949/ 11, s. 641-669), s. 641; **Üstündağ, S.**, İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), B. 5, İstanbul 1998, s. 204; **Gürdoğan, B.**, İflâs Hukuku Dersleri (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Ankara 1966, s. 201; **Postacıoğlu, İ. E.**, Konkordato, İstanbul 1965, s. 103; **Belgesay, M. R.**, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1946, s. 15; **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, B. 3, İstanbul 1997, s. 3786; **Kuru, B.**, İflâs ve Konkordato Hukuku, B. 2 (Tıpkı Basım), İstanbul 1988, s. 483-484; **Kuru, B./ Görgün, Ş.**, İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, Ankara 1997, s. 253; **Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E.**, İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), B. 11, Ankara 1998, s. 554; **Buruloğlu, E./ Reyna, Y.**, Konkordato Hukuku ve Tatbikat, İstanbul 1968, s. 78; **Ulukapı, s. 84; Altay, s. 389; 11. HD., 23.1.1984, 30/202: "Her ne kadar İİK'nun 303. maddesi hükmüne göre, tasdik edilen konkordato bütün alacaklar için mecburi ise de, davacı banka vekili borçlu aleyhine yaptıkları takibe itiraz edildiğini ve konkordatonun kendilerinden gizlendiğini ve davanın da bu nedenle ikâme edildiğini ileri sürmüş olmasına göre, mahkemece söz konusu konkordato dosyası celbedilerek, davacı banka alacağının kayıtlı olup olmadığı ve bu alacağın İİK'nun 302/2. maddesinin 2. cümlesinde yazılı rehinli alacaklardan olup olmadığı araştırılıp, şayet banka alacağının konkordatoya dahil ve ona tâbi bir alacak olduğu tesbit edilecek olursa, o zaman davaya devam edilmek, aksi halde yani konkordatoya dahil olmadığı anlaşıldığı takdirde ise, davanın konusunun kalmadığına karar vermek... gerekir-ken..." (Uyar, İİK, s. 8670).**
- (4) Tasdik edilmiş bir konkordatonun etkisi bunu elde etmiş bulunan borçluya münhasırdır. Bineanaleyh, şahıs şirketinin (örneğin, kolektif şirket) elde ettiği konkordatodan yalnız şirket yararlanır. Yoksa, şirket ortakları yararlanamaz. Ortakların şirketin konkordatosundan yararlanabilmeleri için ya alacaklıların m. 295'e uymaksızın konkordatoya kayıtsız şartsız olumlu oy vermiş olmalarına, ya da ortakların da şirketle birlikte ve ayrı ayrı konkordato teklifinde bulunarak bu konkordatonun tasdik edilmiş olmasına bağlıdır (bkz. **Kuru, B.**, Şahıs Şirketleri

sonucudur<sup>(6)</sup>. Konkordatonun bu bağlayıcılık özelliği konkordatoya kaydolmuş ve kabul etmiş alacaklılar ile konkordatoyu kabul etmeyen alacaklılar bakımından zorunludur<sup>(7)</sup>. Bunun gibi, konkordatoya alacağını yazdırmamış alacaklılar için de bağlayıcı bir nitelik taşır<sup>(8)</sup>. Konkordatonun mühlet verilmesinden önce doğmuş bulunan bütün alacaklılar için zorunlu olmasının istisnası rehinli ala-

ve Ortaklarının İflâsı, Ankara 1963, s. 27; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 129). Aynı şekilde müteselsil borçlulardan birinin konkordatosunun tasdikinin, diğer müteselsil borçluların sorumluluğunu etkilemez. 12. HD., 17.2.1984, 863/1657: "Borçlulardan Bilal'in konkordato istemesi hatta konkordatonun tasdiki, müteselsil borçlunun sorumluluğunu etkilemez. Kefalet durumu söz konusu olmadıktan, konkordato indiriminden dahi müşterek ve müteselsil borçlu muteriz Nedime istifade edemez. Kaldı ki, Bilal'in konkordato isteği reddedilmiştir. Senet lehdarı alacaklının tamamen doldurulmadan verilen senedi doldurulmuş oluşu, TTK'nun 592. maddesine göre anlaşmalara aykırı olarak doldurulduğu belgelendirilmediğiçe, alacağa etkili olmaz. Ceza mahkemesi ilâmında, alacaklının sahtecilikten mahkum olması, senedin bilahare doldurulmasına dayalı olup, anlaşmalara aykırı doldurulduğu tesbit edilmiş değildir. Bu nedenle 592. maddedeki anlaşmalara aykırı doldurulması hususunun kanıtlandığı kabul edilemez. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8669).

(5) "Universalitaetsprinzip".

(6) **Holzhammer**, s. 167; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 103; **Berkin**, İflâs, s. 569.

(7) **Jaeger**, Art. 311, N. 2, s. 460; **Büchi/ Meier/ Bosshard**, s. 135; **Amonn**, s. 452; **Hindermann, W. E.**, Leitfaden zum SchKG, Zürich 1960, s. 201; **von Overbeck**, s. 189; **Glarner**, s. 27; **Hurter**, s. 21; **Papa**, s. 10; **Berkin**, İflâs, s. 569; **Üstündağ**, İflâs, s. 204; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 103; **Kuru**, Konkordato, s. 485; **Ansay, S. T.**, Konkordato (AD., 1940/3, s. 158-178), s. 172.

(8) **Hindermann**, s. 201; **Belgesay**, İflâs, s. 16; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, İcra, s. 554; **Kuru/ Görün**, s. 253; 12. HD., 14.5.1990, 1989/12555, 1990/5603: "Alacağın konkordatonun tasdikinden evvele ait olmasına, ilâm tarihinin veya kesinleşmesinin alacağın konkordatonun tasdikinden sonra doğduğunu göstermeyeceği, İİK'nun 303. maddesi hükmüne ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz taleplerinin reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8666); 12. HD., 4.11.1974, 9705/9496: "Konkordatonun hükümlerini İİK'nun 303 ve 304. maddeleri göstermiştir. Kaideten konkordato bu hususta konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş olan bütün alacaklar için mecburi bulunmuş olup istisnalarını bu Yasanın 303. maddesi göstermiştir. Davacı bankanın alacağı bu istisnalar dışındadır. Onaylanmış olan konkordato yalnız kabul edenler için için uyulması mecburi bir sonuç doğurmayıp, konkordatoyu reddetmiş alacaklı için de muteberdir. Konkordato projesinde gösterilmemiş veya alacağını kaydettirmemiş bulunan alacaklıların alacağı mühletten evvel doğmuş ise, borçlu lehine konkordatonun tasdiki ile doğan bu duruma kendilerinin uyması zorunluğu bulunduğu gibi, konkordatoya alacağını kaydettirmemiş olan alacaklıların alacağını borçlu bu şartlarla ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, davacı bankanın alacağını konkordato şartlarına göre borçlu vadesinde ödemese, yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle bu tür alacaklıların İİK 307. maddesine dayanarak konkordatonun feshini istemeye yetkisi vardır. Alacağı kaydettirmemenin hukuki sonucu ancak, konkordato müzakerelerine iştirak ve rey kullanmak hakkını zayi etmekten ibarettir. Bu durum alacağı talep hakkını düşürmez. Bu ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile..." (Olgaç, s. 2025); ayrıca bkz. İİD., 10.9.1965, 8923/9212 (AD., 1965/10, s. 1272 vd.).

caklar, imtiyazlı alacaklar ile kamu alacaklarıdır. Öte yandan, konkordato mühleti verildikten sonra doğmuş bulunan borçlar konkordatodan etkilenmeyecekleri için, bu borçlar yönünden, alacaklıların takipte bulunabilme<sup>(9)</sup> veya verilmiş mahkeme kararlarının aynen infazını isteme<sup>(10)</sup> hakları vardır.

Konkordatonun konkordato mühletinden önce doğmuş bulunan alacaklılar bakımından bağlayıcı özelliği nedeniyle alacaklılar alacağını konkordato şartları kapsamında alabileceklerdir<sup>(11)</sup>. Bu husus konkordatoya tâbi bütün alacaklılar bakımından eşitlik ilkesinin<sup>(12)</sup> bir sonucudur<sup>(13)</sup>. Kanunda belirtilen istisnalar haricinde bütün alacaklılar alacaklarını konkordato şartları dairesinde elde ede-

(9) 12. HD., 12.7.1993, 8350/12500: "Konkordatonun tasdikine dair karar 16.7.1991 tarihinde verilmiş ve 9.12.1991 günü Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir. Konkordato; tasdikten itibaren 1 yıl ödemesiz olup, 36 ay içinde % 30 faizle ödenmesi kararlaştırılmıştır. Takip dayanağı bono, 16.10.1989 tanzim tarihli olduğuna, konkordatodan önce düzenlendiğine ve yine konkordato şartlarına göre takip yapılabileceğinden, mercie mühletlerin bittiğinden bahisle, takibin devamını sağlar şekilde borçlular isteminin reddine karar verilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8660-8661); 12. HD., 24.6.1986, 13002/7316: "Takip yasağının konkordato mehli içerisinde olduğu, İİK'nun 303. maddesine göre, tasdik edilen konkordatonun bütün alacaklılar için mecburi oluşunun, tasdik kararından önce doğmuş alacaklar için söz konusu olduğu, konkordatonun tasdikinden sonraki borçlanmalarda İİK'nun 303. Maddesinin uygulanamayacağı düşünülmeden, itirazın kabul olunması isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8661); 12. HD., 22.1.1986, 68/603: "Borçlu hakkında cebri icra yasağı konkordato için borçluya verilen mehlin bitmesi geçen süre ile sınırlıdır. Konkordato tasdik edilmiş ise, bu tarihten evvel doğmuş borçlara uygulanması mecburidir ve borçlu konkordato şartlarına uygun biçimde ödeme ile konkordato mehli bittikten sonra bu şartlara uygun şekilde icra takibi açılmasına yasal engel kalmamaktadır. Mercinin bu esaslar dairesinde inceleme yaparak sonuca ulaşması gerekirken, konkordatonun kesinleştiğinden bahisle yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8661-8662); 12. HD., 11.4.1985, 1984/13508, 1985/3463: "Müşteri hakkındaki 29.4.1983 tarihli konkordatonun tasdikine dair hüküm, İİK'nun 299. maddesine göre, 10.5.1983 tarihinde kesinleşmiştir. Takip konusu senetler konkordatonun tasdikinden sonra ve 26.5.1983 tarihinde verilmiş olup, tasdik edilen konkordatonun dışındadır ve konkordato hükümlerine bağlı değildir. Bu nedenlerle varit olmayan temyiz itirazlarının reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8662); ayrıca bkz. 12. HD., 11.12.1989, 13002/15297 (Uyar, İİK, s. 8661).

(10) 12. HD., 31.7.1986, 1985/14202, 1986/8602: "Takip dayanağı ilâmın 1.12.1982 tarihinde, konkordatonun tasdikinden sonra, 11.7.1984 tarihinde verilmesine, tasdik edilen konkordatonun tasdikten önceye ait alacaklar için mecburi olmasına ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı olan gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile ..." (Uyar, İİK, s. 8667); İİD., 13.2.1948, 665/709: "Hadisede icraya konulan ilâm, aktolunan konkordatonun mahkemece tasdikinden sonra sadır olmuş ve mücerret konkordato sebebiyle mezkûr ilâm hükmü tadil edilemeyeceğinden, icra dairesince aynen infaz edilmesi lâzımdır." (Altay, s. 8667); ayrıca bkz. İİD., 26.10.1967, 9517/9313 (Karayazgan/Varol, s. 367 vd.).

(11) Hurter, s. 21; Stockmann, H., Der Schuldnerschutz im schweizerischen Vollstreckungs- und Sanierungsrecht. Diss., Freiburg (Schweiz) 1940, s. 123.

(12) "Paritaetsprinzip".

(13) Holzhammer, s. 167; Haab, R., Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechtes, Basel 1928, s. 45; Berkin, İflâs, s. 569.

bileceklerdir<sup>(14)</sup>. Bu bağlamda, fazla ödemede bulunan borçlu, bu fazla ödediği miktar için alacaklı (veya alacaklılara) karşı geri alma davası açabilecektir<sup>(15)</sup>. Konkordatoya tâbi bir alacak açısından herhangi bir alacaklının diğerlerine nazaran tercihe şayan hakkı bulunmamaktadır<sup>(16)</sup>. Alacağını konkordatoya kaydetmemiş bulunan alacaklılar, bu alacaklarını daha sonra mahkeme ilâmı ile ispatladıkları takdirde konkordato şartlarına göre alabilirler<sup>(17)</sup>.

Konkordato, mühlet verilmesinden önce doğmuş âdi nitelikteki alacaklar için zorunlu bir nitelik taşıır<sup>(18)</sup>. Gerçi, konkordatonun hangi zamana kadar doğmuş alacaklar için zorunlu olduğu sorusu ile karşılaşılabilir. Bu konuda, gerek İsviçre hukukunda gerek Türk hukukunda kanun koyucu açık bir hüküm getirmiş değildir. Ancak, öğreti ve uygulamada farklı görüşlere yer verilmiştir. Bir görüşe göre<sup>(19)</sup>, konkordatoya tâbi olan alacaklar, ancak, konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş bulunan alacaklar olabilir. Zira, borçlu, yalnız bu alacaklar için konkordato teklif etmekte ve bu alacaklarla konkordato yapmak istemektedir. İflâs alacağının tesbiti bakımından nasıl iflâsın açıldığı an dikkate alınmıyorsa, konkordato alacaklarının tesbiti bakımından da konkordato mühletinin esas alınması gerekir. Aksi takdirde, konkordato mühletinden sonra doğacak alacakların konkordatoya tâbi olması zorunlu görüldüğü takdirde, borçlunun kon-

(14) **Ulukapı**, s. 85.

(15) 11. HD., 3.7.1984, 3379/3830: "...İcra ve İflâs Yasası'nın 303. maddesinde de açıkça yazılı olduğu gibi tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için mecburidir. İnceleme konusu olayda borçlu durumunda olan davacının teklif ettiği konkordato, görevli mahkemece tasdik edilmiş ve böylece konkordatoyu kabul etmiş olsun olmasın bütün alacaklılar hakkında hüküm ifade edecek bir nitelik kazanmış bulunmasına göre, mahkemece vadeye ilişkin bulunan konkordatonun tasdikine mütedair karar gözönünde tutularak, davalının ödemenin yapıldığı takdirde konkordato şartlarına nazaran ve isteyebileceği başka bir deyişle, davacı borçlunun konkordato koşullarına göre bu borca mahsuben o tarihte davalıya ne miktar ödemede bulunması lâzım geldiği tespit edilip, bunun fevkinde yapılan ödemeye ilişkin davanın kabulü gerekirken,..." (**Altay**, s. 927); İD., 18.2.1965, 1886/1982: "Borçlunun bir itirazı sebketmediğinden takip kesinleşmiştir. Bu duruma gecikmiş itirazda da bulunmamasına rağmen, borçlunun usulstü itirazı kabul olunarak, alacağın % 30 oranı üzerinden takibin devamına, geri kalan % 70 üzerinden durdurulmasına karar verilmesi ve bu kararın Dairece onanması usule aykırıdır. Borçlunun itiraz etmemesi sebebiyle takip kesinleşmiş, borçlu borcu ödeyerek konkordato ile kabul edilen miktar dışındaki ödemeleri için 72. madde uyarınca dava hakkını haiz bulunmuştur. Karar düzeltme isteği yerinde görüldüğünden, onanmaya dair Yargıtay ilâmı hükmü kaldırılarak merci kararının bozulmasına..." (**Buruloğlu/ Reyna**, s. 213).

(16) **Holzhammer**, s. 167.

(17) **Üstündağ**, İflâs, s. 204, dn. 230a; **Altay**, s. 390.

(18) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3789. Buna karşılık, konkordatonun aynı haklar üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Benzer hüküm iflâsta masaya giren aynı haklar açısından da geçerlidir (bkz. **Üstündağ**, Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İstanbul 1959, s. 33).

(19) **Blumenstein**, s. 920; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3827; **Kuru**, Konkordato, s. 483, dn. 240; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 120; **Gürdoğan**, İflâs, s. 202; **Buruloğlu/ Reyna**, s. 81; **Altay**, s. 392.

kordato mühleti içerisinde kredi bulması, işlerine devam etmesi, alacaklıların menfaati de dikkate alınarak konkordatonun hazırlanması oldukça güçleşir. Özellikle, konkordato mühletinden önce doğmuş alacaklara yönelik taahhüdün yerine getirilememesi ihtimaline yol açabilir. Tüm bu olgular dikkate alındığında konkordato sadece konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş alacaklar için zorunlu olmalıdır. Başka bir görüşe göre<sup>(20)</sup>, konkordato mühletinin ilânına kadar doğmuş bulunan alacaklılar konkordatoya tâbi olmalıdır. Diğer görüşe göre<sup>(21)</sup>, konkordatonun alacak kayıt süresinin sonuna kadar doğan alacaklar bakımından geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir. Dördüncü görüş ise<sup>(22)</sup>, konkordatonun tasdikine kadar geçecek süre içinde doğmuş bulunan bütün alacakların konkordatoya tâbi olması konusundaki bir anlayışa dayanmaktadır. Bu son görüş konkordatonun amacı doğrultusunda, borçlunun mümkün olduğu kadar borçlarını konkordatoya tâbi olarak ödemesi ve bu sayede konkordatonun tasdikinden sonra borçlu aleyhine alacağın tamamı bakımından derhal yapılabilecek takiplerin önüne geçilmesi istenmektedir<sup>(23)</sup>. İsviçre uygulamasında Federal Mahkeme 22 Aralık 1959 tarihinde verdiği bir kararda bütün bu farklı görüşlere değinmiştir<sup>(24)</sup>. Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bir kesinlik taşımamasına karşılık, son zamanlarda verdiği kararlarda konkordato mühleti verilmesinden önce doğmuş bulunan alacakların<sup>(25)</sup> konkordatoya tâbi olması gerektiği noktasında toplanmaktadır<sup>(26)</sup>. Avusturya hukukunda da konkordato-

- 
- (20) **Jaeger/ Daeniker**, Art. 311, N.2, s. 542; Bern kantonu kararı, ZbjV 50, s. 326.
- (21) **Jaeger/ Daeniker**, Art. 311, N. 2, s. 543; Aargau kantonu kararı, SJZ 32, s. 202.
- (22) **Jaeger**, Art. 311, N. 2, s. 460; **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 639; **Berkin**, İflâs, s. 569.
- (23) **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 639.
- (24) BGE 85 III 209 (bkz. **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 639).
- (25) İİD., 25.12.1968, 11912/ 12037: "Konkordato, konkordato mehlinin verilmesine kadar doğmuş alacaklara şâmildir. Mehlin verilmesinden sonra doğan alacaklar için icra takibine mâni değildir." (**Öğütçü/ Çitoğlu, II**, s. 1221); ayrıca bkz. İİD., 9.9.1963, 9337/ 9139 (Sİ., 1963/ 188, s. 5697-5698). Konkordatonun tasdikine kadar doğan alacakların konkordatonun kapsamına gireceği hakkında bkz. 12. HD., 5.11.1990, 3644/ 10928 (**Altay**, s. 947).
- (26) 12. HD., 28.2.1994, 1793/2750: "31.5.1991 tarihli faturaya dayantı olarak borçlu hakkında 19.6.1991 tarihinde genel haciz yolu ile 91/6192 sayılı takip yapılmış, borçlu yasal süresinde takibe itirazda bulunmuştur. Alacaklı, 24.7.1991 tarihinde itirazın iptalini istemiştir. Daha sonra borçluya 25.11.1991-25.1.1992 tarihleri arasında konkordato mehli verildiği ve konkordatonun tasdik edildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. İzmir 3. Ticaret Mahkemesinin 7.3.1992 tarih 616/182 sayılı kararıyla itiraz iptal edilmiş, anılan karar 91/6192 sayılı dosyaya ibraz edilip işlem yapılması istenmiş, borçlu vekilinin bu işleme şikâyeti, icra müdürünün 17.2.1993 tarihli kararı ile red olunmuştur. Borçlu vekili bu işlemin iptalini istemiştir. İİK'nun 303. maddesi gereğince tasdik edilmiş ve kesinleşmiş olan konkordato, konkordatoya red oyu vermiş veya bütün bu alacakları, konkordatoda kabul edilen oranda ve zamanda ödemek zorundadır. Konkordato mehlinden önce takip yapılmış, itirazın iptali davası açılmıştır. Konkordatonun kesinleşmesinden sonra, itirazın iptaline karar verilmiş olup, konkordatonun tasdikinden sonra doğmuş bir borç sözkonusu değildir. İİK'nun 297/son 302 ve 303. maddeleri hükümleri gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." (**Uyar, İİK**, s. 8656);

nun, konkordato prosedürünün başlangıcına kadar olan zaman kesiti içerisinde doğmuş bulunan alacaklar bakımından bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir (ÖAO § 53/I)<sup>(27)</sup>.

Kanımızca, çeşitli hukuk düzenlerindeki görüşler de dikkate alındığında, konkordatonun konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş bulunan alacaklar için bağlayıcı bulunduğunun kabulü gerekir<sup>(28)</sup>. Zira, konkordato borçlu bakımından bir hukuki lütûf olduğu kadar alacaklı ve kamu menfaatlerine hizmet eden bir kurumdur. Konkordatodaki bu menfaatlerin birleştiği ortak zaman kesiti konkordato prosedürünün başlangıcıdır. Yani, konkordato mühletinin verildiği andır. Bu süreç anına kadar doğmuş bulunan alacaklılar bakımından alacağı teminine yönelik borçlunun yapacağı çalışmalar önem kazanır. Nitekim, borçlunun ödemelerini gerçekleştirmek, işletmesini yeniden yapılandırmak amacıyla kredi temini imkânlarına girişmesi bu sayede mümkün olabilmektedir. Burada mühletten önce doğan borç kavramından anlaşılması gereken husus, bu borç münasebetinin mühletten önce kurulmuş olmasıdır. Yoksa, vade veya şarta bağlı borçlarda, vade ve şartın veya nizalı borç ilişkilerinde mahkeme kararının verildiği tarihin mühletten önce gerçekleşmiş olması gerekmez<sup>(29)</sup>. Netice itibarıyla, burada konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş bulunan alacakların konkordatoya tâbi olacaklarını bir kez daha vurgulamaktayız.

12. HD., 18.4.1985, 13820/3709: "Konkordato mehli isteyen borçlu hakkında verilen süre dolmadan takip açılmaz. Konkordato tasdik edildiği takdirde, imtiyazlı ve rehinli alacaklar hariç, bütün alacaklılar için mecburidir. Olayda, borçluya verilen mehil 14.2.1983 tarihinde sona ermiştir. Konkordatonun tasdikinden ve hatta mehil talebinden önce düzenlenmiş oldukları anlaşılan 22.4.1982 tanzim tarihli bonolara dayanılarak, 31.7.1984 günü takip açılmasını engelleyen yasa hükmü yoktur. Ancak alacaklı konkordatonun tasdiki şartlarına uygun biçimde istekte bulunabilir. Olayda, borçlu sadece konkordato nedeniyle takip yapılamayacağını öne sürmüştüğüne göre, müccerret bu itirazın yukarıda açıklanan nedenle reddi doğrudur. Borçlu, borcun ve takibin esası ve vadesi ile ilgili olup, takibin konkordato şartlarına uygunluğu bakımından itirazlarını merci önüne getirmemittir..." (Uyar, İİK, s. 8656-8657); 12. HD., 26.10.1983, 6275/8019: "Borçluya 11.10.1982 tarihinde 2 aylık konkordato mehli verilmiş, ... 11.12.1982 de mehil sona ermiş, konkordato 25.2.1983 tarihinde tasdik edilmiştir. Takip dayanacağı senetler 4.6.1982 tanzim, 31.12.1983 vadeli olup, 17.3.1983'de takip konusu edilmittir. Alacak, mehilden ve tasdikten evvel tanzim edilen ve tasdikten önce vadesi gelen senetlere dayalıdır. İİK'nun 303. maddesi gereğince tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için mecburidir. Alacağın konkordatonun tasdikinden sonra doğmadığı düşünülmeden, itirazın red olunması isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8657); ayrıca bkz. 4. HD., 7.12.1973, 10476/9757 (Olgaç, s. 2020 vd.); İİD., 22.9.1972, 8965/8593 (ABD., 1972/5, s. 894); İİD., 29.12.1967, 12122/12342 (ABD., 1968/2, s. 344); İİD., 20.1.1963, 1088/1165 (ABD., 1968/2, s. 344).

(27) Holzhammer, s. 274.

(28) Aynı doğrultuda Ulukapı, s. 223.

(29) İİD., 11.4.1944, 1294/1229: "Tasdik edilen konkordatonun bütün alacaklılar için mecburi olduğu İİK'nun 303. maddesi iktizasından olup, hadisede takibin mevzuunu teşkil eden ilâm tarihi esas olmayıp, mahkumunbih alacağın konkordatonun tasdikinden evvel mi, sonra mı olduğunun tahkiki ile neticesine göre bir karar verilmesi lâzımdır." (Buruloğlu/ Reyna, s. 258); ayrıca bkz. İİD., 29.12.1967, 12122/ 12347 (ABD., 1968/ 2, s. 344).

Konkordatonun kural olarak bütün alacaklıları bağlayıcı olması özelliği iflâstan sonra konkordato açısından da geçerlidir. Buna göre, bu konkordato bütün iflâs alacaklıları için bağlayıcı bir özelliğe sahiptir<sup>(30)</sup>. Bu bağlayıcılık kapsamına iflâs dışı konkordatodaki gibi rehinli alacaklar, imtiyazlı alacaklar ve kamu alacakları dahil değildir. Bu üç alacak çeşidi dışında kalan borçların borçlu, yani eski müflis tarafından konkordatoda kabul edilen zaman ve oranda ödenmesi zorunludur<sup>(31)</sup>.

Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklı, yabancı para alacağını, tasdik edilen konkordato çerçevesinde talep edebilecektir<sup>(32)</sup>. Bunun dışında bir talep hakkı söz konusu değildir. Özellikle yabancı para alacaklısının alacağını ülke parasına çevirisi nedeniyle munzam zararını talep yetkisi yoktur<sup>(33)</sup>.

Konkordatoya tâbi alacak şarta bağlı bir alacak olabilir<sup>(34)</sup>. Bunlardan infisahi şarta bağlı olan alacaklar konkordatoya tâbi olurlar. Tâliki şarta bağlı alacak tetkik merciinin kararına göre işlem görmesi gerekmektedir. Tâliki şartın gerçekleşmesi durumunda bu alacak konkordato kapsamında ödenir. Öte yandan, konkordatoda alacağı paradan başka bir şey olan alacaklılar, konkordatonun tasdikine üzerine, alacaklarını para alacağı olarak konkordato şartlarına göre alırlar<sup>(35)</sup>. Bunun gibi misliyattan olmayan borçlar para alacağına çevrilerek bu meblağ üzerinden konkordatoya tâbi olurlar<sup>(36)</sup>.

Tasdik edilen konkordatonun alacağın aslı dışında faiz alacakları bakımından bir etkisinin bulunup bulunmadığı öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. Bu konuda yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemeler dikkate alındığında farklı uygulamalara yer verildiği görülmektedir. Nitekim, Avusturya hukukunda konkordato prosedürünün başlamasından itibaren işleyecek faizler ile alacaklıların konkordatoya katılması nedeniyle oluşan giderler konkordato kesinleşinceye kadar konkordatoya tâbi alacaklar dışında talep edilebileceği (ÖAO §27/ 1) istisnai bir hüküm olarak kabul edilmişken, bu taleplerin konkordatonun kesinleşmesine

---

(30) **Pagenstecher, M.**, (Çev:ÇAĞIL, M. O.), Alman İflâs Hukukunda Konkordato Meselesi (IHFM., 1945/ 3-4.- C. 10, s. 745-772), s. 759-760; **Önen, E.**, İflâstan Sonra Konkordato (Batider.,1976/3, s. 77-100), s. 93; **Ulukapı**, s. 86.

(31) Konkordato ile müflis borçlunun ödediği kısım dışında kalan borç kesimi için alacaklılara borç ödemedен aciz belgesi verilmez; çünkü, müflis borçlu borcun kalan kısmından ibra edilmiştir (bkz. **Glärner**, s. 38; **Önen**, Konkordato, s. 93, dn. 103).

(32) **Ulukapı**, s. 86.

(33) **Pekcanitez, H.**, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, B. 3, Ankara 1998, s. 265.

(34) Şarta bağlı işlemler ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı, H.**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989, s. 6 vd.

(35) **Kuru**, Konkordato, s. 487.

(36) **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 108; **Ulukapı**, s. 87.



bağlı olarak hükümden düşeceği ifade edilmiştir<sup>(37)</sup>. Kaynak İsviçre hukukunda konkordatonun, aksi ödeme projesinde kararlaştırılmadıkça faizleri etkilemeyeceği, faizlerin işlemeye devam edeceği kabul edilmektedir<sup>(38)</sup>. Türk hukukunda konkordatonun faizlere etkisi konusunda farklı görüşlere yer verildiği görülmektedir. Bir görüşe göre<sup>(39)</sup>, tasdik edilen konkordato sadece alacağın aslı için mecburi olup, konkordatoya tâbi alacakların faizine tesir etmez. Ancak, borçlunun faizsiz konkordato teklifinin konkordato alacaklılarının meblağ ve şahıs itibariyle üçte ikisi tarafından kabul edilmesi halinde faiz talep edilemez. Diğer görüşe göre<sup>(40)</sup>, konkordatoda faizlerin işleyeceği, bununla beraber bu faizlerin konkordato kapsamında talep edilebileceği ileri sürülmüştür. Uygulamada Yargıtay, konkordatoda aksine bir hüküm öngörülmediği müddetçe faizin işleyeceğini kabul etmektedir<sup>(41)</sup>. Kanımızca, konkordatoda faizin işleyip işlemeyeceği ve işleyecekse konkordato kapsamına dahil olup olmayacağı konusunda kanun koyucu herhangi bir açık hüküm getirmiş değildir. Kabul edilmiş bir konkordatoda konkordatoya tâbi alacaklar bakımından faiz işlemeye devam edecektir<sup>(42)</sup>. Borçlu konkordato projesinde faizsiz ödeme teklifinde bulunmuş ve konkordato bu suretle kabul edilmişse faiz işlemez<sup>(43)</sup>. Bu durumda sadece, konkordatonun alacaklılar tarafından kabulü tarihinden itibaren alacaklara faiz yürütülmez<sup>(44)</sup>(45). Ancak, kon-

- (37) Bkz. *Wegan, J.*, Österreichisches Insolvenzrecht, Konkurs- und Ausgleichsrecht, Wien 1973, s. 272; *Holzhammer*, s. 140; *Bartsch/ Heil*, s. 110-111; Öğretide *Holzhammer*, bu şekilde talep edilemeyen faiz alacağının bir eksik borç haline dönüşeceğini kabul etmektedir (bkz. *Holzhammer*, s. 140).
- (38) Bkz. *Jaeger*, Art. 300, N. 2, s. 438.
- (39) *Kuru*, İcra ve İflâs, IV, s. 3789-3790; *Kuru*, Konkordato, s. 486; *Buruloğlu/ Reyna*, s. 93; *Altay*, s. 426.
- (40) *Postacioğlu*, Konkordato, s. 110; *Gürdoğan*, İflâs, s. 203.
- (41) İİD., 25.10.1963, 11258/ 11383: "Konkordato icap ve kabul kurallarına göre alacaklılar tarafından kabul edilmiş ise, bu tarihten başlayarak borçlu aleyhine faiz yürütülemez." (*Buruloğlu/ Reyna*, s. 93, dn. 66).
- (42) Aynı doğrultuda bkz. *Ulukapı*, s. 88.
- (43) 12. HD., 9.12.1988, 2842/15197: "Borçlu 24.9.1987 tarihli icra memurluğuna vaki müracaatında müşteki alacaklının esas alacağını ödemeyi kabul ettiğini ancak, konkordato isteğinin tasdikine karar verildiği cihetle faiz ve icra masrafı ödemeyeceğini bildirmiş, icra memuru 13.10.1987 tarihli karar ile faizin ödenmemesine karar vermiştir. Alacaklı icra memurluğunun bu kararna karşı tetkik merciine şikâyetle bulunarak memur kararının kaldırılmasını istemiştir. İİK'nun 303. maddesi hükmüne göre; tasdik edilen konkordatonun, ilâından evvel tahakkuk etmiş bütün alacaklar için zorunlu olduğu, müşteki alacaklının buna göre ve tasdik kararında faizsiz olarak konkordatonun tasdik edildiğinin anlaşılmasına göre, faiz talep edemeyeceği düşünülmeden, yazılı şekilde şikâyetin kabulü ile memur kararının kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir." (*Uyar*, İİK, s. 8666).
- (44) *Kuru*, Konkordato, s. 486.

## Konkordatonun Sonuçları

kordatonun kabul tarihine kadar faiz hesaplanması ve bu faiz alacağın aslına eklenmesi gerekir<sup>(46)</sup>. Borçlu tasdik edilen konkordato muvacehesinde borcunu zamanında yerine getirmemezse, bu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir<sup>(47)</sup>.

Öte yandan, tasdik edilen konkordato sadece alacağın aslı için zorunlu bir nitelik taşıdığından, borçlunun konkordatoya göre alacağı ödememesi veya inkâr etmesi yüzünden alacaklının borçlu hakkında dava açmak veya takip yapmak zorunda kalması ve sonuçta alacaklının bu dava sebebiyle hak kazandığı yargılama masrafları ve icra inkâr tazminatı gibi alacaklar, konkordatodan sonra doğ-

- 
- (45) Buna karşılık öğretilerde *Altay*, faizsiz konkordato projelerinde ticaret mahkemesinin onama kararına kadar alacaklara faiz yürütülmesinin daha isabetli olacağı kanaatini taşımaktadır (bkz. *Altay*, s. 427).
- (46) Bu durumda faizin dikkate alınabilmesi için alacaklı tarafından talep edilmesi gerekmektedir (HUMK.m.74).
- (47) **Kuru**, Konkordato, s. 486.

muş alacaklar olduğundan konkordatodan etkilenmezler<sup>(48)</sup>. Uygulamada Yargıtay'ın aksi doğrultudaki görüşlerine de rastlanılmaktadır<sup>(49)</sup>.

Borçlu, konkordatoya tâbi borçlarını ödeme plânındaki zamanda konkordato koşullarına göre ödemek zorundadır<sup>(50)</sup>. Aksi takdirde, konkordato alacaklıları borçlu aleyhine icra takibi yapabilecekleri gibi<sup>(51)</sup>, konkordatoyu kendileri bakımından hükümden düşürmek için konkordatonun feshi davası (m. 307) da açabilirler. Konkordatoya tâbi borçlar niteliği gereği götürülecek borçlardan

(48) **Jaeger/ Daeniker**, Art. 311, N. 2, s. 543; **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 640; **Kuru**, Konkordato, s. 485, dn. 241; **Ulukapı**, s. 88; İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi 5.2.1986, 1982/422, 56: "Davacı bankanın dava ve takip konusu alacağının konkordatonun mehlinin verilmesinden önce doğduğu bilirkişi raporu ile sabittir. Kural olarak konkordato bu şekildeki alacaklar için mecburidir. Keza konkordato alacağını konkordatoya yazdırmamış olan alacaklılar için de mecburidir. Borçlu bütün bu alacakları konkordatoda kabul edilen nisbet ve zamanda ödemek zorundadır. Konkordatonun kesinleşmesi tarihine kadar olan faizli alacağının davalı tarafından kesinleşen konkordato kararındaki nisbette ve zamanda ödenmesi zorunludur. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, davalı hakkındaki konkordato faizsiz olarak tasdik edilmiştir. Ancak davatirazın iptali şeklinde açılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi dava konkordato mehli verilmesinden ve dolayısıyla konkordatonun tasdik edilmesinden önce açılmıştır. Takip ise, doğal olarak bunların hepsinden önce açılmıştır. Konkordato mühletinde itirazın iptali davası açılabilir. Veya daha önce açılmış bulunan bir itirazın iptali davasına devam edilebilir. Ancak itirazın kaldırılmasına, iptal veya kabulüne karar verilemez. Bu nedenle, açılan davanın bir alacak davası gibi kabul edilmesi ve davanın tasdik edilen konkordato koşullarına göre konkordatonun tasdik edilmesinde faizli toplam konkordato tasdik kararındaki koşullarla ve zamanda davalı tarafından davacıya ödenmesine karar verilmek gerektiği kanısına varılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi, davalı hakkındaki konkordatonun tasdik edildiği tarihte davanın faizli alacağı, toplam olarak ... TL'dir. Dolayısıyla bu alacağı konkordato koşulları içinde davalıdan tahsiline karar verilmek gerekir. Davacı banka alacağı likittir. Dolayısıyla normal bir davada, itirazı iptal edilen davalı borçlu hakkında icra inkâr tazminatına hükmetmek gerekmektedir. Yargıtayın bu konudaki görüşü kesinleşmiştir. Her ne kadar davalı hakkındaki konkordato tasdik edilmiş ise de, davalının itirazının haksız olduğu saptandığına göre, davalı hakkında da icra inkâr tazminatına hükmetmek gerekir. Keza davalı banka da haksız çıktığına göre, ücreti vekâlet ve yargılama gideri ile de sorumlu tutulmalıdır. Ancak dava konusu alacak konkordatoda kabul edilen nisbette ve zamanda ödenecek olmasına rağmen, bu halde dahi yargılama giderleri ücreti, vekâlet ve icra inkâr tazminatının tam olarak ödenmesine karar verilmek gerekir. Dolayısıyla davalının yargılama giderleri, ücreti vekâlet ve icra inkâr tazminatından sorumlu tutulması ve bunların tam olarak hüküm altına alınması gerekir." (**Altay**, s. 929 vd.).

(49) İİD., 12.2.1962, 1303/1814: "İİK.m.303 gereğince tasdik edilen konkordato, bütün alacaklılar için mecburidir. Konkordato sırasında itiraza uğradığı için dava mevzuu yapılan esas alacakla birlikte mahkeme masrafları, vekâlet ücreti ve icra inkâr tazminatına da hükmedilmiş, bunların tamamı konkordato şartlarına tabi bulunmuş olmasına rağmen, kanuni müstenidatı gösterilmeksizin mahkeme masrafları ile takip masraflarının hariç tutulması yanlıştır." (**Uyar**, İİK, s. 8676).

(50) **Kuru**, Konkordato, s. 487.

(51) İİD., 3.2.1970, 1191/1228: "Kendiliğinden ödeme yapmayan borçlu hakkında, alacağın yine konkordato şartına göre tahsilini temin için cebri icra yoluna başvurulmasını kanun önlemiş değildir." (İBD., 1970/1-2, s. 106); ayrıca bkz. aşa. II. Bölüm, § 4, A, III, 2.

olduğu için, alacaklıların ikametgâhında ödenmesi gerekir<sup>(52)</sup>. Borçlunun konkordatoda kabul ettiği alacaklar, tasdik kararı ile sabit olmuş sayılacağından, konkordato kapsamındaki bu alacaklar için konkordatodaki vade tarihinden itibaren on senelik zamanaşımı süresi söz konusudur<sup>(53)</sup>.

### 2. İstisnaları

#### a) Rehinli Alacaklar

Bir alacağın rehinle teminat altına alınmış olması halinde, bu rehinli alacak tasdik edilen konkordato için zorunlu değildir<sup>(54)</sup>. Rehinli alacaklı alacağını konkordatodan etkilenmeksizin elde eder (m. 303). Rehin kavramının kapsamının belirlenmesinde gözönüne alınacak yasal ölçü, kanun koyucu tarafından İcra ve İflâs Kanunu m. 23'de belirtilmiştir. Söz konusu rehin kavramı kapsamına menkul ve gayrimenkul rehin çeşitleri girmektedir. Bunlardan menkul rehni kapsamını, teslimi meşrut rehin, hayvan rehinleri, hapis hakkı, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinler oluşturmaktadır (m.23/ II). Gayrimenkul rehni (ipotek) ise, ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, gemi ipoteklerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş gayrimenkul rehinlerini, gayrimenkul mükellefiyetlerini, bazı gayrimenkuller üzerindeki hususi imtiyazları ve gayrimenkul teferuatı üzerine rehin muamelelerini kapsamaktadır (m. 23/I)<sup>(55)</sup>.

(52) Jaeger, Art. 315, N. 2, s. 467; Ulukapı, s. 88-89.

(53) Kuru, Konkordato, s. 486-487; Buruloğlu/ Reyna, s. 95.

(54) Ulukapı, s. 89; 11. HD., 21.10.1983, 4521/4462: "...Davacı vekili karar düzeltilmesi isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilâmında benimsenen gerektirici sebeplere ve davalı banka alacağının rehinle temin edilmiş bulunmasına ve konkordatoya dahil olmasına, İİK. 303. maddesi hükmüne göre, tasdik edilen konkordatonun rehinli alacakların rehin kıymetine tekabül eden miktardaki alacakları için bağlayıcı nitelik taşımasına, davalı bankanın Beyoğlu şubesinde yazılan 14.6.1973 tarihli yazının, alacağın mümkün olduğu ölçüde tahsilini temin gayesine yönelik olmasına ve yazıda ödenmesi istenen (904.568.51) liradan arda kalan miktar alacaktan feragatı tazammun etmemesine, esasen Beyoğlu Şubesinin Banka Genel Müdürlüğü'nün muvafakatını almadan bir kısım alacağından vazgeçme yetkisinin bulunmamasına, davalı bankanın alacağı kısmen ödenmiş ise de MK 858. maddesi hükmüne göre rehin alan bankanın alacağını tamamen istifa etmedikçe merhunu veya bir kısmını iade etmekle mükellef bulunmamasına nazaran, davacı vekilinin ... karar düzeltme isteğinin reddi gerekir." (Uyar, İİK, s. 8674-8675); İİD., 22.5.1961, 3244/5223: "İİK'nun 303. maddesinde tasrih edildiği gibi, tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için mecburidir. Bunun istisnası, rehinli alacaklıların rehin kıymetine tekabül eden miktardaki alacakları ile, devletin amme hukukundan doğan alacaklarından ibarettir. Bu açık hükme uygun olarak tasdik edilmiş bir konkordato mevcut ise, bunun hükümleri dahilinde hareket edilmesi iktiza eder." (Altay, s. 871).

(55) İİD., 24.9.1968, 8021/8265: "Alacaklının komiser tarafından, 20 gün içinde, alacaklarını bildirmeye ilânla davet olunacağına" mütedair 292. maddenin ilk fıkrası rehinli, rehinsiz veya imtiyazlı bilumum alacaklara şamil umumi bir hüküm muhtevidir. Her alacaklı, ilân müddeti içinde müracaatla alacağını bildirmeye mecburdur. Rehinli alacaklarda komiser merhuna kıymet takdir ettirir. Bu değer alacaktan düşük ise, rehinli alacak ancak teminatsız kalan fazla

Buradaki rehinden maksat mülkiyeti konkordato borçlusuna ait olan rehinlerdir. Rehin üçüncü kişiye ait ve borçlu da borçtan şahsen sorumlu ise, rehin alacaklısı alacağının tamamı için konkordatoya yazılır. Bu durumda rehin alacaklısı, borçludan konkordato şartlarına göre alacağının tamamı için konkordatodan yararlanacaktır. Ancak, rehin alacaklısı, konkordato mühleti içinde rehin maliki üçüncü kişi ve konkordato borçlusu aleyhine rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabileceği gibi, konkordatonun tasdikinden ve borçludan konkordato şartlarına göre alacağının bir kısmını aldıktan sonra da, kalan alacak kesimi için rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabilir<sup>(56)</sup>.

Rehinli alacak, konkordatoya yazdırılmamış olsa bile, tasdik edilen konkordato, rehinle karşılanan alacak kesimi için mecburi değildir. Ancak, bu halde alacağın rehinle karşılanmayan kısmı belli olmayacağı için, rehinli alacağın konkordatoya yazdırmamış olan alacaklı, öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmalı ve bu takipte alacağı geçici veya kesin rehin açığı belgesi ile, konkordato borçlusundan, rehinin karşılamadığı alacağının ödenmesini isteyebilmelidir<sup>(57)</sup>.

Rehin konusu mal konkordato komiserinin yapacağı kıymet takdirine göre teminatsız kaldıkları kısım itibariyle<sup>(58)</sup> konkordato koşullarına tâbi olacaktır<sup>(59)</sup>. Burada konkordato komiserinin rehinli mala takdir edeceği değer, soyut ve farazî yaklaşımlara dayalı olacağından, konkordato koşullarına tâbi alacağın miktarı, maddi hukuk bakımından kesinlik taşımaz<sup>(60)</sup>. Zira, rehin konusu malın satış bedeli komiserin takdir ettiği değerden az veya çok olabilir. Bu bağlamda, rehin konusu malın satış bedeli takdir ettirilen tahmini değerden düşük ise, rehinle karşılanmayan alacak kesiminin tamamı konkordato koşullarına göre ödenmek gerekir. Rehin konusu malın satış bedeli takdir ettirilen tahmini değerden yüksek ise, sorunun iki ihtimâlden birisi ile çözümlenmesi gerekecektir. Birinci ihtimâle, alacaklının rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucunda alacağının tamamını sağlaması halinde, konkordatodaki alaktan yararlanması söz konusu

---

kısım için konkordato nisabına dahil edilir. Madde metninde mücerret (rehin) deyimini kullanılmış olduğuna göre, bu deyim (ipotek) ve (menkul rehni) deyimlerini kapsayan bütün menkul ve gayrimenkul rehinlerini ihtiva eder (İİK.m.23). İİK'nun 23. maddesinin 2. fıkrasında (menkul rehni) deyiminin kapsamı tayin edilmiş; teslimi meşrut rehinlerle, hayvan rehinlerinin, hapis hakkının, alacak vesair haklar üzerindeki rehin muamelelerinin hep bu deyim içine girecekleri gösterilmiştir. Tetkik konusu olaya gelince; Bankanın alacağı teminat maksadıyla ciro edilen kambiyo senetleriyle temin olduğuna göre, 297. maddenin üçüncü fıkrasında sözü edilen (rehinle temin edilmiş alacak) niteliğinde olup, bu fıkranın öngördüğü hükümlere tâbidir." (ABD., 1968/5, s. 937).

(56) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3798.

(57) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3798-3799.

(58) ve faizleri bakımından.

(59) **von Overbeck**, s. 238; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3800.

(60) **Altay**, s. 395.

değildir. Alacaklı, bu miktardan daha fazla meblağ elde etmişse, kalan kısmı borçluya iade ile yükümlüdür. İkinci ihtimâlde, rehin konusu mala takdir edilen değer esas alınarak alacaklıya konkordato koşullarına göre ödeme yapılması ve alacağının tamamını elde edinceye kadar kendisine iade sorumluluğunun yüklenmemesi gerekir. Öğretide bu ikinci çözüm tarzının daha isabetli olduğu yaygın görüştür<sup>(61)</sup>.

Mülkiyeti üçüncü şahsa ait bir malın rehnedilmesi suretiyle teminat altına alınmış ve konkordato borçlusu da bu borçtan şahsen sorumlu ise, süresi içerisinde bildirimde bulunulmuş olması kaydıyla, bu rehinli alacağın tamamı konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde hesaba katılmaktadır<sup>(62)</sup>. Kendi malı (taşınır veya taşınmazı) üzerinde alacaklı lehine rehin tesis eden üçüncü kişi, borcu ödediği takdirde, alacağını ileride rücu hakkına dayalı olarak konkordatoya talikî (erteleyici) şarta bağlı biçimde kaydettirebilir. Ancak, asıl alacaklı konkordatoya kayıt yaptırdığı ve konkordato çoğunluğunun hesabında gözönüne alındığı takdirde, taliki (erteleyici) şart gerçekleşmemiş olacağından, üçüncü kişinin bu başvurusu hukukî dayanaktan yoksun kalacaktır. Bu durumda, üçüncü kişinin rehin vermek suretiyle sağlanan alacağı söz konusu şartlar muvacehesinde ticaret mahkemesi tarafından kendiliğinden gözönünde tutulabilecektir. Öte yandan, malvarlığı üzerinde alacaklı lehine rehin tesis eden üçüncü kişi, ilerideki rücu hakkından feragat ettiğini bildirmesi halinde de, alacaklının konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınması zorunludur. Zira, üçüncü kişilerce sağlanan ipoteklerin söz konusu olduğu hallerde, alacaklı, alacağın tahsili bakımından hem konkordato borçlusuna hem ipotek veren üçüncü kişiye başvuru hakkına sahiptir<sup>(63)</sup>.

Borçlu, lehine düzenlenen hatır senetlerini alacaklıya rehin cirosu ile devrettiği takdirde (TTK.m.601), alacaklının süresinde başvurmaması veya çoğunluğun teşkilinde dikkate alınmaması ihtimaline karşı senet keşidecisi talikî (erteleyici) şarta bağlı olarak konkordatoya başvurabilir. Yine, borçlu üçüncü kişilerdeki alacağını, kendi alacaklısına teminat sağlamak amacıyla devretmişse (BK.m.162 vd), alacağın temlik yoluyla teminat altına alınan bu alacaklar da rehinli alacaklara ilişkin kurallara tâbidir<sup>(64)</sup>.

(61) Bkz. Altay, s. 396.

(62) Jaeger, Art. 305, N. 7, s. 449; Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 617, dn. 36; Kuru, Konkordato, s. 457, dn. 172; Üstündağ, İflâs, s. 196; Postacıoğlu, Konkordato, s. 26-27; Ulukapı, s. 164; Altay, s. 261; Arar, s. 290; Gürdoğan, İflâs, s. 185; Ganahl, E., Entscheidungskriterien für die Wahl und Bestätigung eines Nachlassvertrages gemaess SchKG, Diss., St.Gallen 1978, s. 108; Küderli, L., Die Willensbildung der Gläubigergemeinschaft, Diss., Zürich 1963, s. 121; Tanrıver, S./ Deyneli, A., Konkordatonun Tasdiki, Ankara1996, s. 99; Gürdoğan, B., Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 110.

(63) Altay, s. 335.

(64) Altay, s. 262.

Boçlunun gayrimenkulü üzerinde alacaklılar lehine maksimal ipotek (üst sınır ipoteği) tesis edilmişse, limit fazlası alacağın da, konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde dikkate alınması gerekir<sup>(65)</sup>. Burada, rehin kapsadığı fiili borç miktarının tesbiti bakımından süresinde rehin alacağının bildirilmesi de gerekmektedir. Bu belirtilen miktara borçlu itiraz etmediği takdirde, ipotek miktarı bu suretle belirlenmiş olmakta ve çoğunluğun tesbitinde dikkate alınabilmektedir. Buna karşılık, konkordatodaki çoğunluğun tesbitinde ipotekle sağlanan borcun fiili ve gerçek miktarı üzerinde alacaklı ile borçlu arasında uyumsuzluk çıktığı takdirde, çekişmeli (nizalı) alacaklar hakkındaki hükümlere kıyasen icra tetkik mercii tarafından karar verilmelidir<sup>(66)</sup>. Bu şekilde alacaklılar lehine maksimal ipotek (üst sınır ipoteği) tesis edilen durumlarda, yapılacak değerlendirme sonucu alacaklının alacağı limiti aştığı takdirde, bu fazlalık ipotek limiti kapsamı dışında kalacağından, ancak adi alacak olarak talep edilebilir<sup>(67)</sup>.

Öte yandan, konkordatoda alacaklının rehin hakkından feragat etmesi durumunda, bu alacak tamamıyla adi alacak haline dönüşmekte ve konkordatoda çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınabilmektedir<sup>(68)</sup>. Maddi hukuk hükümleri muvacehesinde rehin hakkından feragat her zaman mümkün ise de, rehin hakkından feragat ile adi alacak haline dönüşen bu alacağın konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde, yirmi günlük konkordatoya başvuru süresi içerisinde bildirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, rehin hakkından feragatin yirmi günlük konkordatoya başvuru süresi içinde yapılması halinde, bu alacak konkordatoya tâbi olur<sup>(69)</sup>.

Konkordatoda rehinli alacaklar için de, bir faiz kesilmesi söz konusu değildir. Rehin kıymeti alacağın aslını ve faizlerini karşılıyorsa, rehinli alacaklı, hem alacağın aslını hem de faizlerini rehin belbelinden tam olarak alır. Ayrıca, alacaklı, ipotekle temin edilmiş faizler için, haciz veya iflâs takibi de yapabilir

(65) Tanrıver/ Deyneki, s. 99-100; Altay, s. 262.

(66) Altay, s. 262.

(67) "... Borçlu şirketin iflâsına 24.10.1983 tarihinde karar verilmiş, iflâs içi konkordato kararı tasdik edilmekle, iflâs 17.10.1988 tarihinde kaldırılmıştır. İflâs tarihinde yürürlükte bulunan İİK'nun 169. maddesi hükmüne göre, ipotekle temin edilen takip konusu alacak hakkında faiz işlemeye devam edeceği, aynı Yasanın 303. maddesi uyarınca bu kabil alacaklar konkordatoya tâbi olmayacağı cihetle, 24.10.1983 tarihinden itibaren ... TL. asıl alacak için faiz istenilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmamaktadır. İpotek akıt tablosundan ipoteğin ... TL ile sınırlı olmak üzere tesis edildiği anlaşılmaktadır... Yapılacak hesap sonucu alacaklının alacağı limiti aştığı takdirde, bu fazlalık ipotek limiti kapsamı dışında kalacağından adi alacak olarak ve yasal sürede borçludan talep edilebilir. Bu bakımdan; ipotek limiti ile sınırlı olmak üzere itirazın kaldırılması gerektiği yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir..." (12. HD., 14.11.1991, 183/11892: yayımlanmamıştır).

(68) Bkz. Küderli, s. 121; Papa, s. 6, dn. 1; Üstündağ, İflâs, s. 196; Kuru, Konkordato, s. 457, dn. 174; Tanrıver/ Deyneki, s. 100.

(69) Ulukapi, s. 166.

(m. 45/ III)<sup>(70)</sup>. Konkordato faizsiz kabul edilmiş olsa bile, rehinli alacaklar için faiz ödenir. Zira, konkordato rehinli alacaklar için mecburi değildir. Buna karşılık, konkordato komiserinin takdirine göre, rehlin bedeli alacağın aslımı karşılamaya yetmiyorsa, karşılanamayan alacak kesimi ile birlikte faizler de adi alacak gibi konkordato şartlarına göre ödenir. Ancak, sonradan rehlin satılması sonucunda elde edilen satış bedeli önceden tahmin edilen bedelden yüksek olursa, alacaklı, teminatsız kalan alacak kesimi ve faizler için konkordato şartlarına göre noksan ödenen parayı alır<sup>(71)</sup>.

Teminat amaçlı temlikler, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satış sözleşmeleri ve finansal kira sözleşmeleri<sup>(72)</sup> ile temin edilen alacaklar da rehlin hükümlerine, tâbi olacağından, yukarıdaki açıklamalarımız bu tür alacaklar için de geçerlidir.

### b. İmtiyazlı Alacaklar

İmtiyazlı alacaklılar, konkordatoya kaydedilmiş oldukları halde, hem alacaklı (kişi) hem de alacak (meblağ) çoğunluğunun hesabında dikkate alınmazlar<sup>(73)</sup> (m.297). Zira, imtiyazlı alacaklılar alacaklarını konkordatodan etkilenmeksizin tam olarak elde ederler<sup>(74)</sup>. Buradaki imtiyazlı alacaklar kapsamına İcra ve İflâs Kanunu m. 206'da ilk beş sıra halinde sayılmış alacak grupları girmektedir<sup>(75)</sup>. Bunun dışında özel bir kanun hükmü gereği imtiyazlı alacak olduğu açıkça belirtilen alacakların, konkordato uygulaması bakımından imtiyazlı alacak kapsamına girebilmesi için, İcra ve İflâs Kanunu m. 206'daki ilk beş sıra halinde

(70) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3799.

(71) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3799-3800.

(72) Bkz. **Altay**, s. 400-401.

(73) **Bünzli**, K., Leitfaden zum SchKG, Zürich 1994, s. 158; **Favre**, (Çev: **Steiner**, E.), Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg-Schweiz 1956, s. 366; **Coradi**, A., Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, Diss., Zürich 1973, s. 67; **Schmid**, M. L., Überschuldung und Sanierung, Konkursaufschub und Nachlassvertrag rechtliche Sanierungshilfen in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Freiburg-Schweiz 1984, s. 129; **Blumenstein**, s. 910; **Walder**, SchK, s. 130; **Amonn**, s. 446; **Papa**, s. 6; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3698; **Üstündağ**, İflâs, s. 195; **Berkin**, Konkordato, s. 78; **Buruloğlu/ Reyna**, s. 60.

(74) **Büchi/ Meier/ Bosshard**, s. 128; **Keller**, s. 82; **Blumenstein**, s. 910; **Coradi**, s. 67; **Kuhn**, s. 36; **Hurter**, s. 16; **Küderli**, s. 209; **Üstündağ**, İflâs, s. 196; **Buruloğlu/ Reyna**, s. 60. İsviçre öğretisinde, başvurmuş imtiyazlı alacaklıların konkordatodan tamamen etkilenmeksizin alacaklarına kavuşması ve teminat gösterilmesi zorunluluğu dile getirilerek, bu kategorideki (imtiyazlı) alacakların konkordato çoğunluğunun hesabında gözönüne alınmayacağı ifade edilmiştir (bkz. **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 618).

(75) Kaynak İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda bu imtiyazlı alacaklılar kapsamına I ilâ IV. sınıfa kadar alacak grupları girmektedir (bkz. **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 618).



belirtilen alacak gruplarına dahil olması gerekmektedir<sup>(76)</sup>. Aksi takdirde, bu tür bir alacak söz konusu özel düzenlemeye göre imtiyazlı alacak kabul edilse bile, konkordato uygulaması bakımından imtiyazlı alacak muamelesine tâbi tutulmayacaktır.

İmtiyazlı alacakların da yirmi günlük süre içerisinde bildirilme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışma konusudur<sup>(77)</sup>. Başka bir deyişle, yirmi günlük süreden sonra kaydedilen ya da hiç kaydedilmeyen imtiyazlı alacakların konkordato uygulaması bakımından bu imtiyazlarını kaybedip kaybetmeyecekleri sorunu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sorun İcra ve İflâs Kanunu m. 298/ 3'de, "*kendilerini ihbar etmiş olan imtiyazlı alacaklıların tesviyesi için kâfi teminat verilmiş olmak*" biçiminde ifade edilmiştir. Her ne kadar bu hüküm, bir konkordatonun tasdiki için gerekli diğer şartlardan biri olan "teminat gösterme şartı" olarak ifade edilse bile, söz konusu incelememiz açısından bu konulara açıklık getirmek gerekmektedir. Öğretide bir görüşe göre<sup>(78)</sup>, imtiyazlı alacak süresinde bildirilmediği takdirde, imtiyaz ortadan kalkacak ve alacak konkordatoya bağlı adi alacağa dönüşerek alacaklı o nisbette alacağına kavuşabilecektir. Bu kapsamdaki bir alacak, konkordato çoğunluğunun hesabına ve oylamasına katılamayacağı gibi, teminattan da yararlanamayacaktır. Mamafih, alacak bakımından imtiyaz sadece söz konusu konkordato prosedürü içinde hüküm ifade etmeyecektir. Yoksa maddi hukuk bakımından imtiyazın kalkması söz konusu değildir. Konkordato feshedilmek suretiyle ortadan kalkması halinde, alacak, imtiyazlı alacak kimliğine yeniden bürünmüş olacaktır. Diğer görüşe göre<sup>(79)</sup>, alacağını yirmi günlük süre içinde bildirmeyen imtiyazlı alacaklı imtiyaz hakkını kaybetmektedir. Yani, bu ihtimâlde konkordato tasdik edilince alacaklılar alacaklarını imtiyazsız alacaklılar gibi konkordatoda kabul edilen oranda alırlar. Başka bir görüşe göre<sup>(80)</sup>, imtiyazlı alacağın bildirilmesi için bir sürenin söz konusu olmadığı, İcra ve İflâs Kanunu m. 293/3 hükmünün öngördüğü sürenin teminata ilişkin olduğu ve süresinde bildirilmeyen alacağın hiç bir zaman, o alacağın taşıdığı imtiyazın yitirilmesi sonucunu doğurmayacağı ileri sürülmüştür. Bununla birlikte bu son görüşe katılmak mümkündür<sup>(81)</sup>. Çünkü, bir imtiyazlı alacağın süresinde kaydettirilmemiş olması, hiç bir zaman o alacağın imtiyazlı alacak niteliğini değiştirmeyecektir. Zira, Kanun gereği imtiyazlı alacaklılar alacaklarını konkordato olarak elde edeceklerinden, bunlar çoğunluğun hesabında nisaba dahil olma-

<sup>76</sup> Tanrıver/ Deynekli, s. 98; Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 220, dn. 340.

<sup>77</sup> Bkz. Coradi, s. 50.

<sup>78</sup> Pöstacıoğlu, Konkordato, s. 85.

<sup>79</sup> Kuru, Konkordato, s. 446.

<sup>80</sup> Gürdoğan, İflâs, s. 203; Buruloğlu/ Reyna, s. 70; Altay, s. 257; Tanrıver/ Deynekli, s. 119.

<sup>81</sup> Aynı doğrultuda bkz. Ulukapi, s. 162.

yacakları gibi<sup>(82)</sup> alacaklarını konkordatodan etkilenmeksizin elde edeceklerdir<sup>(83)</sup>. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu m. 298/3 hükmü, konkordatoda “teminat gösterme yükümlülüğü”nü gösteren bir düzenleme olduğundan, imtiyazlı alacakların süresi içinde bildirilme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Öte yandan, imtiyazlı alacakların yirmi günlük süre içerisinde bildirilmesinin bazı önemli yararları bulunmaktadır<sup>(84)</sup>. Buna göre, öncelikle imtiyazlı alacağın varlığına ya da imtiyazına borçlunun itiraz etmesi durumunda, bunun çekişmeli alacaklara ilişkin prosedüre göre (m.297/ IV) çözümlenmesi gerekecektir<sup>(85)</sup> (86). Bunun gibi, imtiyazlı alacak süresi içinde bildirilmemiş ve borçlu da gerek imtiyaza ve gerekse alacağın miktarına itiraz etmişse, imtiyazın ticaret mahkemesince dikkate alınarak teminattan yararlandırılabilmesi için alacaklının tetkik merciinden alacağın varlığı ve imtiyazlı olduğu hakkında karar getirmesi şarttır<sup>(87)</sup>. Sonuç olarak, süresi içinde bildirilmeyen imtiyazlı alacak bu niteliğini kaybetmeyecek, sadece teminata tâbi tutulmayacaktır. Başka bir deyişle, imtiyazlı bir alacağın hiç ya da süresinde kaydedirilmemiş olması, o alacağın maddi hukuk bakımından imtiyazdan mahrum bırakılmasına yol açmamakta<sup>(88)</sup>, bu tür bir alacak konkordato koşulları kapsamında değil, tam olarak talep edilebilmektedir<sup>(89)</sup>.

İmtiyazlı alacakların konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınmayacakları kuralı mutlak bir anlam taşımamaktadır. Nitekim, bu kuralın tek istisnası imtiyazlı alacaklıların bu imtiyazlarından açıkça feragat etmeleridir<sup>(90)</sup>. Buna göre, imtiyazlı alacaklılar bu alacaklarından açıkça feragat etmişlerse, bu alacaklar niteliği itibarıyla imtiyazsız (adi) alacak haline bürünecek ve konkordato çoğunluğunun hesabında gözönünde tutulabileceklerdir<sup>(91)</sup>. Söz konusu bu alacak, konkordato koşulları kapsamında talep edileceklerdir<sup>(92)</sup>. İmtiyazlı alacaklı,

---

(82) **Kuru**, Konkordato, s. 456, dn. 170.

(83) Bkz. **Ganahl**, s. 117.

(84) Bkz. **Altay**, s. 257.

(85) **Jaeger**, Art. 306, N. 9, s. 454; **Kuru**, Konkordato, s. 446, dn. 137; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 101, dn. 25; **Altay**, s. 257.

(86) Bu şekilde alacağın imtiyazlı olduğu borçlu tarafından kabul edilmemiş ve sonuçta imtiyazsız (adi) alacak olduğu ortaya çıkmışsa, bu alacak, yirmi günlük süre içinde konkordato komiserine bildirilmediği için konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınamayacağı gibi, teminattan da yararlanamayacaktır (bkz. **Altay**, s. 257).

(87) **Altay**, s. 258.

(88) **Ganahl**, s. 107; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 85-86.

(89) **Büchi/ Meier/ Bosshard**, s. 128; aynı görüşte, bkz. **Tanrıver/ Deyneki**, s. 119-120.

(90) **Küderli**, s. 121.

(91) **Küderli**, s. 209; **Jaeger**, Art. 305, N. 4, s. 449; **Coradi**, s. 68; **Kuhn**, s. 36; **Ganahl**, s. 113; **Papa**, s. 6, dn. 1.

(92) **Ulukapı**, s. 163.

bu alacak bakımından yapacağı feragatini açıkça tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirmelidir<sup>(93)</sup>. Yukarıda da belirtildiği şekilde, imtiyazlı alacağın hiç ya da süresinde bildirilmemesi zımnî feragat şeklinde yorumlanamaz. Bu şekilde imtiyaz hakkından feragatin<sup>(94)</sup> dürüstlük şartı çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediği de incelenilmelidir<sup>(95)</sup>. Yani, imtiyazlı alacaklının bu feragati genel hükümler çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı olarak, sırf ekseriyetin temini amacıyla yapılmışsa bu şekilde feragat yetkili ticaret mahkemesi tarafından konkordatonun tasdiki aşamasında dikkate alınmamalıdır. Hatta, bu tür bir davranış borçlunun bilgisi dahilinde gerçekleştirilmişse, konkordatonun tasdiki şartlarından dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak nitelendirilmeli ve tasdik talebi reddedilebilir. İmtiyazlı alacaklardan açıkça feragatin adı alacaklar gibi işlem sonucunu doğurması<sup>(96)</sup>, borçlunun, karısı<sup>(97)</sup>, kocası, anası, babası ve çocuklarının alacakları bakımından geçerli değildir. Zira, kanun koyucu, bu anılan alacaklıları diğer imtiyazlı alacaklardan ayrı olarak zikrettiği için, bunların imtiyazlarından açıkça feragat etmiş olsalar bile konkordatoda çoğunluğun hesabında dikkate alınmazlar<sup>(98)</sup>. Bunun gibi, devletin de, imtiyazından feragat mümkün olmadığına göre, bu alacağın da konkordatonun çoğunluğunun hesabında dikkate alınmaması gerekir<sup>(99)</sup>.

İmtiyazlı alacaklılar konkordato kapsamında yapılan tenzilatın etkilenmemelerine karşılık, konkordatonun diğer hükümlerinden etkilenirler<sup>(100)</sup>. Örneğin, tenzilat konkordatosunda konkordato faizsiz olarak kabul edilmişse imtiyazlı alacaklılar için de faiz ödenmez; vade konkordatosunda konkordato ile kararlaştırılmış bulunan vade imtiyazlı alacaklılar için de geçerli olur. Çünkü, imtiyazlı alacaklar, rehinli ve kamu alacakları gibi, İcra ve İflâs Kanunu m. 303 hükmünün genel olarak istisna edilmiş değildir<sup>(101)</sup>.

1. Kallı, s. 82.

2. Kanununda rehin hakkından feragatin.

3. Ganahl, s. 113, dn. 113.

4. Tanrıver/ Deyneki, s. 98.

5. Aynı müküm kaynak İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu kapsamında evli kadının imtiyazlı alacaklı olarak, söz konusu alacakların bütünü açısından konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınmaması söz konusudur. Bu hükümdeki (İsv. İİK.m.305, c. 2) "evli kadın" ibaresi İcra ve İflâs Kanununun değişiklik taslağında "borçlunun eşi" ifadesi kullanılmıştır (Bützche/ Walder-Bohner, II, s. 618, dn. 38; Ganahl, s. 113).

6. Art. 305, N. 5, s. 449; Favre, s. 366; Berkin, İflâs, s. 566; Tanrıver/ Deyneki, s. 98-

7. İflâs, s. 566; Gürdoğan, İflâs, s. 185; Ansay, İcra ve İflâs, s. 346; Kuru, Seminer, s.

8. Konkordato, s. 492; Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3802.

9. İcra ve İflâs, IV, s. 3802.

c) Kamu Alacakları

Tasdik edilen konkordato kamu alacakları bakımından zorunlu değildir (m. 303). Başka bir deyişle, kamu alacaklıları konkordatodan etkilenmeksizin alacaklarını tam olarak elde ederler<sup>(102)(103)</sup>. Kamu alacakları konkordatoya yazdırılmamış olsa bile, tasdik edilen konkordato, kamu alacakları için mecburi değildir. Yalnız, kamu alacağı konkordatoya yazdırılmamışsa, bunun için teminat gösterilmez<sup>(104)</sup>.

Bu kamu alacakları, bir malın ayınından doğan kamu alacakları ve diğer (beşinci sıradaki) kamu alacaklarıdır. Sosyal Sigortalar Kurumunun alacakları Devlet alacağı gibi imtiyazlı bulunduğundan, kurumun prim alacakları da tam olarak ödenir<sup>(105)</sup>. Keza, Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu hakkına dayanan

(102) İİD., 9.6.1964, 4859/7372: “İflâs yoluyla takibe itiraz dilekçe ile yapılır. Aksi takdirde vaki olmamış ve takibin kesinleşmiş sayılacağı 6183 sayılı Kanununun 100. maddesi delâletiyle İ-İK'nun 155. Maddesi hükmü icabıdır. Vergi borcunun gerçek miktarının tesbitine mütedair iddianın, mali kaza mercilerinde halledilmesi gerekip, adli mercilerin görevi dışında kalmış ve takibin kesinleşmiş olduğundan, bu hususlara yönelen itiraz varit değildir. Konkordato isteği mahkemece kabul ve tasdik edilse dahi, bu hususun amme alacağının tahsili bakımından iflâs istemine engel teşkil etmeyeceği 6183 sayılı Kanununun 101. maddesi hükmü icabıdır. Bu ve kararda yazılı sair gerekçeler karşısında yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle, u-sul ve kanuna uygun olan merci kararının onanmasına...” (Olgaç, s. 1972).

(103) Konkordato faizsiz olarak kabul edilmiş olsa bile, kamu alacakları için faiz ödenir; çünkü, konkordato bu tür alacaklar için zorunlu değildir (bkz. **Kuru**, Konkordato, s. 491, dn. 268).

(104) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3801.

(105) 12. HD., 19.10.1987, 11939/10383: “Sosyal Sigortalar Kurumu'nun prim alacağının konkordato hükümlerine tabi olmayacağına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararın yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile...” (Uyar, İİK, s. 8670); 12. HD., 23.11.1983, 6884/9306: “Prim borçlusunun konkordatosu, prim alacağı için mecburi değildir. Zira 4792 sayılı Kanununun 21. maddesi gereğince Devlet alacağı gibi imtiyazlıdır. Amme alacaklarına ait 6183 sayılı Kanununun 101. maddesinde de açıklandığı gibi konkordato, amme alacakları için mecburi değildir. Bu cihet İ-İK'nun 303. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla Devlet alacağı gibi imtiyazlı olan prim alacağı için de tasdik edilen konkordato mecburi değildir. Prim borçlusu, prim borcunu Kuruma indirimsiz olarak ödemek zorundadır. Bu mecburi olmama keyfiyeti Kurum takibe ve davaya devam hakkını vermez. Ancak yine konkordatoya dahil olacak, ancak imtiyazlı ve tam olarak ödenecektir. Açıklanan sebeplerle mahkemece konkordatonun tasdik edilip edilmediği, edilmişse kesinleşip kesinleşmediği araştırılıp sonucuna göre bir karar verilme gereğinden...” (Uyar, İİK, s. 8671); 12. HD., 16.4.1981, 2046/3805: “İİK'nun 303. maddesinde, tasdik edilen konkordatonun, rehin sahibi alacaklıların rehin miktarı kadar alacakları ile Devletin kamu hukukundan doğan alacakları hariç olmak üzere, bütün alacaklılar için uyulması zorunlu olduğu açıklanmıştır. 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kurumu Kanununun 21. maddesinde kurum alacaklılarının Devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu esas kabul olunmuştur. Keza, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2167 sayılı Kanunla değişik 80. maddesinde (6183 sayılı Kanununun 9, 12, 21, 27, 36, 101 ve 103. maddeleri hükümlerinin kurum alacakları hakkında da uygulanır) hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme karşısında, kurumun prim alacaklarının dahi kamu alacakları gibi imtiyazlı olduğu sonucuna varılması tabiidir. O halde, sigorta prim alacağının konkordato hükümlerinden ayrı tutulması gerekir.

alacağı Devlet alacağı niteliğinde bulunduğu konkordatoya tâbi değildir<sup>(106)</sup>.

Konkordato faizsiz kabul edilmiş olsa bile, kamu alacakları için faiz ödenir; Zira, konkordato onlar için mecburi değildir. Aynı nedenle, konkordato ile borç vadeye (veya taksitlere) bağlanmış olsa bile, bu vade (veya taksitler) kamu alacağı için hüküm ifade etmez<sup>(107)</sup>.

Öte yandan, kamu alacaklarının tasdik edilen konkordatodan etkilenmesi sebebiyle, söz konusu alacaklar bakımından haciz ve iflâs yolu ile takip yapılmasında herhangi bir engelleyici hüküm bulunmamaktadır<sup>(108)</sup>.

## II- Konkordatonun Alacağın Mahiyetinde Bir Değişiklik Meydana Getirmemesi

Tasdik edilen konkordato alacağın mahiyetinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Başka bir deyişle, konkordato borcun yenilenmesi (tecdit edilmesi) (BK.m.114) sonucunu doğurmaz<sup>(109)</sup>. Konkordato tasdik edilen kapsamda sadece borcun miktarına, ödeme koşullarına ve ödeme teklifinin niteliğine göre faize etkili olabilir<sup>(110)</sup>. Bu itibarla, konkordato, eski borcu ortadan kaldırıp yerine yeni bir borç ilişkisi yaratmamaktadır. Konkordatoda da bu borç ilişkisine ait her türlü def'i ileri sürülebilmektedir.

Öte yandan, borçlunun ayrıntılı bilançosunda bildirdiği ya da konkordato komiseri önünde beyanı çerçevesinde kabul ettiği alacaklar, konkordatonun onanmasına bağlı olarak mahkeme önünde ikrar edilmiş bir borç niteliğine bürünmekte ve ilâmlı icra takibine konu oluşturabilmektedir<sup>(111)</sup>.

---

Olayda merciin, kurum alacağının konkordato şartlarına göre ödenmesine karar vermesinde isabet yok ise de, ..." (Uyar, İİK, s. 8671); ayrıca bkz. 12. HD., 29.6.1965, 6332/8061 (Uyar, İİK, s. 8671-8672).

- (106) 12. HD., 8.11.1990, 3570/11212: "506 sayılı Kanununun 80. maddesinin göndermesi ile uygulanması gereken 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanununun 101. maddesine göre, amme alacakları için mecburi olmamasına ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre, yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının onanması..." (Uyar, İİK, s. 8664).
- (107) Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3801.
- (108) Ancak, kamu alacakları için konkordato mühleti içinde takip yapılamaz.
- (109) Böhlh-Stamschraeder, A./ Kilger, J., Vergleichsordnung, 11. Aufl., München 1986, s. 180; Jaeger, Art. 311, N. 3, s. 461; Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 640; Blumenstein, s. 923; Kuhn, s. 53; Berkin, İflâs, s. 571; Berkin, Konkordatonun Hükümleri, s. 641; Üstündağ, İflâs, s. 205; Kuru, Konkordato, s. 486; Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3791; Postacıoğlu, Konkordato, s. 124; Belgesay, İflâs, s. 16; Altay, s. 437.
- (110) Kuhn, s. 53; Postacıoğlu, Konkordato, s. 571; Altay, s. 437.
- (111) Altay, s. 435; İİD., 6.4.1976, 1196/ 4211: "İİK'nun 38. maddesi gereğince mahkeme huzurunda yapılan sulhlar ve kabuller ilâmların icrası yoluyla takibin mümkün bulunmasına ve

### III- Konkordato Kapsamı Dışında Kalan Borçlar İçin Borç Ödeme- den Aciz Belgesi Düzenlenmemesi

Konkordatonun doğurduğu sonuçlardan birisi de alacağın bakiye kısmı için borç ödemedен aciz belgesi düzenlenmemesidir<sup>(112)</sup> <sup>(113)</sup>. Zira, borçlu, tasdik edilen konkordato çerçevesinde ödemelerini yerine getirmekle konkordato koşulları dışında bakiye borcundan kurtulmaktadır. Öğretide, konkordato kapsamı dışında kalan bu bakiye borcun hukuki niteliği farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bir görüşe göre<sup>(114)</sup>, borçlu konkordato şartları kapsamında borcunu yerine getirmekle, konkordato kapsamı dışında kalan borçlarından da kurtulmaktadır. Bu özelliği nedeniyle konkordato ibra sonucunu doğurmaktadır. Konkordatonun ibra sonucunu doğuracağı görüşünün taraftarları kendi içerisinde iki farklı yaklaşım tarzını benimsemişlerdir. Bir kısım yazarlar, konkordatonun tâliki şarta bağlı ibra niteliği taşıdığı görüşünü kabul etmektedirler<sup>(115)</sup>. Özellikle Türk hukukunda taraftar bulan bir kısım yazarlar ise, konkordatonun tâliki şarta bağlı bir ibra niteliğinde olmayıp, infisahi şarta bağlı ibra sonucunu doğurduğunu ileri sürmektedirler<sup>(116)</sup>. Diğer bir görüşe göre ise<sup>(117)</sup>, konkordatoda kapsam dışı

---

konkordato hakimın tasdikine bağlı resmi bir sulh akdi niteliğinde olup, kabul etmiş olsun olmasın konkordato mehlinden evvel doğan bütün alacaklılar hakkında mecburi bulunması sebebiyle konkordato projesine giren bu alacak hakkında ilâmların icrasına mahsus yolla takip yapılmasında yasaya aykırı bir cihet bulunmamasına ve tasdik edilen konkordato şartları arasında ödenmesi gereken meblağa % 5 faiz yürütüleceğine dair kayıt bulunduğundan bilirkişilerin ödeme süresinin sona erdiği 16.12.1973 tarihine kadar % 5 üzerinden faiz hesap etmesinde şartlara aykırı bir cihet bulunmamasına, takip taleplerinde % 11.5 üzerinden istenilen temerrüt faizinin başlangıç tarihi gösterilmediğinden icra takip tarihinin temerrüt faizine başlangıç olarak alınmasında ve gider vergisi de istenmediğinden, gider vergisi yönünden itirazın sebeplere binaen her iki tarafın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile..." (YKD., 1976/9, s. 130-131); ayrıca bkz. İİD., 8.11.1965, 12673/ 12612 (Buruloğlu/ Reyna, s. 246).

- (112) BGE 26 II 194; Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 641; Büchi/ Meier/ Bosshard, s. 136; Hurter, s. 21, dn. 33; Amonn, s. 451; Üstündağ, İflâs, s. 206; Kuru, Konkordato, s. 485, dn. 243; Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3791; Postacıoğlu, Konkordato, s. 126; Öztek, S., İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemenin Aciz Vesikası, İstanbul 1994, s. 9, dn. 1.
- (113) Bu sonuç tenzilât konkordatoları bakımından söz konusu olup, vade konkordatolarında geçerli değildir. Zira, vade (süre) konkordatosunda borçluya sadece bir vade (süre) verilmesi söz konusu olup, konkordato kapsamında ödenecek borçlar bakımından bir tenzilât söz konusu değildir.
- (114) Jaeger, Art. 311, N. 3, s. 461; Blumenstein, s. 919; Haab, Reform, s. 26; Amonn, s. 451; Holzhammer, s. 167; Kuhn, s. 53; Stockmann, s. 124; Postacıoğlu, Konkordato, s. 126; Berkin, İflâs, s. 573; Gürdoğan, İflâs, s. 203; Altay, s. 428-429.
- (115) Jaeger, Art. 311, N. 3, s. 461; Blumenstein, s. 919; Amonn, s. 451; Gürdoğan, İflâs, s. 203; Altay, s. 428-429.
- (116) Postacıoğlu, Konkordato, s. 126; Berkin, İflâs, s. 573.
- (117) von Tuhr, A./ Escher, A., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-rechts, Bd. 2 (Tıpkı Basım), 3. Aufl., Zürich 1984, s. 178; von Tuhr, A., (Çev: EDEGE, C.), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983, s. 37; Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 642;

kalan borçlar tabii bir borç olarak kalmakta ve borçlu alacaklılarına bu kısmı ödemediği takdirde, bu ödeme geçerli sayılmakta ve geri alınması mümkün olmamaktadır. Uygulamada Yargıtay, konkordato kapsamı dışında kalan borcun tabii bir borç olmayıp, bir ibra sonucunu doğuracağı ve bu borcun ödenmesi durumunda borçlu tarafından geri alınabileceği kanaatini taşımaktadır<sup>(118)</sup>.

Kanımızca, borçlunun konkordato kapsamında borcunu yerine getirmesi tâliki şarta bağlı bir ibra sonucunu doğurmaktadır. Tasdik edilen konkordato kapsamında borcun tamamen ödenmesi halinde ibra kesinlik kazanacak, bu çerçevede borçlu borcundan kurtulmuş olacaktır<sup>(119)</sup>. Ancak, konkordato feshedildiği takdirde tâliki şarta bağlı olan ibra oluşmayacaktır<sup>(120)</sup>. Konkordatoda ibraya konu olan bu borcun borçlu tarafından kendi isteğiyle veya hataen ödenmiş olması halinde sebepsiz zenginleşme (BK.m.62) veya istirdat davası (m. 72/VII) açılabilir.

#### IV- Konkordatoda Alacaklıların Kural Olarak Takas Hakkını Kullanabilmeleri

Konkordato alacaklısı borçlusundan bulunan alacağı ile konkordato borçlusuna olan borcunu takas etmek suretiyle borcundan kurtulmak isteyebilir. Bindiği gibi, takas, aynı cinsten olan karşılıklı ve muaccel alacakları daha azı oranında ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir (BK.m.118). Takas borcu sona erdiren sebeplerden birisidir. Takas tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanı ile meydana gelebilmekte, etkisini karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Takasın önemli özelliklerinden biri, teminat fonksiyonuna haiz olmasıdır. Zira, diğer taraftaki alacağını ona olan borcu ile takas eden kişi yalnız takas hakkını yenilik doğuran bir irade beyanıyla karşı tarafa bildirmek suretiyle tahsil etmek imkânına kavuşmaktadır<sup>(121)</sup>. Başka bir deyişle, takasın teminat fonksiyonu, onun diğer tarafa yöneltilmek koşuluyla geçmişe etkili olarak borcu sona erdirmeye yeteneğine sahip olmasında ifadesini bulduğu söylenebilir. Konkordatoda takasın geçerli olup olmadığı sorulabilir? Bu konuda farklı iki görüşün bulundu-

---

**Keller**, s. 103; **Bartsch/ Heil**, s. 110-111; **Böhle-Stamschraeder/ Kilger**, Vergleichsordnung, s. 180-181; **Kuru**, Konkordato, s. 489. Türk hukuku bakımından öğretilde **Tekinay**, konkordatoyu bir cebri ibra hali olarak kabul etmiştir. Yazar, bu tür borçların nitelendirilmesini eksik borç benzerleri olarak ifade etmektedir (bkz. **Tekinay, S. S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 25).

(118) Bkz. İİD., 18.2.1965, 1886/ 1982 (**Buruloğlu/ Reyna**, s. 213).

(119) Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Ulukapı**, s. 91.

(120) Aynı görüşte, **Altay**, s. 429.

(121) **Altay**, s. 403.

ğu söylenebilir. Bir görüşe göre<sup>(122)</sup>, konkordatoda takas mümkündür. Buna göre, konkordato alacaklısı, aynı zamanda konkordato borçlusuna borçlu ise, alacağını borcu ile takas edebilmelidir. Türk öğretisinde ileri sürülen diğer görüşe göre<sup>(123)</sup>, iflâsta takasın mümkün olduğu İcra ve İflâs Kanunu m. 200'de açıkça düzenlendiği halde, iflâs gibi olağanüstü bir durum olan konkordato için takas hakkını tanıyan ve bu konuda iflâs hükümlerine yollama yapan bir hükmün bulunmaması konkordatoda takasın mümkün olmadığını göstermektedir. Aksi takdirde konkordatoda takasa imkân tanımak, İcra ve İflâs Kanunu m. 306'nın ruhuna aykırı düşeceği gibi, borçlu ile bazı alacaklıların konkordato şartları dışında ve üstünde ödemeler yapmasına, yani konkordatoya hile karışmasına sebep olabilir. Bu nedenle, konkordatoda takasa imkân tanınmamalıdır. Türk-İsviçre hukuku uygulamasında genellikle konkordatoda takasın geçerli olduğu kanısı yaygındır<sup>(124)</sup>. Kanımızca konkordatoda takas geçerli olabilmelidir<sup>(125)</sup>. Gerçi, kanun koyucu İcra ve İflâs Kanununda iflâstakinin aksine konkordatoda takasın geçerli olacağı konusunda herhangi bir hüküm sevketmiş değildir. Kanun koyunun böyle bir düzenleme getirmemiş olması konkordatoda takasına geçerli olmayacağı anlamına gelmez. Burada iflâs hukuku ilkeleri çerçevesinde konkordatoda takasa imkân tanınmalıdır. Buna göre, konkordato alacaklısı aynı zamanda konkordato borçlusuna borçlu ise, alacağını borcu ile takas ederek kalan alacağını konkordato komiserine yazdırabilir<sup>(126)</sup>. Şayet konkordato alacaklısı, alacağını konkordato komiserine bildirirken takas yapmamışsa, konkordato tasdik edildikten sonra da alacağının tamamı ile borcunu takas edebilir<sup>(127)</sup><sup>(128)</sup>. Ancak, bunun için alacaklının konkordatoya kabul oyu vermemiş olması gerekir<sup>(129)</sup>. Alacaklı konkordatoya kabul oyu vermişse, alacağını konkordato kap-

(122) **Jaeger**, Art. 311, N. 3, A, s. 462; **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 640-641; **Kuru**, Konkordato, s. 486; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3792; **Postacioğlu**, Konkordato, s. 112 vd; **Berkin**, İflâs, s. 573; **Belgesay**, İflâs, s. 16; **Altay**, s. 404.

(123) **Domaniç, H.**, "Konkordatonun Anonim Şirket Sermaye Alacağına Etkisi" (Hıfzı Timur' un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 283-349), s. 290-293.

(124) Uygulamada Yargıtay konkordatoda takasın mümkün olduğunu kabul etmektedir (bkz. İİD., 20.12.1963, 13762/ 13607: AD., 1964, S. 3-4, s. 406). Buna karşılık, İsviçre hukukunda Federal Mahkeme verdiği eski tarihli bir kararında iflâstaki takas hükümlerinin tenzilat konkordatosu açısından uygulama alanı bulmayacağını ifade etmiştir (bkz. BGE 40 III 304).

(125) Aynı doğrultuda bkz. **Ulukapı**, s. 92.

(126) **Kuru**, Konkordato, s. 486; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3792.

(127) **Berkin**, İflâs, s. 573.

(128) Buna karşılık, vade (süre) konkordatosu bakımından aynı sonucun benimsenmesi mümkün değildir. Zira, burada alacağın tamamının borç ile takas edilmesi sonucunda, konkordatodan alacaklı olan kimsenin bakiye bir alacağı ortaya çıkmakta ise, artan bu kesim, konkordato koşullarına tâbi olur. Şayet, takas sonucunda konkordato borçlusu lehine bakiye bir alacak oluşmakta ise, bu alacak, konkordato talep eden tarafından onun borçlusundan tahsil edilmek gerekir, bkz. **Altay**, s. 406-407.

(129) **Jaeger**, Art. 311, N. 3, A, s. 462.



samında kendisine düşen hisse nisbetinde takas edebilir. Konkordatoda takasın iflâs hukukunda öngörülen çerçevede gerçekleşmesi kanaatini taşıdığımızdan, konkordato borçlusuna mühletten sonra borçlanan bir şahıs, konkordatodaki alacağını sonradan oluşan borcun tamamıyla değil, ancak kendisine düşen hisse ile sınırlı olarak takasa tâbi tutabilecektir. Aksi bir çözüm, alacaklılar arasındaki eşitliğe aykırı düşebileceği gibi, konkordatoya bu yolla hile karıştırılmasına neden olabilir<sup>(130)</sup>. Yine, bir şahıs konkordatodaki alacağını, konkordato talep edene borçlu olan birisine temlik ettiği takdirde de, alacağı sonra elde ederek, daha önce borçlu olduğu konkordato ilân edildikten sonra alacaklı durumuna geçen kimse bu borcunu konkordatonun tasdikine bağlı olarak hissesine düşecek oranda takas edebilir<sup>(131)</sup>.

## V- Konkordatonun Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi

### 1- Karşılıklı İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde

Konkordatonun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi iflâstaki gibi değildir<sup>(132)</sup>. Ancak, bu, konkordatonun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere tesir etmediği anlamına gelmemektedir<sup>(133)</sup>. Bu konuda kanun koyucu İcra ve İflâs Kanununda bir hüküm getirmiş değildir<sup>(134)</sup>.

(130) Altay, s. 404.

(131) Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 640-641.

(132) İflâsın sözleşmelere etkisi konusunda bkz. Tercan, E., İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996, s. 12 vd; Kren, J., Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, s. 9 vd.

(133) Buna karşılık, konkordatonun aynı haklar üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır (bkz. Jaeger, Art. 311, N. 4, s. 463; Blumenstein, s. 922).

(134) Buna karşın, mülga Alman Konkordato Kanununda açık bir düzenlemeye yer verilmişti. Nitekim, mülga Alman Konkordato Kanunu §36'ya göre, "konkordato prosedürünün açıldığı sırada henüz iki tarafın da edimlerini ifa etmedikleri bir sözleşmenin ifasını, bir alacaklı iki taraflı bir sözleşmeye dayanarak talep eder. Borçlanılan edim kısmi olur ve alacaklı prosedürün açıldığı sırada yükümlü bulunduğu edimi (ifayı) kısmi tarzda yerine getirirse, bu şekilde kısmi ifa ile konkordato alacaklısının karşı edimi uygun ifa kabul edilir. Bu kısmi ifadan dolayı alacaklı sözleşmeyle bağlıdır ya da sözleşmeyle geçerli olan rücu hakkı prosedürün açılmasından sonra kullanılamaz. Bundan dolayı alacaklının borçlandığı edimi tamamı ile ifa etmesi gerekmektedir, böylece kusura rağmen mevcut karşı edimi (ifayı) konkordato alacaklısından talep eder, çünkü edimin (ifanın) kusuru borçluya mevcut hakkın kusuruna dayanmamaktadır". Aynı mülga Kanunun §50'ye göre ise, "borçlu, konkordatonun açıldığı sırada henüz iki tarafın da edimlerini ifa etmedikleri bir sözleşmenin ifasını kabul edebilir veya reddedebilir. Konkordato alacaklısı sözleşmenin karşı edimini yerine getirmediği takdirde, yalnız §36/2'ye göre reddedebilir. Borçlunun bu reddinin geçerli olabilmesi için konkordato mahkemesinin vereceği bir ön yetkiye ihtiyaç vardır..." şeklinde hükümlere yer verilmişti. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda konkordato prosedüründe iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı sözleşme taraflarının korunması amaçlanmakta, yani subjektif bir eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır (Haesemeyer, L., Das funktionelle Synallagma im Konkurs-Vergleichs-verfahren (KTS., 1973, Heft 1, s. 2-16), s. 3; Böhle-Stamschraeder/ Kilger, Vergleichs-ordnung, s. 86). Burada iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, konkur-

Türk hukukunda konkordatonun ifa edilmemiş iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi bakımından iflâs hukukundan farklı bir yapıyla ele alındığı söylenebilir. Buna göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimin konusunu konkordato mühletinden önce yerine getirmeleri halinde, sözleşme tamamen ifa edilmiş olacağından konkordatonun burada herhangi bir etkisi yoktur<sup>(135)(136)</sup>. Bunun gibi, konkordatosu kabul edilen borçlu, sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirmiş, fakat karşı taraf yerine getirmemişse konkordatonun bu durumda da herhangi bir etkisi bulunmamaktadır<sup>(137)</sup>. Buna karşılık, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak edim yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde, konkordato teklifinde bulunan tarafın bu durumunun BK.m.82'deki, "iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu edadan aciz olması ...sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcun ifasından imtina ve talebi üzerine bu teminat münasip bir müddet içinde verilemediği surette sözleşmeyi feshedebilir" hükmünün konkordatoda

---

datonun açıldığı sırada edimini tamamıyla ifa etmişse, her biri konkordatodan etkilenmemekteydi (DVglO §82/I) (Marotzke, W., Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich. München 1985, s. 412). Borçlanılan edimin kısmî ifası halinde de, konkordato alacaklısı kısmî ifayı teklif etmek kaydıyla bu sözleşme ile bağlı olmakta; kısmî ifaya dayanarak konkordatonun açılmasından sonra sözleşmeden rücu (cayma) hakkı kullanılmamaktadır (Haesemeyer, s. 9). Buna karşılık borçlu, konkordatonun açıldığı sırada henüz iki tarafın da edimlerini ifa etmedikleri bir sözleşmenin ifasını reddedebilmektedir. Yalnız bunun için mahkemeden alacağı bir ön yetkiye ihtiyaç bulunmakta idi (Marotzke, s. 413; Haesemeyer, s. 6). Mahkeme, bu yetkiyi sözleşmedeki tarafların menfaatlerini değerlendirdikten sonra verebilmektedir (Böhlle-Stamschraeder/Kilger, Vergleichsordnung, s. 122). Borçlunun ifayı reddetmesiyle sözleşme sona ermemekte, red sadece sözleşmenin ifa edilmesini engellemektedir. Bu durumda karşı taraf konkordato alacaklısı olarak sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle oluşan zararın tazminini talep edebilir (Marotzke, s. 413; Haesemeyer, s. 6).

(135) Altay, s. 407.

(136) 11.HD., 6.3.1980, 1069/1246: "Dava satış vaadi sözleşmesine dayanılarak davalı adına kayıtlı taşınmazın tescilli istemine ilişkindir. Mahkemece dava kabul edilmiş, ancak davalının içinde bulunduğu özel durum nedeniyle masraf ve vekâlet ücretiyle yükümlü tutulamayacağına karar verilmiştir. Öze durum; davaya konu olan satış vaadi sözleşmesi 21.1.1979 tarihinde yapılmış olup, taşınmazın tapusunun verilmesi için kararlaştırılan 15.3.1979'dan önce davalının borçlarından dolayı 12.3.1979 gününde konkordato mehli içine girmiş bulunmasıdır. Bir davada taraflar arasında yer alan hukuksal durumun dışında tümüyle bir tarafın eyleminden doğan ve yalnız onu ilgilendiren bir olayla diğer tarafı sorumlu tutmaya ve onu zararlı kılmaya olanak yoktur. İİK'nun 285-309. maddelerinde yer alan konkordato koşulları var olduğu takdirde, borçlarını ödeyemeyecek hale gelen borçlunun iflâstan kurtulmak için aman dilemesi sonucu uygulanan hafifletilmiş bir kolektif icra müessesesidir. Kabule göre; tesis edilen hükümde çelişkiye düşmüştür..." (YKD., 1980/6, s. 833-834).

(137) Berkin, N. M., Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti (İÜHFĐ., 1947, C. XIII, S. 2, s. 622-656), s. 656, dn. 32.

Satıcının konkordato teklif etmesi halinde, satım sözleşmesi satıcı tarafından ifa edildiği takdirde konkordatonun mülkiyeti muhafazaya herhangi bir etkisi olmaz<sup>(144)</sup>. Henüz ifa edilmemiş olan bir satım sözleşmesinin konkordato mühleti devamı sırasında ifa edilip edilmeyeceği konkordato komiserinin muvafakatına bağlıdır. Şayet ifa yerine getirilmemişse, alıcı, ifanın yerine getirilmemesinden dolayı tazminat talebinde bulunabilecektir<sup>(145)</sup>. Alıcı, satıcı tarafından teklif edilen konkordatoya iştirak edemez.

Alıcının konkordato teklif etmesi halinde, konkordatonun satıcı ile arasında mevcut olan mülkiyeti muhafaza sözleşmesine bir etkisi olmayacaktır. Alıcı temerrüde düşmemiş veya satıcı sözleşmenin feshini beyan etmemişse, alıcı konkordato komiserinin muvafakatı ile sözleşmeyi ifa edebilir<sup>(146)</sup>. Satıcının konkordatodan etkilenmemesi sözleşmedeki edimin tamamının ifasının teminat altına alınmasına bağlıdır. Alıcının bu teminat şartını yerine getirmemesi halinde alıcı temerrüde düşmüş kabul edilerek, bu suretle iflâsta olduğu gibi ilgili hükümlerin niteliğine aykırı düşmedikçe kıyasen burada da uygulanması gerekir<sup>(147)</sup>. Bu bağlamda, satıcıya ifa yapılmaz veya bakiye alacak için yeterli miktarda teminat gösterilmediği takdirde, satıcı mülkiyeti muhafazaya dayanabilir. Nitekim, mülkiyeti muhafaza konusu mal ekonomik anlamda bir aynı teminat kabul edilerek, satıcı konkordatodan etkilenmeksizin alacağını elde edebilecektir (m. 303; İsv.İİK.m.311)<sup>(148)</sup>. Satıcının mülkiyeti muhafazadan feragat etmek suretiyle konkordatoya tâbi olması seçeneği de bulunmaktadır<sup>(149)</sup>.

### VI- Konkordatonun Müşterek Borçlu, Kefil ve Borcu Tekeffül Edenler Üzerindeki Etkisi

#### 1. Genel Olarak

Bir alacak için konkordato borçlusu ile birlikte borçlu olan müşterek borçlu (veya borçlular) ya da kefil varsa, tasdik edilen konkordatonun bu müşterek borçlu veya kefile etkisi ne olacaktır? sorusu ile kaşılaşılabılır. Bu konuda hukuk düzenlerinde farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. <sup>(150)</sup>. Türk-

(144) Haberthür, B. (Çev: ÖNEN, E.), İcra ve İflâs Yollarıyla Takipte ve Konkordatoda Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi (AHFD.,1965-1966/ 1-4, C. XXII-XXIII, s. 535-565), s. 561.

(145) Haberthür, s. 561.

(146) Haberthür, s. 562.

(147) Jaeger, Art. 300, N. 2, s. 438. İflâs hukukunda alıcının iflâsı halinde mülkiyeti muhafazanın hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tercan, s. 193 vd.

(148) Haberthür, s. 563; Jaeger/ Daeniker, Art. 311, N. 2, s. 543; Waadt kantonu, SJZ 34, s. 328.

(149) Haberthür, s. 563.

(150) Nitekim, mülga Alman Konkordato Kanununda alacaklının konkordatoyu kabul edip etmemesine bakılmaksızın, müşterek borçlu ve kefiller ile borcu birlikte taahhüt edenlere karşı mürâ-

İsviçre hukukunda konkordatoya süresi içinde başvurmuş olan alacaklı, konkordatoya kabul oyu vermemişse, müşterek borçlular, kefiller ile borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder (m. 295/ I; İsv.İİK.m.303/ I). Başka bir deyişle, konkordato alacaklısı konkordatoya red oyu vermişse, konkordato yokmuş gibi borcu müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden alacağını tamamını isteyebilir. Bu durumda, onlar konkordatodan yararlanamazlar. Alacaklı alacağını normal vadesinde müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden talep edebilir. Buna karşılık alacaklı, konkordatoyu kabul etmişse, alacağını müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden ancak konkordato şartları muvacehesinde isteyebilir. Öte yandan, alacaklı konkordatoyu kabul etse dahi, kendi haklarını müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere ödeme karşılığında temlik etmeyi teklif etmek ve onlara alacaklılar toplantısının günü ile yerinden en aşağı on gün öncesinden haber vermek kaydıyla söz konusu şahıslara karşı haklarını tam olarak muhafaza edebilmektedir (m. 295/ II; İsv.İİK.m.303/ II).

Görüldüğü üzere, konkordato borçlusundan alacaklı olan kimsenin, müşterek borçlulara, borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını koruyabilmesi bakımından üç alternatif düzenlemeye yer verilmiştir. Buradaki incelememizde bu hususlar üzerinde durulacaktır.

## 2. Alacaklının Konkordatoya Kabul Oyu Vermemiş (Konkordatoyu Reddetmiş) Olması Halinde

Konkordatoya süresi içinde başvurmuş olan alacaklı, konkordatoya kabul oyu vermemişse, müşterek borçlular, kefiller ile borcu tekeffül edenlere<sup>(151)</sup> karşı bütün haklarını muhafaza eder (m. 295/ I; İsv.İİK.m.303/ I)<sup>(152)</sup>. Başka bir de-

---

caat hakkının etkilenmeyeceği kabul edilmişti (DKO §193), bkz. **Böhle-Stamschraeder, A./ Kilger, K.**, Konkursordnung, 15. Aufl., München 1987, s. 479-480.

(151) Söz konusu hüküm, konkordato borçlusundan başka müşterek borçluların, borçlunun kefillerinin ve borcu tekeffül edenlerin konkordatonun tasdiki halinde sorumluluk şartlarını göstermektedir. Burada müşterek borçlular kavramı altında bir borcun birden fazla borçlusunun bulunması hali ifade edilmektedir. Borçlunun kefilleri ile gerek adi kefalet ve gerekse müteselsil kefalet; borcu tekeffül edenler kapsamında ise, müşterek borçlu ve kefiller dışında, aynı borçtan alacaklıya karşı sorumlu olanlar (örneğin; başkasının fiilini taahhüt -BK.m.110-, alacağın temlikinde alacağı garanti edenler gibi) anlaşılmaktadır (bkz. **Jager**, Art. 303, N. 3, s. 444; **Üstündağ**, İflâs, s. 197, dn. 224a; **Erdoğan, İ.**, Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi (YD., 1984/ 1-2, (I) s. 158-169, (II) s. 318-331), I, s. 159-163).

(152) HGK., 16.4.1976, 1974/1-546, 1251: "Taraflar arasındaki menfi tespit davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya İkinci Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 28.12.1967 gün ve 1379-1537 sayılı kararın incelenmesinin davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 31.3.1970 gün ve 1447-1302 sayılı ilâmı; davalı banka İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesine göre müşterek borçlulara, borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafazanı muhafazanı müşterek borçlu ve müteselsil kefil olan davacı ...'nin açtığı menfi tespit davasının bu hükümler gözönünde tutulmak suretiyle tetkike tâbi tutularak sonucu dairesinde bir karar verilmek gerekir nedeniyle

yişle, konkordato alacaklısı konkordatoya red oyu vermişse, konkordato yokmuş gibi borcu müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden alacağının tamamını isteyebilir<sup>(153)</sup>. Bu durumda, onlar konkordatodan yararlanamazlar. Alacaklı alacağını normal vadesinde müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden talep edebilir<sup>(154)</sup> (155). Alacaklı konkordatoyu açık bir beyanıyla reddedebileceği gibi, sadece çekimser kalması dolayısıyla zımnî olarak da reddedebilmesi mümkündür<sup>(156)</sup>.

bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*: Davalı banka, dosyadaki kağıtlara göre konkordatoya muvafakat etmediğini göstermiştir. O halde bankanın İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesi uyarınca müşterek borçlulara, borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını koruduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan gösterilen teminat da Bankalar Kanunu'nun 50. maddesi hükmünce munzam teminat niteliğindedir. Bu nedenlerle mahkemece Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak icap ederken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır." (İKİD., 1976/188, s. 4758).

- (153) **Amonn**, s. 446; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3807; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, İcra, s. 555; **Kuru/ Görgün**, s. 254. Buna karşılık konkordatoda oy hakkı bulunmayan imtiyazlı alacaklılar, borçlunun yakınları ve rehinli alacaklılar konkordatoya kaydedilmiş olmak şartıyla bu haklarını bütünüyle muhafaza ederler.
- (154) **Jaeger**, Art. 303, N. 4, s. 445; **Üstündağ**, İflâs, s. 197; "...Davacı vekili, müvekkilinin bayii olan dava dışı Geyik Toptan Gıda Pazarı Edip Geyik'in müvekkilinden vadeli olarak aldığı mamullerin teminatı olarak davalı bankanın müvekkiline söz konusu bayi lehine 12.6.1987 tarihli ... liralık bir adet kesin teminat mektubu verdiğini ve borcun ödenmemesi üzerine teminat mektubunun paraya çevrilmesi istendiği halde ödeme yapılmadığını öne sürerek, ... liranın ihtar tarihi olan 15.12.1987 tarihinden itibaren en yüksek banka faizi ile davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili yetki itirazında bulunmuş, lehine teminat mektubu verilen Edip Geyik'in konkordato talebinin kabul edilmesinden ve kendisine mehil verilmesinden sonra konkordato komiserliğinin mektubun paraya çevrilmemesine karar vermiş olması nedeniyle paraya çevrilmediğini, komiserliğin kararının şikâyet yolu ile kaldırılmasından dava açılmayacağını en fazla % 30 faiz istenebileceğini savunarak, davanın reddini istemiştir. Davacı birleştirilen aynı mahkemenin 1988/ 80 esas sayılı davasında da bu defa aynı iddialarla 7.1.1987 tarihli ... liralık teminat mektubunun ödenmediğini öne sürerek ... liranın ihtar tarihi olan 15.12.1987 tarihinden itibaren en yüksek banka faiziyle davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı banka esas davadaki savunmalarını tekrarlayarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, bayilik sözleşmesine, komiserliğin 20.11.1987 tarihli yazısına teminat mektuplarına ve tüm dosya içeriğine dayanılıp, konkordatoya gidilse bile davalı bankanın teminat mektuplarını ödemesi gerektiği sonucuna varılıp, ... liranın 15.12.1987 tarihinden itibaren % 30 faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve BK'nun 73. maddesine göre para alacaklısı davacının ikametgahı mahkemesinde de dava açabileceğinden yetki itirazının reddinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir..." (11. HD., 21.11.1989, 1988/8797, 1989/6503: yayımlanmamıştır).
- (155) Buna karşılık, kolektif ve komandit şirketin teklif ettiği konkordatonun neticesinden, kolektif şirket ortakları ile komandite ortaklar da yararlanabilir (bkz. **Amonn**, s. 446; BGE 109 III 128; **Kuru**, Şahıs Şirketleri, s. 27; **Kuru**, Konkordato, s. 412-413 ve s. 495, dn. 277).
- (156) **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 644; **Kuru**, Konkordato, s. 495, dn. 276; **Buruloğlu/ Reyna**, s. 83; **Ulukapı**, s. 96-97; **Erdoğan**, I, s. 168; **Erman**, Konkordatonun Etkisi, s. 7. Bu-

Konkordatoyu reddeden alacaklı, İcra ve İflâs Kanunu m. 295/1 hükmünün açık ifadesi karşısında, kendisine karşı sorumlu olan diğer borçlulara karşı konkordato şartlarına bağlı kalmaksızın müracaat edebilir. Öte yandan, müşterek borçlu, kefil ve borcu üstlenen kişilere karşı tüm haklarını muhafaza etmiş olan alacaklıya karşı, kefilin açtığı menfi tespit davasında, İİK. 295. madde hükmünün gözönünde bulundurulması gerekmektedir<sup>(157)</sup>.

Buna karşılık konkordatoda oy hakkı bulunmayan, imtiyazlı alacaklılar, borçlunun yakınları ve rehinli alacaklılar, konkordatoya yazılmış olmak şartı ile, müşterek borçlu veya kefile karşı bütün haklarını muhafaza ederler. Bu durumda, müşterek borçlu veya kefil, konkordato ile yapılan tenzilatın (ibradan) yararlanamayacağı<sup>(158)</sup> gibi, konkordato ile alacağın ödenmesi için vade kabul edilmişse, bundan da yararlanamaz. Alacaklı, normal vadesinde, alacağını müşterek borçlu veya kefileden isteyebilir<sup>(159)</sup>.

Konkordatoya süresi içerisinde başvurmamış olan alacaklının müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere karşı müracaat hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>(160)</sup>, alacağını süresi içinde konkordatoya kaydetmemiş bulunan alacaklı söz konusu şahıslara karşı sahip olduğu müracaat hakkını kaybedecektir. Diğer görüşe göre<sup>(161)</sup>, alacağını süresi içinde konkordatoya kaydetmemiş bulunan alacaklının müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere karşı müracaat hakkının bulunup bulunmadığını belirlemede bir ayırım yapılması gerektiği kanısı hâkimdir. Buna göre, şayet müşterek borçlu

---

na karşılık öğretilde *Berkin*, alacaklının konkordatoya ilgisiz kalmasının kabul teklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. *Berkin*, İflâs, s. 550-551). Kanımızca, öğretinin çoğunluğu tarafından da benimsenen ve konkordato alacaklısının konkordato müzakerelerine kayıtsız kalmasının konkordatoyu zımnen reddettiği anlamı çıkarılmalıdır.

(157) TD., 31.3.1970, 1447/1302: “295. maddeye göre, müşterek borçlu, kefil ve borcu üstlenen kişilere karşı tüm haklarını koruyan alacaklıya, kefilin açtığı menfi tespit davasında bu noktanın gözönünde tutulması zorunludur. Davalı Banka, İİK'nun 295. maddesine göre müşterek borçlulara, borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza ettiğinden, müşterek borçlu ve müteselsil kefil olan davacı ... 'nın açtığı menfi tespit davasının bu hükümler göz önünde tutulmak suretiyle tetkike tâbi tutularak, sonucu dairesinde bir karar vermek gerekir.” (Olguç, s. 1984).

(158) 11. HD., 19.6.1987, 4007/3719: “...Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilâmında benimsenen gerektirici sebeplere, 16 Ocak 1981 tarihli ve ... Tl. limitli umumi taahhütnameyi davalı ...'nin, esas borçlu ... AŞ'nin iki yetkilisinden ayrı olarak imza etmek suretiyle “müteselsil kefil” durumunu kabullenmiş olmasına, esas borçlu şirketin konkordato istemi ve konkordatonun tasdik edilmiş olmasının, davacı bankanın konkordatoyu kabul etmemesi sebebiyle, müteselsil kefilin sorumluluğuna etki yapmamasına (İİK.m.295/1), ... AŞ'nin takip tarihinde borçlu bulunduğu birlikişi raporuyla tesbit edilmiş olmasına göre ve takibe itiraz da davalının haksız çıkması bulunmasına göre...” (Altay, s. 930-931).

(159) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3808.

(160) **Jaeger**, Art. 303, N. 1, s. 444; **Berkin**, İflâs, s. 550; **Gürdoğan**, İflâs, s. 204; **Altay**, s. 416.

(161) **Kuru**, Konkordato, s. 497-498; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3808 vd.

konkordato alacaklısına ödeme yaptığı takdirde, konkordato borçlusuna karşı rücu hakkına sahip değilse, söz konusu şahıslardan alacağıının tamamını talep edebilecek; buna karşılık, söz konusu şahıslar konkordato alacaklısına ödemede bulununca rücu hakkına sahipse, alacaklı konkordato ile ibra edilen kısmı müşterek borçlu ve kefilden isteyemeyecektir. Kanımızca, müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenler, borcu ödedikten sonra konkordato borçlusuna rücu etme imkânından yoksun ise, alacaklının konkordatoya süresi içinde kaydettirmemiş olması onun söz konusu şahıslara alacağın tamamı bakımından başvurma hakkını engellememelidir<sup>(162)</sup>. Aksi takdirde, bu şahıslara karşı alacaklının bütün haklarını koruyabilmesi için konkordatoya süresi içinde alacağını kaydettirmiş olması gerekir. Alacaklının bu yükümlülüğe uymamış olması söz konusu şahısları teminat haklarından yoksun bırakacağından söz konusu rücu hakkını kaybedecektir<sup>(163)</sup>. Şayet müşterek borçlu veya kefil, konkordato alacaklısına ödemede bulununca, konkordato borçlusuna rücu hakkına sahipse, durum değişiktir. Alacaklı, her halde, konkordato ile ibra edilen kısmı müşterek borçlu veya kefilden isteyemez.

Bunun dışında, durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir. Birincisi; alacağın konkordatoya yazdırılmamasında alacaklının hiçbir kusuru yoksa, alacaklı, konkordatoya katılmak imkânından yoksun bırakılmış olduğundan, konkordato şartları dahilinde müşterek borçlu veya kefile karşı müracaat hakkına sahip olmalıdır<sup>(164)</sup>. Borçlunun, bütün alacaklarını konkordato projesi veya eklerinde göstermesi gerekir. Bu yapılmamış ve alacaklı da yirmi gün içinde konkordato ilânını öğrenip alacağını komisere yazdırmamış ise, m. 298/3' teki teminattan yararlanamayacak ve sonuçta müşterek borçlu veya kefilin durumunu kötüleştirmiş olacaktır. Ancak, alacaklının bunda kusuru olmadığından, müşterek borçlu veya kefile karşı bütün haklarını kaybettiği sonucuna varmak haksızlık olur. Bu durumda, alacaklının müşterek borçlu veya kefile karşı olan müracaat hakkını konkordato şartlarına göre kullanabilmesi için, alacaklının, borçlunun konkordato sürecinde olduğunu öğrenir öğrenmez, söz konusu konkordatoyu önlemek için gerekli tedbirlere başvurması, örneğin, konkordatonun tasdiki duruşmasına gelerek itiraz hakkını kullanması gerekir. Alacaklı, konkordatoyu öğrenince hareketsiz kalırsa, müşterek borçlu veya kefile karşı müracaat hakkını kaybettiği sonucuna varmak gerekecektir<sup>(165)</sup>. İkincisi, alacaklı, konkordato ilânını öğrendiği halde, alacağını zamanında yazdırmayı ihmal etmişse, m. 298/3' teki teminatı kaybetmekte kusurludur ve bu kusurun sonucuna katlanmalıdır<sup>(166)</sup>. Başka bir

---

(162) Aynı doğrultuda görüş için bkz. *Ulukapı*, s. 97-98.

(163) Aynı görüşte, *Altay*, s. 416.

(164) *Kuru*, İcra ve İflâs, IV, s. 3816.

(165) *Kuru*, İcra ve İflâs, IV, s. 3816, dn. 938.

(166) *Kuru*, İcra ve İflâs, IV, s. 3816.

deyişle, müşterek borçlu veya kefile karşı müracaat hakkını tam olarak kaybetmiş sayılmalıdır. Bu sonuç, konkordatoya tâbi olmayan imtiyazlı alacaklar ve kamu alacakları için de geçerlidir.

Yukarıda konkordatonun müşterek borçlu veya kefillere etkisi konusundaki açıklamalar, konkordatonun mahkemece tasdikinden sonraki dönem içindir. Bu bağlamda, alacaklı, konkordato mühleti içinde müşterek borçlu veya kefil aleyhine takip yapar veya daha önce başladığı takibi devam ettirir ve konkordato tasdik edilmeden önce müşterek borçlu veya kefileden alacağını tahsil ederse, müracaat hakkının bulunmadığı hallerde, müşterek borçlu veya kefil, alacaklıya ödediği paranın tamamen veya kısmen geri verilmesini isteyemez. Bu durumda, müşterek borçlu veya kefil, muhtemel rücu alacağını, yirmi günlük süre içinde olmak şartıyla taliki şarta bağlı bir alacak olarak konkordato komiserine yazdırabilir<sup>(167)</sup>. Şayet, asıl alacaklının alacağı konkordatoya yazılmışsa, mükerrer alacağı önlemek için, borçlu veya kefilin muhtemel rücu alacağını konkordatoya yazdırmasına imkân yoktur.

Öte yandan, müşterek borçlu ve kefillerin, konkordato isteyen borçluya karşı rücu haklarını kullanabilmeleri için, sorumlu oldukları miktarı konkordato komiserine bildirip alacak kaydettirmek ve ayrıca konkordato talebine karşı da red oyu kullanmak zorundadırlar<sup>(168)</sup>.

### 3- Alacaklının Konkordatoya Kabul Etmiş Olması Halinde

Alacaklılar toplantısından hemen sonra veya on günlük süre içinde alacaklılar konkordatoyu kabul etmiş olabilirler. Bunun gibi, on günlük iltihak müddetinden sonra, mahkemenin konkordatonun tasdikine ilişkin hüküm verilinceye kadar ki süreç içerisinde alacaklının bildireceği kabul beyanı geçerli olacaktır. Konkordatoyu kabul etmiş olan alacaklının beyanının doğuracağı sonuçları değerlendirirken, yapılan bu beyanın şarta bağlanmamış olması gerekir.

(167) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3817.

(168) 11. HD.. 27.5.1991, 3469/3264: "... I-Konkordato isteyen borçlu şirketin, müteselsil kefilleri kendi yönlerinden konkordato talebinde bulunmuşlardır. Kefillerin konkordato isteyen borçluya karşı rücu haklarını kullanabilmeleri için, kefaletleri nedeniyle sorumlu oldukları miktarı konkordato komiserine bildirip alacak kaydettirmek ve ayrıca borçlunun konkordato komiserine bildirip alacak kaydettirmek ve ayrıca borçlunun konkordato talebine karşı da red oyu kullanmak zorundadırlar (İİK.m.290-295). Bu yolda hareket etmedikleri takdirde ivazsız tasarrufla bulunmuş olurlar ki, bu hal hem kendileri ve hem de konkordato isteyen borçlu yönünden iyiniyetli davranış sayılamaz. Konkordatonun tasdik şartlarından olan dürüstlük kuralı ile bağdaştırılmaz (İİK.m.298/I)..." (Yasa, 1991/12, s. 1685).



Alacaklı, konkordatoyu şartsız kabul etmişse, alacağını müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlerden ancak konkordato şartları muvacehesinde isteyebilir<sup>(169)</sup>.

Konkordatoyu kabul eden alacaklı ile, aynı borcun sorumlusu olan müşterek borçlu veya kefil arasındaki ilişki bakımından iki farklı görüş bulunmaktadır. Birincisi, alacaklının konkordatoyu şartsız kabul etmesi halinde, müşterek borçlu veya kefillere karşı haklarını tamamıyla kaybedeceği görüşüdür. Buna gerekçe olarak m. 295/1 mefhumu muhalifi ve BK.m.113 hükmü gösterilmektedir<sup>(170)</sup>. İkincisi, konkordatoyu şartsız olarak kabul etmiş bulunan alacaklının, müşterek borçlu veya kefilinden de, alacağını, ancak konkordato şartlarına göre isteyebileceği yolundaki görüştür<sup>(171)</sup>. Bu görüş, öğretildeki baskın görüşü temsil etmektedir. Uygulamanın görüşü de bu doğrultudadır<sup>(172)</sup>.

(169) Jaeger, Art. 303, N. 2, s. 444; Jaeger/ Daeniker, Art. 303, N. 4, s. 525; Amonn, s. 446; Blumenstein, s. 911; Stockmann, s. 123; Kuru, Konkordato, s. 495; Postacıoğlu, Konkordato, s. 145; Ulukapı, s. 97; Erdoğan, I, s. 167-168; Altay, s. 414; 12. HD., 19.12.1977, 10442/10745: "Alacaklı ... Ticaret AŞ. 12.8.1976 tarihli dilekçesiyle borçlunun teklif ettiği konkordatoyu şartsız kabul etmiş olmasına, kefil hakkındaki hakların bu dilekçede mahfuz tutulması, borçlunun konkordato teklifini kabul etmesi anlamında olmasına, şirketin konkordato indirimi nisbetinde istifade hakkı olan kefile kanunen müracaat hakkı mevcut bulunmasına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere göre..." (Uyar, İİK, s. 8412); ayrıca bkz. 12. HD., 28.6.1979, 5474/ 6028 (YKD., 1979/ 1-2, s. 1745).

(170) Buruloğlu/ Reyna, s. 87-88.

(171) Bkz. Jaeger, Art. 303, N. 2, s. 444; Jaeger/ Daeniker, Art. 303, N. 4, s. 525; Amonn, s. 446; Blumenstein, s. 911; Stockmann, s. 123; Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3808; Kuru, Konkordato, s. 495; Postacıoğlu, Konkordato, s. 145; Erdoğan, I, s. 167-168; Altay, s. 414.

(172) "... 1- Davacı Halk Bankası AŞ. teminat mektubu riskinden kaynaklanan ..Doların davalılarda depo edilmesini dava devam ederken 22.9.1995 tarihli dilekçesi ile teminat mektuplarının tazmin edildiğini belirterek ...TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Bilirkişi kurulundan alınan 2.6.1997 tarihli raporda davacı bankanın tahsili istenen kadar alacağı bulunduğu saptanmıştır. Davalı Met-Ok AŞ'nin mühlet talebinden önce depo davası açan davacı banka konkordato mühleti kararı ile atanan konkordato komiserine ... Doların 1.8.1995 tarihindeki Türk parası karşılığını bildirmiştir. Borçlu Met-Ok AŞ. bildirilen alacağın ...TL'lik kısmını kabul etmiş, fazlasının ipotekle teminat altına alındığını gerekçe göstererek reddetmiştir. Mahkemece bilirkişi raporu ile saptanan ...TL. alacağın tasdik edilen konkordato projesine göre ödeneceği gerekçesiyle hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Davacı bankanın borçlu Met-Ok AŞ'den olan alacağının ...TL'lik kısmı ipotekle teminat altına alındığından, İİK'nun 303. maddesi uyarınca konkordato hükümlerine tabi değildir. Borçlu Met-Ok AŞ. tarafından kabul edilen ... TL'lik kısım ise konkordato şartlarına göre ödenecektir. Bu durumda davacı bankanın ipotekle teminat altına alınan alacağı ile borçlu şirket tarafından kabul edilen alacağı toplamının bilirkişi kurulunca saptanan ...TL'dan mahsup edilerek bulunacak meblağın konkordato şartlarına göre davalı şirketten tahsiline karar verilmesi gerekir. Mahkemece bu yönün gözetilmemesi isabetli görülmüştür. 2- Davacı banka teminat mektupları ile ilgili kredi sözleşmelerinin kefil olan İsmet Okur'dan da alacağının tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece bu konuda olumlu olumsuz bir karar verilmemiştir. Davacı Halk Bankası borçlu Met-Ok AŞ'nin konkordato teklifini 10.11.1995 tarihli dilekçesi ile kabul ettiğini bildirmiştir. Borçlunun konkordato teklifine itiraz etmeyen alacaklı İİK'nun 295. maddesi uyarınca alacağının kefilinden konkordato şartlarına göre alabilir. Mahkemece bu yön

Şayet, konkordatoyu kabul eden alacaklı, aynı zamanda teminattan (m. 298/3) da vazgeçmişse, bu durumda müşterek borçlu veya kefilin durumunu tamamen kötüleştirmiş olacağından, alacaklı, müşterek borçlu veya kefile müracaat hakkını tam olarak kaybeder. Buna karşılık, müşterek borçlu konkordato alacaklısına ödeme yaptığı takdirde, konkordato borçlusuna karşı rücu hakkına sahip değilse, konkordatoyu kabul eden bir alacaklı bu müşterek borçludan borcun tamamını isteyebilir<sup>(173)</sup>. Öte yandan, konkordatoyu kabul eden alacaklının oyu nazara alınmadan konkordato üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş durumda ise, bu durumda da, alacaklının müşterek borçlu veya kefile bütün alacağı için müracaat edebilmesi düşünebilir.

Netice itibariyle, yukarıda belirtilen istisnai haller dışında, konkordatoyu şartsız kabul etmiş olan alacaklı, müşterek borçlu veya kefilen alacağını ancak konkordato şartlarına göre isteyebilir<sup>(174)(175)</sup>. Bu amaçla alacaklının, kefil müşterek borçlu ve borcu birlikte üstlenmiş bulunan kişilere karşı konkordato koşulları çerçevesinde takipte bulunabilecektir<sup>(176)</sup>. Fer'i borçlu da, asıl borçlunun yaptığı konkordatodan 295. madde hükmü çerçevesinde yararlanabilecektir<sup>(177)</sup>. Buna karşılık fer'i borçlunun yaptığı konkordato asıl borçluyu etkilemez<sup>(178)</sup>.

gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, davalı İsmet Okur'la ilgili talep konusunda olumlu olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." (19.HD., 10.2.1999, 1998/7117, 1999/60: yayımlanmamıştır).

<sup>(173)</sup> Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3809-3810.

<sup>(174)</sup> Kefilin İİK.m.295/1 hükmünden yararlanabilmesi için, konkordatonun mahkemece onanmış ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekir, bkz. TD., 17.2.1972, 576/677 (İBD., 1972/5-6, s. 542).

<sup>(175)</sup> Kolektif şirketin teklif ettiği konkordatonun tasdiki halinde, konkordatodan, onun kefil durumunda bulunan ortakların 295. madde hükmü de gözönünde tutularak yararlanabilecektir, bkz. İİD., 4.7.1968, 6876/7009 (RKD., 1968/7-8, 2/2, s. 125 vd.).

HGK., 9.4.1975, 1235/533: "Dava dışı ST ve Şeriki Kolektif Şirketi'nin yüzde yüz ödeme şartı ile teklif ettiği konkordato mahkemece tasdik edilmiş ise de, konkordatonun icrasına geçilmeden, adı geçen şirketin isteği üzerine iflâsına karar verilmiş olmasına göre, artık konkordatonun mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği gibi İİK'nun 295. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ilke, (alacaklının müşterek borçlulara ve borçlunun kefiline ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını kaybedeceği" anlamında da değildir. Müşterek borçluların, borçlunun kefillerinin ve borcu tekeffül edenlerin konkordatoya muvafakat eden alacaklıya karşı sorumlulukları, konkordato teklif eden borçlunun borcundan dolayı yapılan ve kabul edilen indirim oranındadır. Dava dışı şirket yüzde yüz oranında konkordato teklif etmiş, davacı buna muvafakat etmiş olduğundan, müşterek borçlu ve kefil olan davalının sorumluluğunda bir indirim bahis konusu değildir; alacaklı ona karşı olan bütün haklarını muhafaza etmektedir. Bu nedenlerle mahkemece Hukuk Genel Kurulu'na benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararının bozulmalıdır." (İBD., 1975/11-12, s. 993); aynı doğrultuda karar için ayrıca bkz. 12. HD., 6.1968, 5052/4495 (Batider, 1983, C. XII, S. 1, s. 137).

HD., 9.10.1989, 7912/11884: "Takip yapan senedin ciro suretiyle hamili ...'dir. Senedin borçlusu, yani keşidecisi ... AŞ. olup, müşteki senedin alacaklısı ve lehdarı ciranta ... Ltd.Şti.

Yargıtay, teminat mektubu lehdarının (borçlunun) teklif ettiği konkordato-  
yu şartsız kabul eden muhatap'ın (alacaklının), teminat mektubunu vermiş olan  
bankadan teminat mektubu bedelini tam olarak isteyebileceğine (teminat mektu-  
bunun nakde çevrilmesini isteyebileceğine) (179), çünkü, teminat mektubu veren

fer'i borçludur. Fer'i borçlu, asıl borçlunun yaptığı konkordatoya ait indirimden faydalanır. Bu indirimden sonraki miktar için takip yapılabilir. Bu nedenle asıl borçlu ... AŞ'nin hangi şartlarla konkordato yaptığı, alacaklının bu konkordatoya muvafakati olup olmadığı araştırılıp İİK'nun 295. maddesi de nazara alınarak bir karar verilmek gerekirken, noksan inceleme ile karar verilmesi isabetsiz olup, merci kararının bozulması gerekirken..." (Uyar, İİK, s. 8406); 12. HD., 6.10.1989, 6414/11823: "Borçlular, haklarında yapılan takibe itiraz etmişlerdir. İİK. 3494 sayılı Kanunla eklenen 68. maddesine göre gerekli inceleme yapılmı olumsuz karar verilmek, ayrıca asıl borçlu şirketin yaptığı konkordatoya ait indirimden fer'i borçluların da faydalanacağı esası gözönünde tutulmak, alacaklının bu konkordatoya muvafakati olup olmadığı da araştırılıp, İİK'nun 295. maddesi de gözönünde tutularak, alacaklı isteğinin reddolunması isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8406).

(178) İİD., 10.3.1972, 924/2822: "Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, müşterek borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder. Konkordatoyu muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını, yukarıda işaretli kimselere, ödeme mukabilinde temlikini teklif etmek ve onları alacaklılar toplantısının gününden ve yerinden on gün evvel haberdar etmek şartı ile bu hükümlerden faydalanır (İİK.m.295). Borcu fer'i nitelikte olan kişinin yaptığı konkordatonun asıl borçluya etki derecesine gelince; BK'nun 154. maddesinin ilk fıkrasında, "tediye ile veya yaptığı takasla borcun tamamını veya bir kısmını düşürmüş müteselsil borçlulardan birinin sakıt olan borç nisbetinde, diğer sorçluları da hulas etmiş olacağı" açıklandıktan sonra müteakip fıkrasında, "müteselsil borçlulardan biri borç ödenmemiş iken ondan tahâllus etmiş ise, diğer borçluların bu beraatten malın veya borcun niteliğinin gerektiği oranda faydalanabilecekleri" belirtilmiştir. Alacaklarda eşit ve belirli bir orantı üzerinden indirim yapan konkordato, ödeme takastan gayri sebeplerle ibrayi tazammun ettiğinden diğer müteselsil borçluları ancak, mal ve borcun mahiyeti gerektiği oranda etkileyebilir. Bir bononun cirantaları, keşidecileri, aval verenleri hamile karşı birlikte ve zincirleme borçlu ve sorumlu iseler de bunların keşideciden gayrisi ödedikleri bedelin tamamı üzerinden, kendilerinden önce gelen senet borçlularına rücu hakkını haizdir. Borcun tamamı, en sonunda keşidecinin (poliçede, kabul eden muhatabın), yani asıl borçlunun üstünde toplanır ve kalır. Bu durum; cirantaların ve avâlin sorumluluk sıfatlarının (asıl) değil (fer'i) olduğunu, yani müteselsil kefile benzediğini göstermeğe kâfidir. Borçlunun bu sıfatı, borcun niteliği; asıl borçlunun, konkordato kadeden fer'i borçluların konkordato indiriminden faydalanamayacaklarını gösterir. Bilhassa İİK'nun 295. maddesinin 2. fıkrasında kullanılan (ödemeye karşılığı temlik) ibaresi bu görüşü desteklemektedir. Zira; hamilin, cirantaları veya avallara karşı olan alacak haklarını, bedel mukabilinde keşideciye (poliçede kabul eden muhataba) temlik eylemesi eda konusu olamaz. Aksi halde (bedel mukabili temlik) neticesinde borçluluk ve alacaklılık sıfatları birleşmiş, asıl borçlunun borcu, Borçlar Kanununun 116. maddesi gereğince sukut etmiş olacağından konkordatoya katılma imkânı kalmaz. Yukarıda yazılı esaslar gözönünde tutulduğu takdirde, fer'i borçlunun yaptığı konkordatonun asıl borçluyu etkilemeyeceği ve konkordato tartlarına göre yükümlü bulunduğu borca mahsup edilemeyeceği neticesine varılır." (İBD., 1972/9-10, s. 1011 vd.); ayrıca bkz. HGK., 8.7.1970, 1969-774/400 (ABD., 1971/2, s. 98 vd.).

(179) 11. HD., 17.5.1983, 2462/2617: "...Davaya dayanak yapılan 28.7.1981 günlü teminat mektubunda, (...Bankamız borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla kefil ve zamin olduğundan) biçiminde bir kabul varsa da, aynı mektupla (...taahhüdünü ifa eylemediği takdirde protesto keşidesine, hüküm istihsaline ve müteahhidin rızasını tahsile hacet kalmaksızın mektûlünbinh paranın ilk yazılı ihbarımızda derhal ve bila taallül size veya emrinize nakten ve tamamen ve talep tarihinden tediye anına kadar geçecek güne ait kanuni fai-

bankanın, teminat mektubu lehdarı ile, İİK.m.295 anlamında müşterek borçlu veya kefil olmadığına karar vermiştir<sup>(180)</sup>.

#### 4- Alacaklının Müşterek Borçlu veya Kefile Alacağın Temlikli Tedkinde Bulunması

Alacaklı konkordatoyu kabul etse dahi, kendi haklarını müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere ödeme karşılığında temlik etmeyi teklif etmek ve onlara alacaklılar toplantısının günü ile yerinden en aşağı on gün öncesinden<sup>(181)</sup>

ziyle beraber tazmin ve tesviye edileceğini...) biçiminde, itirazsız ve hükümsüz ödeme kabülünde bulunulmuştur. Davacı mektup muhatabı şirketin istemi üzerine, hiçbir itiraz ileri sürmeden ve hüküm elde etme gereği kalmadan bu parayı ödemeyi üstlenen davalı banka; asıl borcun hukukun mevcut geçerli ve dava edilebilir olduğuna dair, kefilin BK'nun 497. Maddesi hükmüne göre ileri sürmekle yükümlü olduğu def'ileri öne sürmekten vazgeçmek suretiyle, asıl borçtan bağımsız olarak bir yüklenim altına girmiş durumdadır. Davalı bankaca, uyuşmazlık konusu mektupla, üçüncü bir kişinin (mektup lehdarı kolektif şirketin) borcunu, alacaklıya karşı temin ettiği anlaşılmaktadır. Eş anlatımla, sözü edilen belge; davalı bankaca para olarak miktarı gösterilen doğmuş ya da doğacak bir borcun ödenmesini güvence altına alma bildirimini içermektedir. Oysa kefilin yüklenimi fer'i niteliktedir. Asıl borç ödeme ya da başka bir nedenle düşerse, kefalet gibi yan haklar da düşer. BK'nun 113. maddesinde anlamını bulan fer'i hak niteliği, garanti sözleşmesinde yoktur. Saptanan tüm bu öğeler ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 11.6.1969 gün ve 1969/4-6 ve 13.12.1967 gün ve 1966/16 esas, 1967/7 karar sayılı içtihatlarında belirtilen yaklaşımlara göre, davacı anonim şirketle davalı banka arasında taahhüt biçiminde oluşmuş bir sözleşme bağlantısı bulunmasına, davacı şirketin, alacağı temin edilen yan durumunda olmasına, bağımsız nitelikli bu sözleşmeyle davalı bankanın asıl borçlusu olarak yüklenim altına girme iradesinin bulunmasına ve özellikle asli nitelikli bu sözleşmedeki, itirazsız ve hükümsüz ödeme kabulüyle BK'nun 497. maddesinde öngörülen def'ileri ileri sürmekten vazgeçmiş olması karşısında, dava konusu kat'i teminat mektubu başlıklı belge, BK'nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesidir. Esasen, dava konusu teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu 29.11.1982 günlü bozma kararında da açık biçimde kabul edildiği gibi, teminat mektupları mahiyet itibarıyla BK'nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir yolundaki Yargıtay içtihadı kökleşmiş durumdadır. Tüm bu açıklamaların ışığı altında dava konusu teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı, davalı bankanın asıl borçtan bağımsız olarak bir yüklenim altına girdiği ve garanti veren olarak asıl borçlu ilgisi bulunmadığı konuları kesinlikle saptanmış durumdadır. O halde, konkordato isteyen teminat mektubu lehdarı kolektif şirketle konkordatoyu kabul eden alacaklı davacı anonim şirket arasındaki konkordatoya konu ...liralık asıl borç ile garanti sözleşmesi nedeniyle bu asıl borçtan bağımsız olarak bir yüklenim altına giren ve garanti veren olarak asıl borçla ilgisi bulunmayan davalı bankanın İİK'nun 295/1. maddesinde öngörülen konkordatoya kabul oyu veren alacaklının müşterek borçlular ve borçlunun kefillerine karşı alacağını konkordato koşullarına göre isteyebileceği yolundaki hükümden yararlanması düşünülemez. Müşterek borçlu ya da kefil olarak kabul doğru görülmemiştir. Anılan yasa hükmü, garanti veren gibi borçlunun dışında ve bağımsız biçimde yüklenim altına giren kişileri kapsamamaktadır. Mahkemece, garanti sözleşmesinin yanı olan davalı bankanın İİK'nun 295/1. maddesinde sayılan kişilerden olmadığı gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü gerekmektedir." (YKD., 1983/9, s. 1338 vd.).

(180) Aksi görüşte bkz. Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3812-3813.

(181) Walder, H. U., Die Fristen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1981, s. 24.

## Konkordatonun Sonuçları

haber vermek kaydıyla<sup>(182)</sup> söz konusu şahıslara karşı haklarını tam olarak muhafaza eder (m. 295/ II; İsv.İİK.m.303/ II)<sup>(183)</sup>. Buna göre, temlik teklifi kabul

(182) Buradaki temlik, BK.m.162'de düzenlenmiş bir alacağın temlikidir. Temlik teklifi ile alacağın temlikini amaç edinen temlik vaadidir. Borçlar Kanunu anlamında alacağın temlikinin yazılı yapılması bir geçerlilik şartı ise de, kanun koyucu İİK.m.295/ II anlamında yapılacak temlik teklifini herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır. Bunun ispatı açısından yazılı yapılması (noter aracılığı ile veya taahhütlü bir mektupla) ve teklifte toplantının yeri ve günün de bildirilmesi gerekir (bkz. **Erdoğan, II**, s. 318-319). Ancak, bunu karşı taraf biliyorsa böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması teklifin hükümsüz sayılmasına yol açmamalıdır (bkz. **Jaeger, Art. 303, N. 5, s. 445; Jaeger/ Daeniker, Art. 303, N. 6, s. 525**).

(183) **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 644; **Amonn**, s. 446; **Küderli**, s. 199; **Walder, SchKG**, s. 129; **Ulukapı**, s. 98; 12. HD., 3.11.1988, 491/12575: "Konkordato, müşterek borçluların sorumluluğunu tamamen değil, konkordato indirimi oranında kaldırsa da, asıl borçlunun konkordatosuna muvafakat eden alacaklının bu haktan istifadesi için 295. maddede yazılı hususları yerine getirmesi gerekmesine, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre..." (**Uyar, İİK**, s. 8394); 11. HD., 24.1.1980. 1979/5808, 1980/278: "Davacı banka vekili, davalıların müvekkili bankadan 22.7.1965 günlü sözleşmeye istinaden aldıkları iki adet toplam ...liralık teminat mektuplarının lehtarları olan Sosyal Sigortalar Kurumu'na paraya çevrilmesi mevzuhatında olduğunu, kontrgaranti sözleşmesi gereğince mektup bedellerinin bankaya depo edilmesini istediği halde davalıların buna yanaşmadığını ileri sürerek mektup bedellerinin davalılardan alınarak banka veznesine depo edilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Mesut vekili cevabında, müvekkilinin kefil olduğunu, asıl borçluya karşı dava açılması gerektiğini, ayrıca teminat mektubu paraya çevrilmeden bu davanın açılmayacağını ve nihayet davacının asıl borçlu diğer davalının konkordato teklifini kabul ettiğinden bu davayı açamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir. Diğer davalı ise davaya cevap vermemiş ve yargılama yokluğunda yürütülüp sonuçlandırılmıştır. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin 12. Maddesi gereğince davacının bu davayı açmakta haklı olduğu görüşü ile davanın kabulüne ve ...liranın tahsiline karar verilmiştir. Kararı davalı Mesut vekili temyiz etmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve taraflar arasındaki 22.7.1965 günlü sözleşmenin 12. madde hükmüne göre, davacı bankanın teminat mektubu bedelinin banka veznesine depo edilmesini her zaman isteyebileceğinden, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir. 2-Ancak, davalı vekili 6.5.1970 günlü cevap dilekçesinin 6 numaralı bendinde davacı bankanın asıl borçlu ve diğer davalı Sabri'nin konkordato istemini kabul ile dava konusu talep de dahil olmak üzere konkordatoya iştirak ettiğini savunarak artık müteselsil kefil olan müvekkiline karşı bu davanın açılmayacağını ileri sürmüştür. Gerçekten de, İİK'nun 295. maddesi hükmüne göre, alacaklı müşterek borçlulardan birinin konkordatosunu kabul etmiş ise, müşterek borçlu veya kefil den, mevcut alacağını ancak, konkordato şartlarına göre (yani konkordatodaki yüzdeyi) isteyebilir. Meğer ki, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince konkordatoya muvafakat eden alacaklı kendi haklarını müşterek borçluya ödeme karşılığında temlik etmeyi teklif etmiş ve ona alacaklılar toplantısının yer, gün ve saatini en aşağı on gün önceden haber vermiş olsun. İşte ancak bu durumda alacaklı konkordatoya muvafakat etse bile, müşterek borçlu ve kefillere karşı olan haklarını tam olarak muhafaza etmiş olur. O halde, konkordato dosyası getirtilerek, davalının yukarıda açıklanan savunması çerçevesinde ve İİK'nun 295. maddesi hükmü de gözönünde tutulmak suretiyle inceleme yapılmak gerekirken, bu savunmasının hiç nazara alınmadan davanın kabulü isabetsizdir..." (YKD., 1980/6, s. 821 vd.); 12. HD., 2.12.1975, 7966: "Takip müteselsil borçlulardan ...aleyhine lehtar ...tarafından yapılmıştır. Hakkında konkordato söz konusu değildir. Diğer müşterek ve müteselsil borçlu ...konkordato akdedip tasdik edildiğine göre, konunun İİK'nun 295. maddesi hükümlerine göre halli gerekir. Sözü geçen maddenin 1. Fıkrasında konkordatoya muvafakat etmeyen ala-

edilsin veya edilmesin alacaklı, müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere karşı konkordatoyu kabulü halinde de tam hak sahibi olur<sup>(184)</sup>. Temlik teklifinin kabul edilmesi halinde borç alacaklı açısından sona ermekte ve alacaklının bir talep hakkı kalmamaktadır.

Burada on gün önceden haber verilmesinden maksat, müşterek borçlu veya kefilin konkordato dosyasını incelemeye zamanı kalmasıdır. Bu nedenle, ihbarda, dosyanın nerede olduğunun da bildirilmesi gerekir. Alacaklı bu ihbarı yapmakta gecikmiş veya ihbar toplantının yer, gün ve saatini ihtiva etmiyor ve fakat müşterek borçlu bu hususları biliyor ve ihbarın gecikmesinden de bir zararı yoksa, alacaklı, yine m. 295/II hükmünden yararlanabilir. Buna karşılık, alacaklı, bu ihbarı hiç yapmamışsa m. 295/ II hükmünden yararlanamaz<sup>(185)</sup>.

çaklının müşterek borçlulara ve bunların kefillerine karşı bütün haklarını muhafaza edeceği açıklanmıştır. Bu haller şayet alacaklı ...'in konkordatosuna muvafakat etmeseydi, bu halde müşterek borçlu ...'in konkordato akdetmesi, kefilin ...'e borcun tamamı üzerinden mürcaat olanağını vermesi gerekirdi. Olayda alacaklı ...'nin müşterek borçlu ...'in konkordatosuna muvafakat ettiği anlaşıldığı cihetle ...'in müşterek borçlusuna ...'e mürcaat edebilmesi için, sözü geçen 295. maddenin 2. fıkrasında yazılı hususları yerine getirilmesiyle mümkündür. Yani ...'in konkordatosunda mevcut ve kaydettirdiği alacağını ...'e ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve kendisine toplanma günü ile yerini en aşağı on gün evvel haber vermek suretiyle birinci fıkradaki mahfuz olan hakkını kullanabilir. Borçlu kefilin ...'in vaki itirazı üzerine alacaklı Kocaeli 3. Noterliği'nden düzenlenmiş 28.9.1972 tarihli bir ihtarnamesi ibraz ederek 295. maddenin 2. fıkrasında yazılı yükümlülüğünü yerine getirdiğini bildirmiştir. Gerçekten bu ihbarnamede temlik vaadi ve toplantı günü ve yeri borçluya bildirilmiş bulunmakta ve toplantının 7.10.1972 gününde saat 14'de Karacetin Düğün Salonu'nda yapılacağını beyan ettikten sonra, temlik vaadinde de bulunduğu da ihbar edilmiştir. Bu ihbarnamenin, muhatabın katibi ...'a 28.9.1972 tarihinde tebliğ edildiği de noter tarafından verilen meşruhattan anlaşılmıştır. Bu durumda borçlunun sorumlu olması için gerekli şartların tahakkuk ettiği anlaşıldığına göre, nedeni gösterilmeden ve bu hususların redsebepleri açıklanmadan takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir." (Olgaç, s. 1985); ayrıca bkz. İİD., 27.1.1967, 10449/342 (ABD., 1967/2, s. 1106); İİD., 10.6.1965, 7154/7364 (Buruloğlu/ Reyna, s. 227).

(184) Jaeger, Art. 303, N. 6, s. 445; Fritzsche/ Walder-Bohner, II, s. 644; Üstündağ, İflâs, s. 197; Erdoğan, II, s. 319.

(185) Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3814; 12. HD., 11.3.1992, 1991/8513, 1992/2880: "Alacaklının İİK'nun 295/2. maddesi gereğince müteselsil borçlu ve kefillere gerekli teklifte bulunduğunu ve haber verdiğini iddia etmemiş bulunmasına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre..." (Uyar, İİK, s. 8394); 12. HD., 28.6.1979, 5474/6028: "Borçlulardan ..., Edremit İcra Memurluğunun 1978/899 ve 1978/306 esas sayısında kayıtlı takip dosyalarında takip edilen bonolarda müşterek borçlu olan Mustafa'nın konkordato talebi kabul edilerek mahkemece tasdik edildiğini, ...konkordatoya muvafakat ettiğini, İİK'nun 295. maddesinin 2. fıkrasında yazılı hususları yerine getirmediğinden kendisi hakkında da mehil verilmiş sayılacağını ileri sürerek yukarıda yazılı takiplerin iptaline karar verilmiştir. Bu kararın ...tarafından temyizi üzerine Yargıtay 12. HD'nin 29.3.1979 günlü kararı ile (iki borçludan birisinin konkordatoya gitmiş oluşu diğer borçluya sirayet etmez. Bu sirayet borçluların kefillerine racidir. Bu nedenle şikâyetin reddi gerekirken kabulü isabetsiz olduğu gerekçesiyle merci karar bozulmuştur. Bu kararın düzeltilmesini müşterek borçlu Abdülkadir istemiştir. Müşterek borçlulardan Mustafa'nın vâki konkordato isteği 2.5.1978 tarihinde mahkemece tasdik edilerek kesinleşmiştir. Abdülkadir ile Mustafa'nın yukarıda esas numaraları yazılı icra dosyaları ile takip edilen borcun dayanağı

Teklifin reddi halinde alacaklı konkordatoyu kabul etse bile, söz konusu şahıslara karşı müracaat hakkını muhafaza eder. Temlik teklifini kabul ederek ödeme yapan borçlu alacaklıya halef olduğundan, konkordato toplantısına katılır, kabul veya red oyu kullanır; neticede konkordato tasdik olunarak kesinleşir, konkordato borçlusuna ancak konkordato hükümlerine göre başvurabilir<sup>(186)</sup>.

### 5- Alacaklının Müşterek Borçlu veya Kefile Kendisini Temsil Etme Yetkisi Vermesi

Alacaklı müracaat hakkına zarar gelmeksizin müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenlere konkordato müzakeresine katılmak yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir (m. 295/ III; İsv.İİK.m.303/ III). Bu şekilde alacaklının konkordato müzakeresine katılma ve oy kullanma yetkisi verme teklifinin müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül edenler tarafından kabul edilmesi halinde, söz konusu hüküm muvacehesinde hareket edilir. Kendisine yapılan temsilcilik teklifini kabul eden şahıs, konkordato müzakerelerine katılır ve konkordatonun kabulü veya reddi yönünde oy kullanabilir. Alacaklının bu

---

bonoları müştereken imza ettikleri üzerinde bir uyuşmazlık yoktur. Şu halde İİK'nun 295. maddesinin yalnız konkordato isteyen kefillerine değil müşterek borçlularına da uygulanması gerekir. Madde metni açık olduğundan 295. maddenin konkordato isteyen yalnız kefillerine uygulanması gerekeceği doğru olmadığından, borçlu Abdülkadir'in düzeltme isteğinin kabulü ile yasa hükmüne aykırı 29.3.1979 tarihli bozma kararının düzeltme yolu ile kaldırılmasıyla ilgili kararın sonradan mütela olan diğer konkordato müzakerelerine uygulanması celenmiştir. Tetkik edilen konkordato dosyasına göre..., Mustafa tarafından yapılan konkordatoyu 28.11.1977 tarihinde tutulan konkordato zaptı ile teminat gösterilmesi şartı ile muvafakat etmiştir. Borçlunun gösterdiği teminat üzerine konkordato 2.5.1978 tarihinde tasdik edilerek kesinleşmiştir. Her ne kadar ...vekili konkordato müzakeresi yapıldığı ve muvafakat beyanında bulunduğu 28.11.1977 tarihinden sonra 16.12.1977 tarihinde komiserliğe verdiği dilekçede 28.11.1977 günlü tutanağı müşterek borçlular yönünden itiraz ettiğini beyan etmişse de, 28.11.1977 tarihli tutanağı itirazsız imza ettiği ve bu tutanağın aksini iddia ve isabet ettiği cihetle, bu dilekçe bu yönden hukuki bir sonuç doğuramayacağı gibi 295. maddenin 2. fıkrası gereğince, müşterek borçlu Abdülkadir'e kendi haklarını ödeme mukabilinde herhangi bir teklif yapmadığı ve toplanma gününden en aşağı 10 gün evvel haber vermediği cihetle, konkordatoyu bilakayı şart bu müşterek borçluya karşı kabul etmiş sayılır. Bu halde, borçlu Abdülkadir'in sözü geçen icra takip dosyaları ile takip edelin borçluların konkordato şartlarına göre ödemesi gerekeceğinden, talep ve şikâyetin bu şekilde kabulü gerekir." (Uyar, İİK, s. 8396-8397); İİD., 16.6.1966, 6251/6606: "Konkordatoyu muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara, borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül eden sair kişilere karşı bütün haklarını muhafaza eder. Eğer konkordatoya muvafakat etmişse bu hükümden yararlanabilmesi için, kendi haklarını yukarıda işaretlenen kişilere, ödeme karşılığında temlik teklif etmek ve onlara alacaklılar toplantısının günü ile yerini en az 10 gün evvel haber vermek zorunluluğundadır. Hadiseye gelince; alacaklı konkordatoya muvafakat ettiği halde, ihbar sorumluluğunu yerine getirmemiş olduğundan, varit görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, merci kararının onanmasına..." (Uyar, İİK, s. 8399).

(186) Küderli, s. 199-200; Erdoğan, II, s. 320.

kimselere karşı oyun mahiyeti ne olursa olsun müracaat hakkı saklı kalır<sup>(187)</sup>. Kendisine temsil yetkisi verilmesi teklifinde bulunulan müşterek borçlu, kefil ve borcu tekeffül eden, bu teklifi kabul etmediği takdirde, alacaklının konkordatoyu kabulü ile söz konusu şahıslara tanınan konkordato şartlarından faydalanamaz<sup>(188)</sup>. Bu durumda dahi alacaklı konkordatoyu reddetmiş gibi söz konusu şahıslara karşı sahip olduğu hakları muhafaza eder<sup>(189)</sup>.

## VII- Konkordatonun Takip ve Davalar Üzerindeki Etkisi

### 1- Konkordatonun Takipler Üzerindeki Etkisi

Konkordato mühletinin verilmesi ile kural olarak borçluya takip yapılamayacağı<sup>(190)</sup> ve daha önce başlamış bulunan takiplerin de duracağını aşağıda belirtmiştik. Konkordato mühletinin<sup>(191)</sup> verilmesinden önce borçlunun mallarına haciz konulmuş ve bu haczedilen malvarlığı henüz paraya çevrilmemişse, bu hacizler konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile hükümden düşer (m. 304; İsv.İİK.m.312)<sup>(192)</sup>.

Kanun yalnız konkordatonun tasdiki demekte ise de, bunu konkordatonun tasdikinin kesinleşmesi şeklinde anlamak gerekir. Buna karşılık, hacizlerin hükümden düşmesi için, tasdik kararının kesinleşmesi yeterli olup<sup>(193)</sup>, bunun ilânının (m.300) beklenmesine gerek yoktur<sup>(194)</sup>.

(187) **Berkin**, İflâs, s. 552; **Kuru**, Konkordato, s. 497; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3815; **Üstündağ**, İflâs, s. 198, dn. 225a; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 139; **Ulukapı**, s. 98-99; **Altay**, s. 411; **Erdoğan**, II, s. 321.

(188) **Erdoğan**, II, s. 321; **Ulukapı**, s. 99.

(189) **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 644.

(190) Konkordato mühleti içinde devam edebilen veya yeniden yapılabilen takiplere konkordatonun tasdik kararının bir tesiri yoktur. Bu bağlamda, konkordato mühletinden önce veya sonra başlamış bulunan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipler ile İİK.m.206'nın ilk sırasındaki imtiyazlı alacaklar bakımından takiplere konkordatonun tasdikinden sonra da devam edilir (bkz. **Berkin**, Konkordatonun Hükümleri, s. 648). Bu takip neticesinde borçlunun malları haczedilmişse bu hacizler de tasdik kararı ile düşmez; bu haczin ancak borçlunun konkordato şartları dairesinde borcunu ödemesiyle hükümden düşeceği kabul etmek gerekir (bkz. **Kuru**, Konkordato, s. 493, dn. 271). Nitekim, üzerinde rehin hakkı bulunan bir gayrimenkulün satışı ertelenmişse, konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile bu satış yapılabilir (bkz. BGE 84 III 110; **Büchi/ Meier/ Bosshard**, s. 135).

(191) Kanun koyucu İİK.m.304'ün ifadesinde "konkordato mühletlerinden" bahsetmişse de, bunu "konkordato mühletinden" şeklinde anlamak gerekir.

(192) **Fritzsche/ Walder- Bohner**, II, s. 640; **Büchi/ Meier/ Bosshard**, s. 135; **von Overbeck**, s. 239; **Kuru/Arslan/ Yılmaz**, İcra, s. 554; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3803; **Belgesay**, İflâs, s. 16.

(193) "... İİK'nun 287/ son maddesine göre konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönemde içerisindedir başlamış olan takiplerin durdurulmasına karar verilemez ise de, uyumsuzluğa konu olayda mühletin bitmesinden sonra ilgili Ticaret Mahkemesinde inceleme yapılarak 16.12.1994 ta-



## Konkordatonun Sonuçları

Söz konusu hüküm henüz paraya çevrilmemiş hacizlere ilişkin olduğundan, haczedilmiş mallar mühletten önce paraya çevrilmişse, bunun satış bedeli konkordatoya tâbi olmaksızın haciz sahibi alacaklıya ait olur. Satış bedeli alacağı karşılamaya yetmediği takdirde bu alacaklı alacağını konkordato şartları muvacehesinde borçludan talep edebilir<sup>(195)</sup>. Türk hukukunda kaynak Kanundan farklı olarak konkordatonun tasdikinin ihtiyatî hacizler bakımından etkisi şeklinde bir sorun bulunmamaktadır<sup>(196)</sup>. Zira, ihtiyatî haciz kararı bir icra takip muamelesi olduğundan, konkordato mühleti içerisinde borçlu aleyhine ihtiyatî haciz kararı verilemediği gibi, mühletten önce verilmiş olan bir ihtiyatî haciz kararı da icra edilemez. Ancak, mühletten önceki borçlar bakımından alınmış bir ihtiyatî haciz kararı icra edildikten sonra konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile bu ihtiyatî hacizler de hükümden düşecektir<sup>(197)</sup>. Oysa kaynak İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda istisnai olarak ihtiyatî haczin konkordato mühleti içerisinde uygulanması kabul edildiğinden, konkordatonun tasdiki bunlara tesir etmemektedir<sup>(198)</sup>.

Konkordatonun tasdikinin borçlu hakkında mühlet verilmesinden önce henüz paraya çevrilmemiş hacizleri hükümden düşüreceğine ilişkin söz konusu düzenlemenin, takipler üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>(199)</sup>, konkordatonun tasdik edilerek kesinleşmesi sonucunda, yalnız hacizlerin değil aynı zamanda takiplerin de düşeceği ileri sürül-

---

rihinde konkordatonun tasdikine karar verilerek için esas sonuçlandırılmıştır. Bu durumda borçlular hakkında konkordatoya tâbi borçlar için artık konkordato koşullarına göre takip yapılması mümkün olduğundan anılan borçlar için cebri icra kapsamında olan satış veya muhafaza işlemleri yapılamaz. İİK'nun 303. Maddesi gereğince de tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için zorunlu hale gelmiştir. Cebni icra yolu ile yapılan takibin durması için konkordatonun tasdikinin kesinleşmesine gerek yoktur. Aksinin kabulü konkordato kurumunu işlemez hale getirebileceği gibi, diğer alacaklılar yönünden de aleyhlerine sonuç doğurur. Ancak İİK'nun 304. maddesinde öngörülen hacizlerin düşmesi için -doğuracağı kesin sonuç bakımından- konkordato tasdik kararının kesinleşmesi gerekir. Mercice uyumsuzluğun bu çerçevede değerlendirilip, muhafaza işlemi uygulayan icra müdürlüğü işlemi hakkındaki, borçlu şikâyetinin kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsiz olup merci kararının bozulması gerekirmen onandığı anlaşılmalı, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir..." (12. HD., 28.9.1995, 11661/12424: yayımlanmamıştır).

- (194) Jaeger, Art. 312, N. 1, s. 464; von Overbeck, s. 239; Berkin, İflâs, s. 573-574; Berkin, Konkordatonun Hükümleri, s. 647; Postacioğlu, Konkordato, s. 121; Gürdoğan, İflâs, s. 206; Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3804; Kuru, Konkordato, s. 493, dn. 273; Altay, s. 421.
- (195) Berkin, İflâs, s. 574; Postacioğlu, Konkordato, s. 122; Kuru, Konkordato, s. 493, dn. 272.
- (196) Bkz. Berkin, İflâs, s. 574; Ulukapı, s. 99.
- (197) Altay, s. 423.
- (198) Bkz. Jaeger, Art. 312, N. 4, s. 465.
- (199) Jaeger, Art. 312, N. 4, s. 364-365; Jaeger/ Daeniker, Art. 312, N. 4, s. 547; Blumenstein, s. 926; Postacioğlu, Konkordato, s. 121; Berkin, İflâs, s. 574; Berkin, Konkordatonun Hükümleri, s. 647; Gürdoğan, İflâs, s. 206; Belgesay, İflâs, s. 16.

müştür. Diğer görüşe göre<sup>(200)</sup>, konkordatonun tasdikine ilişkin kararın kesinleşmesiyle sadece hacizlerin düşmesi söz konusu olup, takiplerin devam edeceği kabul edilmiştir. Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır<sup>(201)</sup>. Kanımızca kanun koyucunun düzenlediği m. 304 hükmünü taraf menfaatlerini bağdaştıracak tarzda ele alarak, konkordatonun tasdiki kararı ile sadece hacizlerin

(200) **Kuru**, Konkordato, s. 494; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3806.

(201) 19. HD., 28.9.1995, 13453/12447: "İİK'nun 287/son maddesine göre konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem içerisinde başlamış olan takiplerin durdurulmasına karar verilemez ise de, uyuşmazlığa konu olayda mühletin bitmesinden sonra ilgili Ticaret Mahkemesinde inceleme yapılarak 16.12.1994 tarihinden "konkordatonun tasdikine" karar verilerek işin esası sonuçlandırılmıştır. Bu durumda borçlular hakkında konkordatoya tâbi borçlar için artık konkordato koşullarına göretakip yapılması mümkün olduğundan, anılan borçlar için cebri icra kapsamında olan satış veya muhafaza işlemleri yapılamaz. İİK'nun 303. maddesi gereğince de tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için zorunlu hale gelmiştir. Cebri icra yolu ile yapılan takibin durması için konkordatonun tasdikinin kesinleşmesine gerek yoktur. Aksinin kabulü, konkordato kurumunu işlemeze hale getirebileceği gibi, diğer alacaklılar yönünden de aleyhlerine sonuç doğurur. Ancak İİK'nun 304. maddesinde öngörülen hacizlerin düşmesi için doğuracağı kesin sonuç bakımından- konkordato tasdik kararının kesinleşmesi gerekir. Mercice uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilip, takibin durdurulması hususundaki icra müdürlüğü kararı sonucu itibarı ile doğru olduğundan, şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikâyetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8654-8655); 12. HD., 1.5.1992, 1991/11838, 1992/5914: "İİK'nun 289. maddesi gereğince rehlinli alacaklar müstesna olmak üzere mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur. 304. maddeye göre de konkordatonun tasdiki, konkordato mühletlerinden evvel var olup da henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürür. İİK'nun 89/1.maddesine göre çıkarılan haciz ihbarnamelerinin konkordato mehlinden önce çıkartmış olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Haciz ihbarnamesi çıkartılan 3. kişilerin herhangi bir şikâyeti yoktur. Konkordato mehli verilmesi ile takipler durur, konkordatonun onanması ile hacizler düşeceğine ve üçüncü kişilerin haciz ihbarnamesinin çıkarılış biçimine itiraz ve şikâyetleri bulunmadığına göre; borçlu şikâyetinin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8687); 12. HD., 17.10.1989, 10658/12402: "Takip yasağının mühlet içinde olmasına, mühletin bitiminden sonra takibin yürüyeceğine, ancak konkordato tasdik edildiğinden, hacizlerin düşeceğine ve tasdikten sonra haciz yapılmasının da istemiyeceğine ve tasdik edilen konkordatonun alacaklılar için mecburi olmasına ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8656); 12. HD., 16.11.1989, 4799/4069: "Konkordato mehlinin 11.7.1988 tarihinde bittiği, bu tarihten sonra takip yasağının kalktığı, alacaklının 17.1.1989 tarihinde takibe geçtiği 2.2.1989 tarihinde mahkemece konkordatonun tasdik edilmesinin mehliden sonra yapılan takibin iptalini gerektirmeyeceği, konkordatonun tasdikinin kesinleştikten sonra, ilân üzerine, tasdik edilen konkordatonun 303. madde gereğince bütün alacaklılar için mecburi olacağı ve takibin duracağı, konkordato şartlarının ihlâli halinde alacaklının konkordatonun feshini isteyip takibini yürütebileceği düşünülmeden takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8687-8688); 12. HD., 24.4.1986, 1985/11031, 1986/4818: "İİK'nun 304. maddesinde hacizlerin düşeceğinden bahsedilmiş olup, takibin iptalinden söz edilmemesine, kendisi hakkında konkordato feshedilen alacaklının takibe devam edebileceğine ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dayandıkları belgelere göre..." (Uyar, İİK, s. 8688); aynı doğrultuda karar için ayrıca bkz. 19. HD., 28.9.1995, 11661/12427 (Uyar, İİK, s. 8655); 12. HD., 8.6.1979, 5474/6028 (Uyar, İİK, s. 8689).

hükümden düştüğü<sup>(202)</sup>, buna karşılık takiplerin düşmediği sonucunu kabul etmek uygun olur<sup>(203)</sup>. Zira, konkordato borçlu kadar alacaklıların menfaatine de hizmet eden bir cebri icra müessesesidir. Borçlu tasdik edilen konkordato çerçevesinde borçlarını ödemek zorundadır. Borçlu bu ifa yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, alacaklı daha önce başladığı ve sonuçlandıramadığı bu takibe (yeniden harç ödemeksizin) kaldığı yerden devam ederek alacağını elde edebilecektir. Borçlu, konkordato şartlarını yerine getirdiği müddetçe alacaklının bu takibe devam etmesi de söz konusu değildir. Aksi takdirde, konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile bu takiplerin düşeceğini kabul etmek, konkordatonun ifa edilmemesi karşısında alacaklının eski takibine devam edememesi ve yeni baştan takip yapması sonucunu doğuracaktır ki, bu da konkordatonun tek taraflı olarak borçlunun amacına hizmet eden bir müessese kanısını uyandırmasından öteye geçmeyecektir. Öte yandan, borçlunun gerek konkordato şartları çerçevesinde borcunu yerine getirmemesi halinde konkordatonun bir alacaklı bakımından feshi (m. 307)<sup>(204)</sup> ve gerekse konkordatonun suiniyetli bir davranışla oluşturulması neticesinde bütün alacaklılar bakımından feshine (m. 308) karar verilmesi durumunda, önceden takip yapmış olan alacaklının bu alacağının tahsilini bu noktadan itibaren takibine devam ederek sağlayabilecektir. Öte yandan,

---

(202) 12. HD., 29.3.1990, 1989/10616: "Konkordato mehli içinde takip yapılamaz. Şikâyete konu takip, bu mehilden önce açılmıştır. İİK. 304. maddesi hükmüne göre konkordatonun mahkemece tasdiki halinde, mehilden önce konulmuş ve fakat henüz paraya çevrilmemiş hacizler hükümden düşer. Olayda tasdik mevcut değildir. Sonuç: borçlular vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8688-8689); 12. HD., 17.10.1989, 10658/12402: "Takip yasağının mühlet içinde olmasına, mühletin bitiminden sonra takibin yürüyeceğine, ancak konkordato tasdik edildiğinde hacizlerin düşeceğine ve tasdikten sonra haciz yapılmasının da istenmeyeceğine ve tasdik edilen konkordatonun bütün alacaklılar için mecburi olmasına ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi ile..." (Uyar, İİK, s. 8690).

(203) Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Ulukapı**, s. 100.

(204) 12. HD., 28.9.1991, 5023/12501: "Muteriz borçlu hakkında tasdik edilmiş bir konkordato bulunduğu çekişmesizdir. Niteliği itibarıyla takip konusu alacak, tasdik edilen konkordato kapsamındadır. Diğer bir deyimle ve İİK'nun 303. Maddesi gereğince bu konkordato takip edilen alacak için mecburidir. Alacaklı, aynı Kanunun 307. maddesine göre konkordatoyu kendisi hakkında fesh ettirmedikçe, icra takibi yapamaz. Takibin bu nedenle durdurulması gerekirken, itirazın reddiyle yetinilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8655); 12. HD., 16.11.1989, 4799/4096: "Konkordato mehlinin 11.7.1988 tarihinde bittiği, bu tarihten sonra takip yasağının kalktığı, alacaklının 17.1.1989 tarihinde takibe geçtiği 2.2.1989 tarihinde mahkemece konkordatonun tasdik edilmesinin, mehilden sonra yapılan takibin iptalini gerektirmeyeceği, konkordatonun tasdiki kesinleştikten sonra, ilâm üzerine, tasdik edilen konkordatonun 303. madde gereğince bütün alacaklılar için mecburi olacağı ve takibin duracağı, konkordato şartlarının ihlâli halinde alacaklının konkordatonun feshini isteyip takibini yürütebileceği düşünülmüden takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz, yerinde olan temyiz itirazlarının..." (Uyar, İİK, s. 8655).

konkordato koşullarına aykırı olarak yapılacak bir takip açısından, şikâyet yolu ile söz konusu takibin iptali cihetine gidilebilmek mümkündür<sup>(205)</sup>.

Aksi görüşte olanların her iki halde konkordatonun feshinin sağlanması durumunda, takiplerin yeniden canlanacağı şeklinde bir izah tarzı içerisine girmeleri savundukları görüşlerin yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Bu durum karşısında, konkordato mühletinin verilmesi halinde, bu takiplerin durduğunu ve konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile bu takiplerin düşmeyeceğini; borçlunun konkordato şartları muvacehesinde ifade bulunduğu bu takiplerin de sona ereceğini, aksi takdirde bu takiplere devam edileceğini kabul etmek uygun olur<sup>(206)</sup>.

Yukarıda incelendiği şekilde, bazı takipler konkordato mühleti içinde durmaz ve bazı alacaklar için konkordato mühleti içinde takip yapılabilir. Konkordato mühleti içinde devam edebilen veya yeniden yapılabilen bu takiplere, konkordatonun tasdiki kararının herhangi bir etkisi yoktur<sup>(207)</sup>. Özellikle, konkordato mühletinden önce veya sonra başlamış olan, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe devam edilir<sup>(208)</sup>. Bunun gibi, mühletten önce veya sonra başlamış m. 206 birinci sıradaki alacaklar hakkındaki takibe de, konkordatonun tasdi-

(205) 12. HD., 5.11.1990, 3644/10928: "Borçlunun itirazı İİK'nun 303. maddesine dayalı olup, süreye bağlı bulunmamasına, alacağın konkordatonun tasdikinden önceki döneme ait olmasına, 2.2.1989 tarihinde konkordato tasdik edilip, takip yapmanın 307. madde gereğince konkordatonun feshi hakkında karar alınmadıkça takip yapamayacağına binaen, açıklanan esaslar dahilinden inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden..." (Uyar, İİK, s. 8665); 12. HD., 17.10.1974, 8713/8651: "Konkordatonun tasdik edildiği ileri sürüldüğüne göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 303. maddesi gereğince bütün alacaklar için kanuni mecburiyet hasıl eden bu durum muvacehesinde, ileri sürülen şikâyetlerin aynı Kanununun 16. maddesinin ilk fıkrasında yazılı süreye tâbi olmadığı düşünülmezsiniz, şikâyetin süre yönünden reddi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8665); ayrıca bkz. İİD., 22.9.1972, 6965/8593 (ABD., 1972/5, s. 894).

(206) Ulukapi, s. 100-101; "...Konkordato mehli isteyen borçlu hakkında verilen süre dolmadan takip açılmaz. Konkordato tasdik edildiği takdirde, imtiyazlı ve rehinli alacaklar hariç, bütün alacaklar için mecburidir. Olayda, borçluya verilen mehil 14.2.1983 tarihinde sona ermiştir. Konkordatonun tasdikinden ve hatta mehil talebinden önce düzenlenmiş oldukları anlaşılan 22.4.1982 tanzim tarihli bonolara dayanılarak 31.7.1984 günü takip açılmasını engelleyen yasa hükmü yoktur. Ancak alacaklı konkordatonun tasdiki şartlarına uygun biçimde istekte bulunabilir. Olayda, borçlu sadece konkordato nedeniyle takip yapılamayacağını öne sürmüş olduğuna göre, mücerret bu itirazın yukarıda açıklanan nedenle reddi doğrudur. Borçlu, borcun ve takibin esası ve vadesi ile ilgili olup takibin konkordato şartlarına uygunluğu bakımından itirazlarını mercî önüne getirmemiştir. Açıklanan gerekçeye göre, borçlu vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mercî kararının onanmasına..." (12. HD., 18.4.1985, 13820/3709: yayımlanmamıştır).

(207) Kuru, İcra ve İflâs, IV, s. 3806.

(208) "... Takip dayanağı senede ait alacağın konkordato komiserine bildirildiği takibin hamil veya lehtar tarafından yapılmasının İİK. 303. maddesine göre neticeye etkili olmadığı düşünülmeden itirazın reddolunması isabetsiz temyiz itirazları yerinde görüldüğünden..." (12. HD., 22.3.1988, 1987/5396, 1988/3490: yayımlanmamıştır).

kinden sonra da devam edilir. Böyle bir takipte borçlunun malları haczedilmiş ise, bu hacizler konkordatonun tasdiki kararı ile düşmez, takibe devam edilir<sup>(209)</sup>. Öte yandan, konkordatonun tasdikinden sonra düzenlenmiş bulunan kambiyo senetlerine istinaden yapılacak takibe konkordato tesir etmez<sup>(210)</sup>.

## 2- Konkordatonun Davalar Üzerindeki Etkisi

Konkordato, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamadığından, bu malvarlığına yönelik konkordato mühletinden önce veya sonra<sup>(211)</sup> açılmış davalar konkordato dolayısıyla herhangi bir erteleme ve duraksamaya uğramaksızın devam eder<sup>(212)</sup> (213). Ancak, konkordatonun tasdiki kararı verilip

(209) **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3806.

(210) 12. HD., 11.2.1991, 1990/7978, 1991/1516: "Borçlu hakkında Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce 22.11.1989 tarih, 1070/1614 sayılı kararla konkordatonun tasdiki talebinin kabulüne karar verildiği ve bu kararın 5.2.1990 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. İİK'nun 289. maddesine göre, rehinli alacaklılar müstesna olmak üzere, mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz, evvelce başlamış takipler durur. Bir takip muamelesi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler cereyan etmez. İİK'nun 303. maddesine göre tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için zorunludur. Takip dayanağı senetlerin tanzim tarihleri 29.2.1988, 7.6.1988'dir. Konkordatodan önceki dönemlere ait olduğu anlaşılmaktadır. Konkordato mühleti sona ermit olsa bile; konkordato tasdik edildiğine göre, bundan sonra konkordato koşullarına ve tasdik ilâmına uyulacaktır. Alacaklı İİK'nun 307 ve 308. maddelerine göre konkordatonun kısmen veya tamamen feshi imkânı sağlamadan icra takibi yapılamaz." (Uyar, İİK, s. 8662-8663); 12. HD., 21.5.1990, 5359/6011: "Takip dayanağı bonoların konkordatonun tasdik tarihinden önceye ait bulunması nedeniyle, bu kısımda bozma yapılmış ise de, çeklerin keşide tarihleri tasdikten önceye ait olmasına rağmen, çekler bakımından da konkordatonun tasdik tarihinden sonra keşide edildiği kabul edilerek, çeklere de şamil olmak üzere bozma yapıldığı anlaşıldığından, tashih isteğinin kabulü ile..." (Uyar, İİK, s. 8663); 12. HD., 21.2.1985, 1984/12084, 1985/1593: "Konkordato isteğinde bulunan borçlu hakkındaki takip yasağı, İİK 289. maddesinde açıklandığı gibi, borçluya merci tarafından verilmiş mehle münhasırdır. Olayda borçlunun konkordato dosyası mahkemeye 11.4.1983 tarihinden ulaşılmış olup, 29.4.1983 günü konkordatonun tasdikine karar verilmiştir. Takip dayanağı bono 14.6.1983 tanzim tarihli olup, tasdik kararının verilmesinden sonraki dönemde düzenlenmiş ve borç doğmuştur. Takip 9.11.1983 tarihinde bu bonoya dayanılarak açıldığına göre, alacak konkordato şartları ve 29.4.1983 tarihli ilâm dışında kalmıştır. Bu durumda borçlunun itirazının reddi gerekirken olayla alakası bulunmayan İİK 289. maddesinden bahisle, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." (Uyar, İİK, s. 8663-8664); ayrıca bkz. 12. HD., 12.2.1990, 828/1077 (Uyar, İİK, s. 8663); İİD., 6.6.1968, 5916/5953 (Tımtık, s. 8664).

(211) Burada açılan davalar borçlunun malvarlığına yönelik kişisel hak taleplerine ilişkindir. Buna karşılık, konkordatonun tasdikinden sonra, alacaklıların İİK.m.278 vd. hükümlerine göre iptal davası açmaları mümkün değildir. Bu şekilde bir iptal davasının açılmasına sebebiyet veren iptale tâbi tasarruf bulunması başlangıçta konkordatonun tasdikini engellemektedir. Kaldığı, bu durumda konkordatonun suiniyetli bir davranış neticesinde oluşturulması konkordatonun bütün alacaklılar bakımından feshine yol açabilecektir. Bu şekilde bir konkordatonun feshi davası açılrsa bile, iptal davası açan alacaklının, iptal kararının neticesinde konkordato dolayısıyla bundan yararlanamaması söz konusudur (bkz. Jaeger, Art. 306, N. 5, s. 453).

(212) **Altay**, s. 423; **Ulukapı**, s. 101.

ve bu tasdik kararı kesinleştiği takdirde, ilâmla belirlenen alacakların konkordato projesi esasları dahilinde ödenmesi gerekir<sup>(214)</sup>.

### VIII- Konkordatonun İcrasına (Yerine Getirilmesine) Etkisi

Konkordato tasdik kararı kararda belirtilen çerçevede sonuçlarını meydana getirir. Teklif edilen konkordatonun ticaret mahkemesinin tasdik kararı ile ödeme projesinde öngörülen çerçevede icra edilmesi gerekir. Tenzilat konkordatosunda belirtilen oran ve zamanda, vade konkordatosunda ise, vadenin bitiminde konkordato icra edilmelidir. Konkordatonun icrasını bizzat borçlu sağlar. Aksi takdirde, ödeme belirlenen oran ve zamanda yapılmadığı takdirde alacaklılardan herhangi biri kendisi bakımından konkordato şartlarının ifa edilmediğinden bahisle konkordatonun feshi (m. 307) yoluna başvurabilir. Konkordatonun icrası konusunda Türk-İsviçre hukuklarında kanun koyucular herhangi bir hüküm getirmiş değildir. Bunun uygulamada önemli bir boşluk olduğu ifade edilmektedir<sup>(215)</sup>. Buna karşılık Avusturya Konkordato Kanununda açıkça konkordatonun icrasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Nitekim, Avusturya Konkordato Kanununda konkordatonun icrasının denetlenmesine ilişkin iki farklı esas kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi konkordatonun ifasının mahkeme dışı denetimi; ikincisi ise, adli denetimdir<sup>(216)</sup>. Bunlardan mahkeme dışı denetimde, alacaklıların tespit ettikleri bir ya da birden fazla komiser<sup>(217)</sup> konkordatonun icrasını denetlemekle görevlendirilebilirler (ÖAO §59 Abs 2). Bu konuda ne borçlunun ne de konkordato mahkemesinin bir etkisi olmaksızın, konkordato içeriğine göre konkordatonun ifasının gerçekleşmesine nezaret söz konusudur<sup>(218)</sup>. Konkordatonun adli denetiminde ise, konkordatonun tasdiki kesinleştiğinden sonra diğer bir usul benimsenmedikçe, mahkemece, konkordato komiserinin eliyle konkordatonun icrasının denetlenmektedir (ÖAO §59). Bu denetim, ne borçlunun ne de alacaklı-

(213) Konkordato mühletten önce doğan hukuki ilişkilerden kaynaklanan ve para ile ölçülebilen hakları kapsadığından, (örneğin, çocuk teslimi veya çocukla tahsi münasebet kurulması talepleri gibi) konusu para ile değerlendirilmeyen haklara ilişkin mahkeme ilâmlarını konkordato hiç bir surette etkilemez, bkz. **Ulukapi**, s. 101, dn. 722.

(214) Bu dava neticesinde alınan ilâma ilişkin yargılama giderleri ve bu arada vekâlet ücreti konkordatoya tâbi olmayacaktır.

(215) **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 647.

(216) **Mohr, F.**, Die Konkurs-, Ausgleichs-und Anfechtungsordnung, 7. Aufl., Wien 1990, s. 541 vd; **Bartsch/ Heil**, s. 167; **Holzhammer**, s. 174; **Wegan**, Insolvenzrecht, s. 292.

(217) Burada komiser olarak, konkordato komiseri atanabileceği gibi, sadece konkordatonun icrası amacıyla da komiserin tayin edilmesi mümkündür. Konkordatonun icrası amacıyla atanan bu komiserin görev ve yükümlülüğü konkordatonun icrasını denetlemek ve bunu teminat altına almaktan ibarettir. Bu amaçla borçlunun malvarlığının idaresi veya satış ve devrinde de komiser yetkili kılınabilmektedir (bkz. **Wegan**, Insolvenzrecht, s. 284-285).

(218) **Wegan**, Insolvenzrecht, s. 283.

nın başvurusu veya teklifine gerek kalmaksızın bizzat konkordato mahkemesinin re'sen belirlemesiyle gerçekleşmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda yukarıda işaret ettiğimiz şekilde konkordatonun icrası konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş olmayıp, bir hüküm boşluğunun bulunduğu söylenebilir<sup>(219)</sup>. İsviçre hukuk uygulamasında konkordatonun tasdikinden sonra bilhassa tenzilat (yüzde) konkordatolarında ödemelerin yerine getirilmesi ve konkordatonun icrasına nezaret işinin komiserlere bırakıldığı görülmektedir<sup>(220)</sup> (221). İflâstan sonra konkordatoda ise, iflâs idaresi (seçilmemişse iflâs dairesi) konkordatonun icrasıyla görevlendirilebilmektedir<sup>(222)</sup>.

Hukukumuzda da konkordatonun icrasına ilişkin açık bir hüküm getirilmiş değildir. Konkordatonun icrası konusunda konkordato komiserine görev verilebileceği öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir<sup>(223)</sup>. Konkordato komiserinin görevi konkordato hakkındaki ticaret mahkemesinin kararının kesinleştiğinin ilânı ile son bulmakta; konkordatonun icrası için konkordato komiserinin görevlendirilmesi halinde komiser bir icra organı gibi değil, alacaklıların vekili gibi hareket etmekte olup, bunun faaliyeti tamamen özel hukuk kurallarına tâbi olmaktadır<sup>(224)</sup>. Görüldüğü üzere, konkordatonun icrası aşamasındaki konkordato komiserinin görevlendirilmesi, ya konkordato hükümlerinin bizzat yerine getirilmesine ya da borçlu tarafından yapılacak borç ödemelerinin konkordato şartlarına uygunluğunun denetlenmesine yöneliktir<sup>(225)</sup>. Konkordatonun icrasının temini amacıyla konkordato komiserinin görevlendirilmesi halinde, kendisine verilen yetki kapsamında bu faaliyetini icra edecektir. Konkordatonun icrasını bizzat üstlenmiş bulunan konkordato komiseri, konkordatoda öngörülen ödeme şartlarını değiştirmeye veya borçluya yeni süre vermeye yetkili değildir<sup>(226)</sup>. Özel hukuk ilkelerine göre görevlendirilmiş bulunan konkordato

(219) Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Ulukapı**, s. 103.

(220) Bkz. **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 647; **Hurter**, s. 23.

(221) İsviçre konkordato uygulamasında Federal Mahkemenin verdiği bir kararda, “komiserin vazifesinin konkordatonun tasdiki ile sona ereceği için, tasdikten sonra da konkordatonun icrasıyla görevlendirilmişse bu görevin ifası resmi bir sıfatla olmayıp, tamamen özel hukuk ilişkilerine dayanmaktadır. Bu nedenle, bu sıfatla hareket eden konkordato komiserinin işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulamayacağı” doğrultusunda içtihatla bulunmuştur (bkz. BGE 81 III 30: **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 647).

(222) **Jaeger**, Art. 317, N. 7, s. 473; **Fritzsche/ Walder-Bohner**, II, s. 680-681; **Kuru**, Konkordato, s. 522-523, dn. 37.

(223) **Kuru**, Konkordato, s. 450; **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 71; **Tanrıver**, Konkordato Komiseri, s. 240.

(224) **Kuru**, Konkordato, s. 450.

(225) **Coradi**, s. 84.

(226) **Postacıoğlu**, Konkordato, s. 71.

komiserinin, bu aşamada yapmış olduğu işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurulamaz<sup>(227)</sup>.

### IX. Konkordatonun Anonim Şirket Paydaşlarının Bakiye Sermaye Taahhüdünden Doğan Borçlarına Etkisi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda<sup>(228)</sup> anonim şirket ortaklarının sermaye taahhüdünden doğan pay bedeline ilişkin borçlarının konkordato-

(227) Üstündağ, İflâs, s. 207; Pekcanitez, H., İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 56.

(228) İİD., 13.2.1973, 1972/ 2733, 1973/ 483: "Tarafların iddia ve savunmalarına ve dosya içerisinde bulunan kağıtlar ve toplanan delillere göre davacı Ş... S... T... davalı İstanbul Bankası'ndan nama yazılı ... liralık hisse senedi almış ve bunun ¼'ünü teşkil eden ... lirayı ödemiştir. Geri kalan ... liralık sermaye taahhüdü davalı bankanın esas mukavelesinin 15. Maddesinde yazılı şekilde yerine getirilecektir. Buna göre; davalı bankanın kesin surette kurulmasından sonra sermayeden geri kalan kısmı banka irade meclisitarafından kararlaştırılarak taraflarda hissedarlardan istenecektir. Banka idare meclisi bu hükmeye uygun şekilde hareket ederek bakiye sermaye taahhüdünden ne kadar kısmının hangi tarihlerde ödeneceğini (Apel) kararlaştırmıştır. Davacı ... liralık sermaye taahhüdüne karşılık % 25'ini peşinen 25.1.1960 tarihinde ödemiştir. Alınan karara göre birinci apel 31.12.1960 tarihinden itibaren başlamak üzere birer sene aralık ile sekiz vadede tasviye edilmesi tesbit edilmiştir. Binaenaleyh en son apel 31.12.1967 tarihinde nihayete ermektedir. Davacı kesinleşen apellerden hiç birisini vadesinde tediye etmemiştir. Yalnız yine ana sözleşmenin 15. maddesine göre, adına tahakkuk eden temeddülden doğan alacağı her yıl muacceliyet kesbeten apel borcuna davalı banka tarafından mahsup edilmiştir. Bu suretle son apelin vadesi olan 31.12.1967 tarihinde davacının sermayeden ... lira apel borcu faizden ... lira ve gider vergisinden de ... lira borcu bulunmuştur. Davalı banka sözleşmenin 15. maddesine dayanarak davacıya ait hisse senetlerini borsada satmış bu satıştan elde ettiği ... lirayı borcundan tenzil etikten sonra davacı davalıya sermaye taahhüdünü yerine getirmemekten dolayı ... lira borcu kalmıştır. Fakat bu borç hisse senetlerini borsada satın alan kimseler tarafından ödendiğinden davacı halen davalıya borçlu olmadığından başkaca muamele tasfiye edilmiştir. Esas sözleşmenin 15. maddesi hükümlerine göre, tasfiye neticesinde buna mukabil davacının sermaye borcu bu satıştan itfa edilmes ise bakiye davalı bankanın davacı nezdinde alacağı olur. Her iki alacağın ödeme şekli hakkında kanunda özel bir hüküm bulunmadığından umumi hükümlere göre işleme tâbi tutulması icap eder. Yani alelade bir alacak olması sebebiyle bodçlu iflâs etmiş alacaklının kararnameye girmesi konkordato akdetmiş ise konkordato şartlarına uyması zorunludur. Dava konusunun bununla ilgisi yoktur. Davacı, bu arada 21.5.1965 tarihinde iflâs etmiştir. İflâs 6. Apel zamanına tesadüf etmektedir. Bilehare davacının talebi kabul edilerek iflâs kaldırılıp % 25 üzerinden konkordato akdedilmiştir. Konkordato tarihi 9.3.1967 olup, iflâs 22.3.1968 tarihinde kaldırıldığına göre, en son apel tarihi olan 31.12.1967 tarihinden sonraya tesadüf etmektedir. İflâs kalktığına göre, olayın iflâs hükümlerine göre, etkikine lüzum kalmamıştır. Binaenaleyh sözleşmenin 15 ve Türk Ticaret Kanunu'nun 407. maddesine göre, davalının temerrüt faizi istemeyeceğine ilişkin davacı iddiası yersizdir (Davacı iflas tarihinden sonra faiz istemeyeceğine dair İcra ve İflâs Kanunu'nun hükümlerine dayanarak da borcun miktarı üzerinde de faiz yönünden itirazda bulunmuş idi). Tartışmanın borç konkordatonun tasdikinden evvel muacceliyet kesbetmesi sebebiyle bankanın sermaye taahhüdünden doğan alacağı İcra ve İflâs Kanunu'nun 303. maddesi gereğince konkordatoda şartları dahilinde istemesi gerekip gerekmiyeceği üzerinde yapılması icap eder. Davacı 303. maddesi gereğince konkordatoda şartları dahilinde istemesi gerekip gerekmiyeceği üzerinde yapılması icap eder. Davacı 303. maddeye dayanarak davalı bankanın konkordato şartları dahilinde bakiye alacağını isteyebileceğini yani banka



hesaplarına göre, ... lira olan borcunun %25'ini ödemek suretiyle ... liralık hisse senetlerine sahip olması gerekeceği iddia etmektedir. Buna karşılık davalı banka ortada alelade bir borç söz konusu olmadığını karşılıklı bir taahhüt muvacesesinde banka Borçlar Kanunu'nun 82. maddesine istinaden teminat ve kanuni rehin mahiyetinde olan hisse senetlerine mukavelenin 15 ve Türk Ticaret Kanunu'nun 405. ve müteakip maddelere göre, sattırarak sermaye borcunu temin edeceğini ve bankanın bu hakkını kullandığını müdafaa etmiştir. Şu halde davacı ile banka arasındaki ilişkinin hukuhi niteliğinin tesbiti bu uyumsuzluğun halli için zaruridir. Davalı anonim şirket şeklinde kurulması kanunen zorunlu bir banka olması sebebiyle her yönden bankalar kanununa ve bundan özel hüküm bulunmadığı takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerine ve ihtiyari olan hallerde kendi esas mukavelesi hükümlerine tabidir. Paydaşların sınırlı sorumlu olması, memleketin sermaye piyasasını yakinen ilgilendirmesi sebebiyle kamu düzenini korumak amacıyla bunlar hakkında kanun koyucu emredici hükümler koymuş ve dahili işlemlerini tetkik ve hatta kontrol etmek yetkisini kendisine tanımış ve mali durumu yönünden bakanlıklara feshi davası açmak yetkisini vermiştir. Her halükârda bankalar murakibi tarafından devletçe kontrol ve murakebe edilecektir. Bir anonim şirketin sermayesinin çoğaltılıp azaltılması ve paydaşlara bu hallerde tanınan hakların nelerden ibaret olduğu ayrıca kanun hükümlerinde altı milyon liralık sermayesinin ¼'ü kurucular tarafından ödenmiş ve ... liralık sermayesinin ¼'ü kurucular tarafından ödenmiş ve ... liralık hisse senedi almış ve ¼ tutarını nakden ödemiş gerekli kalan ... lirayı da taahhüt etmiştir. Şu halde davacı ile davalı banka arasında karşılıklı taahhüt vardır. Davacı taahhüdünün tamamını ifa ettikten sonra davalı banka muvakkat kabul olarak verdiği paylara ait hisse senetlerini teslim edecektir. Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akitte akitterden birinin neticesiz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcu yerine getirilmesinden imtina ve talebi üzerine bu teminat münasip bir müddet zarfından verilmediği takdirde akti feshetmek yetkisini tanımıştır. Davalı banka karşılıklı taahhüdünün tamamını ödemek kudretinden kanunen mahrum bulunduğu göre davalı banka davacının bu durumunu borcunu ödemekten aciz olduğu şekilde kabul ederek teminat isteyebilir. Bu talebi yerine getirmez ise akti feshedebilir. Konkordato hükümlerine göre borçlu konkordato şartlarından gayri taahhütte bulunamayacağından davalı bankaya bu durumda teminat veremez. Binaenaleyh davalı banka akti vebcesini yerine getirmekte haklı olur. Burada vebcenin yerine getirilmemesi sonuçlarını sözleşmenin 15. maddesi tanzim etmiştir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 108. maddesinde yazılı haklarda doğar. Banka 15. maddede yazılı usule riayet ederek davacıyı mütemerrit duruma düşürmüş aralarındaki akti münasebeti bozarak hisse senetlerini satmıştır. Buna da kanunen hakkı vardır. Bundan çıkacak sonuç alelade borçlar için uygulanması gerekli İcra ve İflas Kanunu'nun 303. maddesi hükmü karşılıklı taahhütlerde uygulanamaz. Binaenaleyh konkordato akdeden borçlu hakkında alacaklı kanun ve mukaveleden doğan haklarını kullanabilecektir. Yukarıda belirtildiği veçhile davalı bankanın hisse senetlerini satmağa akten ve kanunen hakkı vardır. Bir an için böyle bir hakkı bulunmadığı kabul edilse bile kanunun diğer hükümleri muvacesesinde de davacının talebi himayeye mazhar olamaz. Şöyle ki; Herkes haklarını kulanmakta iyi niyet kaidelerine uymakla yükümlüdür. Medeni Kanun'un 2. maddesinin gerçek anlamı hadiseye uygulandığı takdirde çıkan sonuç şudur: Davacı borçlarını öderken konkordato hükümlerine dayanarak borcun tamamını değil ¼'ünü ödeyecektir. Bu bir haksız zenginleşmeyi doğurur. Ki bunu da kanun himaye edemeyeceğinden bu yönden de davanın hukuki dayanağı yoktur. Sonuç: Yukarıda yazılı gerekçelere göre, apel borcunu tamamen ödemiye konkordato aktetmiş davacı paydaşın apel borcunun ödenmesinde davalı bankanın konkordato şartlarına tabi olamayacağından bu isteğe dayanarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine yazılı düşüncelerle konkordato şartlarına tabi olacağından bahisle davanın kabulü usul ve kanuna aykırı olduğundan davalı bankanın yerinde görülen temyiz itirazının kabulü ile temyiz olunan kararın bozulmasına ..." (RKD., 1973/9-10-11, S. 2/2, s. 395-399).

dan etkilenmeyeceğini kabul etmiştir. Öğretide *Domaniç*'e göre, konkordatonun tasdik edilip kesinleşmesi ile şirketin de diğer adi alacaklılar gibi, konkordato şartlarına uygun olarak gerektiğinde alacaklarının bir kısmından feragat edeceği sonucu ortaya çıkabilmektedir. Burada konkordato Borçlar Kanunu m. 82 anlamında bir aciz hali oluştursa da, Borçlar Kanunu m. 106-108 hükümlerinin konkordato sebebi ile uygulanması söz konusu değildir. Zira, anonim şirket ortağının sermaye payı sağlanmış olduğundan, şirket kendi yönünden ortağına karşı edimini yerine getirmiş bulunmaktadır. Buna karşılık sermaye taahhüdüne ilişkin borcu şirket ortağı yerine getirmediğinden Borçlar Kanunu m. 82 uygulama alanı bulmaz. Bu durumda ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye borcu konkordato kapsamında işlem görecektir<sup>(229)</sup>. Farklı bir görüş ileri süren *Postacıoğlu/ Tekinalp* ise, anonim ortaklıkla sermayeye katılma taahhüdünde bulunan ortak arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmamakla beraber, konkordatodaki eşitlik ilkesinden istisna eden düşünce ve mülahazaların aynen taahhütten doğan bakiye borçlar da İİK.m.303'ün istisnalarından biri olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, anonim şirkette ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye borcunu konkordatodan etkilenmeksizin tam olarak yerine getirmesi gerektiği görüşünü benimsemişlerdir<sup>(230)</sup>. Kanımızca, İcra ve İflâs Kanunu m. 303 hükmünün istisnalar haricinde konkordatoya tâbi bütün alacaklılar bakımından zorunlu bir nitelik taşıması nedeniyle, anonim şirkette sermaye koyma taahhüdü borcunu yerine getirmeyen ortağın bu borcu da konkordato kapsamında işlem görmelidir<sup>(231)</sup>. Anonim şirket ortaklarının sermaye koyma taahhüdüne ilişkin borçlarının konkordatonun bağlayıcılığı ilkesinin kapsamı dışında tutulabilmesi için bu konuda kanunda açık bir hüküm getirilmesi gerekirdi. Bu nedenle, söz konusu karara konu olan olayda Yargıtay'ın benimsediği çözümü kabul etmek pek mümkün görünmemektedir<sup>(232)</sup>.

### X- İflâstan Sonra Konkordatoda Borçlunun Müflis Sifatının Ortadan Kalkması

İflâstan sonra konkordato mahkemece tasdik edilir ve bu tasdik kararı kesinleşirse, durum iflâs idaresine bildirilir (m. 309/ IV). Bunun üzerine, iflâs idaresi, iflâsa karar veren merciden (ticaret mahkemesinden) iflâsın kaldırılmasını

(229) *Domaniç*, s. 346-347.

(230) *Postacıoğlu, İ. E./ Tekinalp, Ü.*, "Paysahibinin Konkordatosunun Onun Esas Sermayeye Katılma Taahhüdünden Doğan Borcuna ve İskat Prosedürüne Etkileri" (Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 631-648), s. 646-648.

(231) Aynı doğrultuda görüş için bkz. *Ulukapı*, s. 85, dn. 611.

(232) Aynı görüşte bkz. *Altay*, s. 432.

ister<sup>(233)</sup>. İflâs kaldırılınca borçlunun müflis sıfatı sona erer ve borçlu hiç iflâs etmemiş gibi olur<sup>(234)</sup>.

(233) **Fritzsche/ Walder-Bohner, II**, s. 680; **von Overbeck**, s. 191; **Papa**, s. 15; **Kuru**, Konkordato, s. 520-521; **Kuru**, İcra ve İflâs, IV, s. 3866; **Üstündağ**, İflâs, s. 210; **Arar**, s. 333; **Pekcantez, H.**, İflâsın Kaldırılması II (AD., 1982/ 5, s. 926-937), s. 928; “Müflis Örtel Örne Sanayi AŞ. iflâs idaresi , 3.12.1986 tarihinde iflâsına karar verilen ve tasfiye işlemleri devam eden müflis şirketin 22.3.1991 tarihinde teklif ettiği iflâs içi konkordato talebinin kabul edildiğini ve tasdik kararının 22.2.1994 tarihinde kesinleştiğini belirterek İİK'nun 182. maddesi uyarınca iflâsın kaldırılmasını talep etmiştir. Alacaklı Hazine vekili, 6183 sayılı Yasanın 101. maddesi ve İİK'nun 303. maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun kamu alacakları için mecburi olmadığını, konkordato faizsiz olsa bile faiz ödenmesi gerektiğini, teminatın iflâstan sonra işleyen gecikme zammı da dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini, gümrük vergisi ve kurumlar vergisinden doğan alacak için teminat gösterilmediğini bildirerek iflâsın kaldırılması talebinin reddini istemiştir. Mahkemece, müflis şirket tarafından teklif olunan konkordatonun tasdiki kararının kesinleştiğini, İİK'nun 182. maddesi uyarınca iflâsın kaldırılması koşullarının gerçekleştiği gerekçesiyle müflis Örtel AŞ. hakkındaki iflâsın kaldırılmasına karar verilmiş, karar alacaklı Hazine ve Pekel Tekstil AŞ. vekillerince temyiz edilmiştir. Müflis borçlu tarafından teklif edilen konkordatonun mahkemece tasdikine dair verilen kararın kesinleşmesinden sonra iflâs idaresi tarafından iflâsın kaldırılması talep edilmiştir. Konkordatonun tasdiki halî, iflâsın kaldırılma sebeplerinden biri olarak İİK'nun 182. maddesinde düzenlenmiştir. Mahkeme bu durumda konkordatonun tasdiki kararından önceki aşamalarla ilgili kanuni şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmayacak, sadece konkordatonun tasdik edilip edilmediğini, tasdik edilmişse tasdik kararının kesinleşip kesinleşmediğini araştıracaaktır. Somut olayda müflis borçlu tarafından teklif edilen konkordato İstanbul 6. Ticaret Mahkemesinin 1992/116-94 sayılı kararıyla onanmış ve karar kesinleşmiştir. Mahkemece bu yöner gözetilerek iflâsın kaldırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün onanmasına...” (19. HD., 18.6.1996, 2643/ 6238: **yayınlanmamıştır**); “...Müflis Elektronal Elektronik Aletler Sanayi AŞ. iflâs idaresi memurları mahkemeye verdikleri 18.8.1989 tarihli dilekçeleri ile iflâsına karar verilen şirketin konkordato isteminin kabul edildiğini ve verilen bu kararın kesinleştiğini belirterek, müflis şirketin iflâsının kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir. Müflis şirket yönetim kurulu üyeleri, dosyaya ibraz ettikleri 9.10.1989 tarihli dilekçeleri ile, alacaklılardan Kartal Vergi Dairesi ile borcun ödenmesi konusundaki görüşmelerin devam ettiğini, bu itibarla, bu görüşmeler sonuçlanıncaya kadar iflâsın kaldırılması talebinin ertelenmesini istemişlerdir. Mahkemece, müflis şirket tarafından istenen konkordato talebinin kabul edildiği ve bu kararın derecattan geçerek kesinleştiği sonucuna varılarak İİK'nun 309/V. maddesi gereğince iflâsın kaldırılmasına karar verilmiştir. Kararı, iflâsın kaldırılmasına karar verilen şirket temsilcisi temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre iflâsın kaldırılmasına karar verilen şirket temsilcisinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı iflâsın kaldırılmasına karar verilen şirket temsilcisinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” (11. HD., 5.3.1990, 161/ 1813: **yayınlanmamıştır**); “Müflis Mehmet Tükrü Büyükoçpur ve Ort. Koll. Şti. ile ortakları Hatice Nermin Büyükoçpur iflâs içi konkordato talebinde bulunmuşlar, talep kabul edilerek konkordatonun tasdikine karar verilmiş, kararın kesinleşmesinden sonra müflis şirket ve ortakları hakkındaki iflâsın kaldırılması talep edilmiştir. Mahkemece müflis borçluların teklif ettiği konkordatonun tasdik edilerek kesinleştiği, iflâsın kaldırılması için İİK'nun 309 ve 182. maddelerindeki şartların gerçekleştiği gerekçesiyle iflâsın kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm alacaklılardan hazine vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, alacaklı Beyoğlu Vergi Dairesi vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının

---

reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." (19. HD., 6.2.1996, 1995/11876, 1996/961: yayımlanmamıştır).

(234) Önen, Konkordato, s. 93; Kuru/ GÖrgün, s. 256; Ulukapı, s. 104.



## ORGAN VE DOKU NAKLİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN\*

## Giriş

Organ ve doku nakli konusu günümüzde giderek önem kazanmaktadır. Çünkü, başka şekilde tedavisi mümkün olmayan pek çok hastalık bu yolla tedavi edilebilmektedir. Ayrıca, bazı hastalıkların organ veya doku nakli yoluyla tedavisinin hem daha kolay hem de ucuz olduğu fikri gün geçtikçe güçlenmektedir.

Tıbbi açıdan son derece önemli olan organ ve doku naklinden beklenen yararların sağlanabilmesi için, bu konudaki hukuki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Sorun, hukuki açıdan yeteri kadar aydınlatılmadıkça, nakli gerçekleştirecek hekimler hangi davranışlarının hukuka uygun, hangilerinin aykırı olduğu konusunda tereddüt edeceklerdir. Çok kısa bir süre içerisinde nakil yapma zorunluluğu gözönüne alınacak olursa, bu tereddüt belki de pek çok hastanın hayatına mal olacaktır<sup>1</sup>.

Aslında bu konuda hiç bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı da söylenebilir. Organ nakli konusu pek çok ülkeden önce Türkiye'de hukuki bir düzenlemeye kavuşturulmuş<sup>2</sup> ve 1979 yılında, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölülerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun"<sup>3</sup> çıkar-

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

1 Nitekim, 1997 yılında yaşanan gazeteci Nurcan Çakıroğlu olayında, karaciğer nakli yapılmasına karar verilen Çakıroğlu için uygun verici bulunmuş, fakat vericinin yakınlarına zamanında ulaşılamamıştır. Yakınların araştırılması esnasında geçirilen bir kaç günün sonunda, Çakıroğlu'nun vücudu nakli kabul edemez hale gelmiş ve hasta kaybedilmiştir. Ayrıca Bkz: **Cihan, E.**, Ceza Hukuku ve Çağdaş Biyomedikal İşlemler, in: Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan: Arslan Terzioğlu) İstanbul 1996, s. 74 vd.

2 Gerçekten organ nakli ile ilgili kanun, Avusturyada 1982'de, Belçika'da 1986, İngiltere'de 1989, İtalya'da 1993, Kanada'da Manitoba Eyaletinde 1987 yılında, Prince Edward Island'da 1992 yılında, New Brunswick'te 1986 yılında, Lüksemburg'da 1982'de, Rusya Federasyonunda 1992'de Yunanistanda ise 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlar ve diğer ülke kanunları ve düzenlemeleri hakkında bkz: **Gürkey, Ş.**, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, in: Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan: Arslan Terzioğlu), İstanbul 1996, s. 33 vd.

3 Bkz: RG, 3.6.1979, s. 16655. Bu konuda bkz: **Bayraktar, K.**, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun"a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979, s.15 vd. **Toroslu N.**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C.XXXV, 1978 S.1-4, Ankara 1981, s.91 vd.

rılmıştır. Bu kanunun, bazı maddeleri, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak amacıyla 21.1.1982 tarih ve 2594 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Organ ve doku nakli konusu, Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldırılan sebepler arasında incelenir<sup>4</sup>.

2238 sayılı Kanun; gerek canlılardan gerekse ölülerden organ ve doku alınması, bunların başkasına aşılınması ve nakli konularını düzenlemiş ve dolayısıyla, belirtilen şartlara uyulması kaydıyla bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle Organ ve Doku nakli, mevzuatımıza hakkın kullanılması şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi olarak girmiştir<sup>5</sup>.

Organ ve doku nakillerinde, hekimin hastayı iyileştirme hakkı ile kişiliğe bağlı haklar karşı karşıya gelmektedir. Yapılan düzenlemelerde bu iki hakkın dengeli bir şekilde korunması amaçlanmalıdır. 2238 sayılı Kanun'un özellikle 2594 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra hekimin iyileştirmek hakkına üstünlük verdiği söylenebilir<sup>6</sup>.

Her şeyden önce, nakli gerçekleştirecek olan hekim, hukukun çizdiği sınırların dışına çıktığı zaman, tazminat ödeme yükümlülüğünün yanı sıra, bir Ceza Hukuku yaptırımıyla da karşı karşıya kalabilir. Çünkü, hekimin yapacağı yanlışlık ya da hukuka aykırılık, bir insanın hayatına mal olabilmektedir. Bu durumda, hekimin faaliyet alanının tereddüte yer vermeyecek bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Yunanca bir kelime olan organ, canlı bir vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları tesbit edilmiş kısmına denir. Organın adı, görevine göre değişir. Solu-

4 Bkz: Dönmezer, S.,-Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul, 1997, no:731 vd; İçel, K. - Özgeç, İ. - Sözüer, A. - Mahmutoğlu, F. S. - Ünver, Y., İçel Suç Teorisi, İstanbul, 1999, s.182 vd.

Türk doktrin ve uygulamasında genellikle suçun dört unsurundan birinin de hukuka aykırılık olduğu kabul edilmektedir. "Hukuka aykırılık", işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mübah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir. Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine başka bir kural -bu kural ceza kanununda veya başka bir hukuk dalında yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "hukuka uygunluk nedeni" denir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Bkz: Dönmezer- Erman, II, no: 665 vd; Kunter, N., Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, s.108 vd; İçel Suç Teorisi, s.100 vd. Artuk, E., Suç Genel Teorisi, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.207 vd; Öztürk, B.- Erdem, M. Ruhan- Özbek, V. Ö., Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 1998, s.201 vd.

5 Dönmezer-Erman, II, no: 731 bis; İçel Suç Teorisi, s. 181 vd.

6 Dönmezer-Erman, II, no: 731 bis.

num organı, dolaşım organı gibi<sup>7</sup>. Doku ise, muayyen anatomi unsurlarından (hücreler, lifler) meydana gelen ve anatomi bakımından bir bütünlük gösteren bağlantıların tümüne verilen addır<sup>8</sup>. 2238 sayılı Kanun, “organ ve doku” deyiminden “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının” kastedildiğini ifade ederek “oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu”nun bu kanun hükümlerine tabi olmadığını, bunların yürürlükteki sağlık yasaları, tüzükleri yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceğini belirtmektedir.

Sadece yaşayan insandan değil, ölüden de organ ve doku alınabilir. Ancak, ceset üzerinde bu amaçla bir operasyonun yapılabilmesi için gerekli olan ilk şart kişinin ölmüş olmasıdır. Bu da ölümün tespiti sorununu gündeme getirmektedir. Eğer ölümün hangi anda meydana geldiği iyi tespit edilemediği için henüz ölmemiş olan bir hastanın hayatı bir organı alınmak suretiyle vaktinden önce ölümüne sebep olunursa, ika edilen fiil, ceza hukuku açısından suç, özel hukuk açısından ise haksız fiil teşkil eder.

Öte yandan, bir çok ülke tarafından insan organlarının para ya da başka bir menfaat karşılığı alınıp satılması ahlâka aykırı görüldüğü için yasaklanmış, buna bağlı olarak da bir takım cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bazı hallerde, kendisinden organ ya da doku alınan kişiler, intiharlar ve benzeri olaylar sonucunda hayatını kaybeden kimselerdir. Harici bir etki dolayısıyla meydana gelen bu tür ölümlere doğal olmayan ölümler adı verilmektedir. Bu şekilde hayatını kaybeden bir kimseden organ ya da doku alınırken iki hususun çok iyi dengelenmesi gerekmektedir: Bunlardan birincisi, alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini kaybetmemesi için bir an önce cesetten çıkarılması, ikincisi de; bu operasyon yapılırken cesetten elde edilecek olan suç delillerinin kaybolmamasıdır<sup>9</sup>.

Gerçekten de bu tür ölümler genellikle bir suç şüphesini beraberinde getirirler. Örneğin ölen kişinin gerçekten intihar mı ettiği yoksa başkası tarafından mı öldürüldüğü ya da olayın bir kaza mı olduğu sorularına cevap verilebilmesi, her şeyden önce cesedin zamanında ve çok iyi bir şekilde muayene edilmesine bağlıdır. Bu amaçla cesedi muayene edecek olan hekimin, savcının izniyle ve gözetimi altında hareket etmesi gerekir. Olayın savcılığa intikal ettirilmesi, gerekli iznin verilmesi ve muayenenin yapılması ise genellikle uzunca bir sürenin geçmesine neden olur. Bu süre içinde de cesetten alınacak olan organ ya da dokular genellikle görev yapma kabiliyetlerini kaybederler. İşte bunun önüne geçmek için, savcılığın bir an önce harekete geçmesini veya gerekli izni mümkün olduğunca çabuk vermesini sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılması ya da

<sup>7</sup> Bkz: Meydan Larousse, C.15, s.169 vd.

<sup>8</sup> Bkz: Meydan Larousse, C.5, s.437 vd.

<sup>9</sup> Langenburg, H., Organtransplantation und § 159 StPO, NJW 1972, s. 320.



bazı durumlarda organ ya da doku alacak olan hekime, savcılığın iznini beklemeden cesede müdahale edebilme yetkisinin tanınması gerekmektedir<sup>10</sup>.

Ülkemizde, 2238 sayılı Kanun'un değişik 14. maddesinin 4. fıkrasında, "kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyetler nedeniyle yaşamı sona ermiş bir kişinin... sağlam doku ve organları... yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde adli otopsi bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır" denilmek suretiyle, bu sorun kısmen de olsa halledilmiş görünmektedir.

Çalışmamız, "Yaşayan Vericiden Organ ve Doku Alınması", "Ölüden Organ ve Doku Alınması" ve "Organ ve Doku Nakli İşlemleriyle İlgili Suçlar" isimlerini taşıyan üç ana başlıktan meydana gelmektedir. Bu çalışmada özellikle 2238 sayılı Kanun gözönünde bulundurularak, ceza hukuku ve özel hukuk açısından organ ve doku nakli ele alınmakta, naklin hangi hallerde hukuka uygun hangi hallerde aykırı olduğu incelenmekte, hukuka aykırılığın söz konusu olduğu hallerde ne tür yaptırımların uygulanacağı konusu üzerinde durulmakta ve ortaya çıkan sorunlar hakkında çözümler önerilmektedir.

### I. Yaşayan Vericiden Organ veya Doku Alınması

#### 1-Genel Olarak

Organ ve doku nakli konusunda en önemli problemlerden biri, alınma ve naklin hukuka uygun olup olmadığı hususudur. Özellikle organ ya da doku alınacağına, bu davranışın ne zaman hukuka uygun, ne zaman aykırı olacağını belirlenmesi gerekmektedir<sup>11</sup>. Bu konuda vericinin canlı ya da ölü olmasına göre bir ayırım yapılır.

Yaşayan kişilerden organ ya da doku alınımının hukuka uygun olabilmesi için doktrinde kabul edilen belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar, "üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik, vericinin rızası, hekimin onayı ve aydınlatma yükümlülüğü" olarak ifade edilebilir<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Langenburg, s. 321

<sup>11</sup> Sarıal, E. M., Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s.1 vd.

<sup>12</sup> Akıncı, Ş., Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 162 vd.

diğerine ağır basmıyorsa ya da vericinin yararı alıcıya göre daha çok korunmaya lâyıksa, rızaya rağmen vericiden biyolojik madde alınmaz<sup>16</sup>.

### B- Zararsızlık ve Elverişlilik

Yaşayan kimselerden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan ikinci şart zararsızlıktır. Bir kimsenin rızası ile vücuduna yapılan bir müdahalenin geçerli olabilmesi için, bu müdahaleden dolayı o kişinin aşırı bir zarar görmemesi ve büyük bir tehlike altına girmemesi gerekir. Diğer bir deyişle, vericiden alınacak organ ya da dokunun bu kişinin hayatını tehlikeye düşürmemesi, vücudunda büyük bir organik eksiklik yaratmaması, alınan organ ya da dokunun yokluğuna rağmen topluma ve ailesine karşı olan görevlerini aksatmadan yerine getirebilmesi gerekir<sup>17</sup>.

Organ ve doku naklinde karşılaşılan en önemli tıbbi sorun uyum sorunudur. Naklin başarılı olabilmesi, alıcının vücudunun doku yapısıyla nakledilen organ ya da dokunun yapısının birbirine uygun olmasına bağlıdır. Bu nedenle, nakilden önce bazı tahlil ve tetkiklerin yapılması gerekmektedir. Örneğin kan gruplarının uygun olup olmadığı araştırılmalı, deri ve lenfosit testleri yapılmalıdır<sup>18</sup>.

### C-Vericinin Rızası

Yaşayan bir kimseden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan bir diğer önemli şart, vericinin uygun irade beyanıdır. Vericinin uygun irade beyanı olmaksızın organ ya da doku alınması mümkün değildir. Bu husus 2238 sayılı kanunun 6. maddesinde de açıkça hükme bağlanmıştır<sup>19</sup>.

Bir kimsenin bu konuda irade beyanında bulunabilmesi için her şeyden önce böyle bir irade beyanında bulunmaya yetkili olması ve açıkladığı rızanın da geçerli olması gerekir<sup>20</sup>.

Yaşayan bir kimseden biyolojik madde alınmasını konu alan bir sözleşmenin içeriğini taraflar, BK m. 19/I'e göre diledikleri gibi tayin edebilirler. Fakat her zaman olduğu gibi burada da MK. m. 23 ve BK m. 19/II'nin ve 2238 sayılı Kanun'un çizdiği sınırlar içinde kalmak zorundadırlar.

16 Tress, P., Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977, s. 27

17 Bayraktar, K., Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 145; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1987, s. 126

18 Kopetzki, C.H., Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien u.a. 1988, s. 41; Bayraktar, s. 189

19) Bayraktar, "Organ ve Doku, s.17.

20 Bayraktar, "Organ ve Doku, s.16 vd.

2238 sayılı Kanun'a göre, taraflar sözleşme ile bir karşı edim kararlaştırılmazlar (m. 3). Bununla beraber, söz konusu hükümlerle "bir bedel ya da başkaca bir menfaat karşılığı" organ ve doku alınması yasaklanmış olsa da, ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz vermek gerekir<sup>21</sup>. Zira, kendisinden organ ya da doku alınacak olan verici de tıpkı alıcı gibi bir operasyon geçirmektedir ve operasyon dolayısıyla sağlık kurumuna belli bir miktar para ödemesi gerekir. Ayrıca sağlık kurumunda yattığı süre içerisinde işine gidemediği gibi çıktıktan sonra da bir süre daha işine gidememesi ve elde edeceği kazançtan yoksun kalması mümkündür. Bir başka insanın hayata döndürülmesi maksadıyla böylesine büyük bir fedakârlığa katlanan vericiyi bir de hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaştırılmaz. Bu nedenle alıcının vericiye uygun bir tazminat vermesi ve bunun da sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka ne de ahlâka aykırıdır.

#### D-Hekimin Onayı ve Aydınlatma Yükümlülüğü

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, vericinin bu konudaki irade beyanının yazılı olması ya da bu konuda belge düzenlenmesi gerekir<sup>22</sup>. 2238 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre ise, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve her türlü etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı irade beyanına ihtiyaç vardır. Böylece kanun kural olarak yazılı irade beyanını öngörmüştür. Fakat aynı hükümlerle ikinci bir imkân daha getirilmiştir; buna göre, vericinin en az iki şahit huzurunda sözlü olarak iradesini beyan etmesi ve bunun da bir tutanakla tespit edilmesi halinde de bu irade beyanı geçerli olacaktır. Fakat tutanağın verici tarafından da imzalanması gerekir. Bu hükme göre, verici ister yazılı, ister sözlü olarak iradesini beyan etsin, her iki durumda da vericinin irade beyanını içeren belgenin hekim tarafından onaylanması gerekmektedir.

2238 sayılı Kanun'un 9. maddesinde hekime, organ ya da doku nakli yapmadan önce verici ve alıcının hayatı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli olan tıbbi inceleme ve tahlilleri yapma ve sonucu bir olurluluk raporu ile tespit etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükme göre hekim sadece yaşayan kişilerden organ ya da doku alırken değil, aynı zamanda alınan organ ya da dokuyu alıcıya aşılarken de, aşılama işlemi yapmadan önce her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak ve sonra da bir olurluluk raporu hazırlamak zorundadır.

Burada karşımıza hekimler için öngörülmüş olan önemli bir yükümlülük çıkmaktadır. Bu, aydınlatma yükümlülüğüdür. Hastanın aydınlatılması, kendisi-

21 Akıncı, s. 179 vd., Gökçen, A., Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara1994, s.82 vd.

22 Bayraktar, K., "Organ ve Doku, s. 17; Özdemir, S., Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler, YD 1976/1-4, C. 2, s. 110

ne, yapılacak olan müdahale hakkında bilgi verilmesi ve bu müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir<sup>23</sup>. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmaktadır. Hasta, böyle bir hakkı kullanırken serbest iradesiyle karar vermelidir. Hastanın serbest iradesiyle karar verebilmesi, yapılacak olan müdahale konusunda yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır<sup>24</sup>. Bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için de, hastanın rızası alınmadan önce yapılacak olan müdahale konusunda yeterince aydınlatılması gerekir<sup>25</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için öncelikle hastaya yapılan muayenenin sonuçları hakkında bilgi verilmelidir. Konulan teşhisin ne olduğunu öğrenen hastaya, hastalık tedavi edilmediği takdirde doğabilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Nihayet hastaya, yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgi verilmesi gerekir. Bu konuda yapılan aydınlatma sadece genel operasyon riskleri üzerine olmamalı, aksine, bütün özel durumlar ayrıntılı olarak izah edilmelidir<sup>26</sup>. Hastaya bütün ameliyat teknikleri, başarı şansı, kullanılacak ilaçların ve müdahalenin yan etkileri ve ortaya çıkabilecek riskler etraflıca açıklanmalıdır<sup>27</sup>. Özellikle güçlük arzeden yeni operasyonlar deneneceği zaman, hastanın mutlaka yeterli derecede aydınlatılması gerekir. Örneğin bir kalp nakli yapılacak ya da komple bir nakil gerçekleştirilecekse (kalbin ve akciğerin birlikte nakledilmesi gibi), hastanın aydınlatılması, operasyonun hukuka uygun olması açısından son derece önemlidir<sup>28</sup>. Bunun dışında, hastaya planlanan operasyonun maliyeti hakkında da bilgi verilmelidir<sup>29</sup>.

Genellikle kabul edildiğine göre, tedavisi imkânsız hastalıklar hakkında da hekimin hastaya bilgi verme yükümlülüğü vardır. Fakat, hastalığın seyrine ve

23 Ayan, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 71

24 Bayraktar, Hekimin, s. 124.

25 Kohlhaas, M., Neue Rechtsprobleme der Organtransplantation, NJW 1970, s. 1872; Kramer, H.J., Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987, s. 23, Bockelmann, P., Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, s. 945; Brüggmann, W., Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, s. 1473; Bafra, J., Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu, İBD 1993/1-2, C. 67, s. 114

26 Ulsenheimer, K., Zur Zivil - und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judicatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, MedR 1992/3, s. 133

27 Lüttger, H., Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht, AÜHFD, 1978/1-4, C. 35, s. 180 vd.; Bafra, s. 115

28 Lüttger, Die Organtransplantation, s. 180 vd.

29 Ertas, Ş., Alman Hukukunda hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD, 1980/1, Yıl: 1, s. 188

tedaviye olumsuz etki edebilecek hususların hastadan gizlenebileceği de kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasında, verici özellikle, müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskler ve ilerde vücut üzerinde meydana gelebilecek olan olumsuz durumlar konusunda aydınlatılmış olmalıdır<sup>31</sup>. Örneğin, böbrek vericisinin diğer böbreğini ya da korneasını vermek isteyen bir kimsenin öteki gözünü de bir kazada kaybedebileceği kendisine bildirilmelidir. Nitekim bu husus ONK. m. 7/a ve b'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, organ ve doku alacak hekimler, "*vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*" (m. 7/a); "*organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*" (m. 7/b) zorundadırlar. Ancak hekimin tedavi hataları konusunda da aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır<sup>32</sup>.

Alicının da aynı şekilde aydınlatılması gerekir. Ancak doktrinde alıcıya yapılan aydınlatmanın içeriğinin vericiye yapılan açıklama kadar geniş olmasının gerekmediği, hekimin hastanın psişik durumunu bozmamak için gerçeği söylemeyebileceği ileri sürülmektedir<sup>33</sup>. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2. maddesine göre de, "*hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygundur*". Nizamnamede her ne kadar bazı hallerde hastadan, hastalığın vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygun olacağı hükme bağlansa da, organ ya da doku nakli gibi son derece önemli olan bir müdahalede, müdahaleye maruz kalacak olan alıcının, gerçeği olanca açıklığıyla bilmesi ve buna göre kararını vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan, sözleşmeye taraf olan hekimdir<sup>34</sup>. Fakat nakil sözleşmesi hastane ile yapılmışsa, bu durumda müdahaleyi yapacak olan hekimin bu yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir.

Aydınlatmanın ne zaman yapılacağı konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Fakat aydınlatma, hastanın rızasının alınmasından önce yapılmalıdır. Hastaya düşünme ve gerekirse yakınları ile görüşme fırsatı verilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre aydınlatma, tavsiye edilen tedavi usulünü hasta-

30 Bayraktar, Hekimin, s. 190

31 Bayraktar, Hekimin, s. 190

32 Rieger, H.J., Aufklaerung des Patienten über Behandlungsfehler, DMW 1986, s. 234 vd.

33 Bayraktar, Hekimin, s. 193

34 Hollmann, A., Das aertzliche Gespraech mit dem Patienten, Aufklaerungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973, s. 1393 vd.

nın serbest iradesiyle kabul ya da reddedebileceği bir zamanda yapılmalıdır. Bu nedenle, ameliyat masasında yapılan bir aydınlatma, hastanın serbest iradesiyle karar vermesi mümkün olmadığı için, geçerli değildir<sup>35</sup>. Bununla beraber, acil durumlarda ameliyattan hemen önce ve hatta ameliyat masasında dahi aydınlatma yapılabilir. Fakat, hasta baygınlık vb. nedenlerle aydınlatılamıyorsa ve operasyonun da hemen yapılması gerekiyorsa hekimin aydınlatma yükümlülüğü sona erer<sup>36</sup>.

## II. Ölüden Organ veya Doku Alınması

### 1-Genel Olarak

Ölüden organ veya doku alınabilmesi için öncelikle vericinin ölmüş olması gerekir. Bu noktada ölümün tarif ve tesbit edilmesi zorunludur. Ayrıca ölü vericiden organ ya da doku alınması, beraberinde birçok hukuki problemi de ortaya çıkarır.

Ölmüş olduğu tesbit edilen vericiden organ ya da doku alınabilmesi için çeşitli ülkelerde uygulanan farklı modeller bulunmaktadır. Bu modeller, genelde irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modeli olmak üzere üç grupta toplanır<sup>37</sup>.

Aşağıda önce ölüm anının tesbiti üzerinde durulacak ve ölü vericiden organ ve doku naklinin hukuki açıdan değerlendirmesi yapılacaktır. Daha sonra ölüden organ ve doku alınması konusunda kabul edilen başlıca modellerden bahsedilecek, nihayetinde ise Türk Hukukundaki düzenleme ele alınacaktır.

### 2- Ölümün Tarif ve Tesbiti

Ölüden organ ya da doku alınabilmesi için vericinin ölmüş olması gerekir. Burada ortaya çıkan en önemli sorun, ölümün tarifi ve ölüm anının tesbiti konusudur. Bunun dışında, organ ya da doku nakli açısından önemli olan bir diğer konu, ölümü kimin tesbit edeceği hususudur.

Ölümün tarifi ve tesbiti sorunu esas itibariyle hekimleri ilgilendirmekle beraber ölüm, bir takım hukuki sonuçlar da meydana getirdiği için, aynı zamanda hukuki bir sorun olarak da ortaya çıkmaktadır. Fakat, sorunun çözümü üzerinde henüz uzlaşılabilmiş değildir<sup>38</sup>.

35 Ertas, Alman Hukukunda, s. 188.

36 Brüggmann, s. 1473.

37 Akıncı, s.125 vd.

38 Geilen, G., Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968, s. 373 vd.; Bayraktar, Organ ve Doku, s.18 vd.; Kamay, B. T., Adli Tıp, C.I, Ankara, 1959, s.141; Toroslu, 1978/1-4, C. XXXV, s. 105; Hinderling, H., (Çev: Yurtcan, E.) Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, in: MHAD, S.5, İstanbul,1969, s.419 vd.; Özdemir, s. 107

Ölüm, genel bir biçimde, "insan hayatının ve buna bağlı olarak da şahsiyetin sona ermesidir" şeklinde tarif etmek mümkündür<sup>39</sup>. İnsan hayatının ne zaman sona erdiği konusu ise, ölümün tespiti ile ilgili ayrı bir sorundur. Organ nakli açısından da asıl önemli olan ölümün tespitidir. Zira, ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra hayati organları alınabilir.

Ölümün tespitinin konumuz bakımından önemi, bilhassa hayati değeri olan organların naklinde ortaya çıkmaktadır. Kalp gibi, alındığı zaman insan hayatının sona ermesine sebep olan organlar, ancak ölmüş bir kimseden alınabilirler. Fakat, naklin başarılı olabilmesi için, kendisinden organ alınan kişinin ölmüş olmasına rağmen, alınacak olan organın hayatiyetini devam ettiriyor olması gerekir<sup>40</sup>. Gerçi kalp durduktan sonra 30 ilâ 60 dakika kadar canlılığını devam ettirebilmektedir<sup>41</sup>. Fakat, özellikle kalp nakillerinin çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir. Sürenin uzaması başarı şansını azaltır. Vakit geçirmeksizin operasyonun yapılabilmesi için, verici ve alıcıya aynı anda müdahale yapılması, vericiden çıkarılan kalbin derhal alıcıya nakledilmesi gerekir.

Oysa vericinin kalbinin hangi anda duracağı tam olarak kestirilemeyeceği için, alıcının ne zaman ameliyata hazırlanacağı da bilinemez ve nakil de kısa süre içerisinde gerçekleştirilemez. Bu durumda, özellikle kalp nakilleri açısından ölüm anının öne alınmasında zorunluluk vardır. Bu da, vericinin kalbi çalışıp nefes almaya devam ederken kalbinin alınmasının caiz sayılmasıyla mümkündür. İşte asıl sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Acaba bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için mutlaka kalbinin durmuş ve solunumun sona ermiş olması mı gerekir, yoksa, kalbi çalışan ve nefes almaya devam eden bir kimse de bazı hallerde ölü sayılabilir mi? Diğer bir deyişle ölüm neye göre tespit edilecektir?

Bu konuda başlıca iki anlayış vardır: Bunlardan birincisi klasik ölüm anlayışı, diğeri ise beyin ölümü anlayışıdır<sup>42</sup>.

Klasik ölüm anlayışına göre, bir insanın büyük hayat fonksiyonları denilen ve kişiye canlılık niteliğini kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi ile ölüm gerçekleşmektedir<sup>43</sup>. "Biyolojik

39 Akıncı, s. 103

40 Kopetzki, s. 38; Toroslu, s. 104

41 Bilgin, A., Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968, s. 9.

42 Bkz: Polat, Oğuz, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997, s.77 vd.

43 Schreiber, H.L., Kriterien des Hirntodes, JZ 1983, s. 593; Schönig, R., Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, NJW 1968, s. 189; Kohlhaas, M., Zur Feststellung des Todeszeitpunktes Verstorbenen, DMW 1993, s. 414; Coste - Floret, P., (Çev.: İ. Tepebaşılı), Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli, AD 1970/5, C. 60, s. 320; Erem, F., Organ Nakli Hakkında Kanun, YD 1979/4, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 183.

ölüm" ya da "klinik ölüm" de denilen bu kıstasa göre, son kalp atışı ve son nefes ile ölüm gerçekleşmektedir<sup>44</sup>. Fakat zamanla, durmuş olan bir kalbin yeniden çalıştırılabileceğinin keşfedilmesiyle, klasik ölüm anlayışının ölümün tespitinde yeterli bir kıstas olmadığı ileri sürülmüştür<sup>45</sup>.

Ölümün tespiti konusundaki bir başka anlayış ise beyin ölümü anlayışıdır. Bu anlayışa göre ölüm, beyin hücrelerinin harap olması ile başlayan ve belirli bir süreç içerisinde yavaş yavaş meydana gelen bir olaydır<sup>46</sup>. İnsana insan olma vasfını veren beyindir<sup>47</sup>. Bundan dolayı, beyin fonksiyonlarının durması halinde kişi ölmüş sayılır<sup>48</sup>. Beyin fonksiyonları irreversibl olarak sona erdiği halde, sun'i aletlerle solunumun ve dolaşımın devam ettirilmesi kişinin yaşadığını göstermez<sup>49</sup>. Beyin fonksiyonlarının durmasından kasıt, beyinin vücudu idare etme kabiliyetinin ortadan kalkmasıdır. İdare kabiliyetini irreversibl olarak kaybetmiş bir beyinin müstakil hücresel hayatı devam etse dahi insanın yaşadığından söz edilemez<sup>50</sup>.

Gerek klasik ölüm anlayışı gerekse beyin ölümü anlayışının lehinde ve aleyhinde çok şey söylenmiştir. Biz burada bu tartışmalara girmek istemiyoruz. Türkiye açısından konuya baktığımızda beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini görüyoruz. Gerçi 2238 sayılı Kanun'da açıkça her hangi bir kıstas kabul edilmemiştir. Kanun'un 11. maddesinde "bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır" denilmektedir.

---

44 Erem, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 183.

45 Lüttger, Neue Probleme, s. 281.; Öztürel, A., Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri, AÜHF, 1973/1-4, C. XXX, s. 457; Aykaç, M., Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1978, s. 32.

46 Bayraktar, Hekimin, s. 184; Toroslu, s. 107

47 Erem, s. 711; Bayraktar, Hekimin, s. 185

48 Öztürel, A., Adli Tıp, Ankara 1983, s. 35; Erem, s. 711; Kaufmann, A., Zur etischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie, JZ 1982, s. 486; Lüttger, H., Neue Probleme, s. 287; Terzioğlu, A., Organ Transplantasyonu ve Etik, in: Tıbbi Etik Yıllığı, III, 14-18 Ekim 1993'te düzenlenen I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine sunulan Deontoloji ile ilgili bildiriler. Yayanlayan, Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994, s.60. Öner, C., Beyin Ölümü ve Organ Transplantasyonu, Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, Yayınlayan: Arslan Terzioğlu, İstanbul 1996, s.57 vd.

49 Bayraktar, Hekimin, s. 185

50 Bilgin, s. 17



Fakat Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin<sup>51</sup> ekinde bu konuda ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Yönetmelikte beyin ölümü kistaslarının neler olduğu maddeler halinde sayıldıktan sonra, "hasta yakınına beyin ölümü deklere edildikten sonra organ bağış izni alınmadığında, hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir" denilmek suretiyle açıkça beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir<sup>52</sup>.

### 3- Ölü Vericiden Organ veya Doku Almanın Hukuken Değerlendirilmesi

Ölü vericiden organ ya da doku alınabilmesi için hukuk sistemleri bazı şartlar öngörmektedirler. Örneğin pek çok hukuk sistemi, vericinin ya da yakınlarının irade beyanının bulunması şartını aramaktadır. "Hukuki şartlar" diyebileceğimiz bu şartlar gerçekleşmediği sürece, ölüm gerçekleşse de ölüden organ ya da doku almak mümkün değildir.

Bir kimsenin ölmeden önce cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkını, öncelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

Kural olarak herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı mevcuttur. Cesedinin nerede ve nasıl gömüleceğini ya da ilmi amaçlarla bir kuruluşa bırakılıp bırakılmayacağını kişi önceden belirleyebilir. Fakat her hak gibi kendi geleceğini belirleme hakkı da sınırsız değildir. Ancak bunun sınırlarını çizen özel düzenlemelere de rastlanmamaktadır. Bizim hukuk sistemimize göre, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkının sınırlarını MK m. 23 ve 24'e göre çok genel hatlarla çizmek mümkündür. Bunun yanı sıra, nakil amacıyla cesetten organ ya da doku alınması konusunda, tıbbi araştırmalardaki gelişmeler ve doğrudan doğruya genel yararlar hizmet gibi belirli yararların kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkıyla karşılaştırılması ve buna göre bir sınır çizilmesi düşünülebilir<sup>53</sup>.

Şu halde herkes, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, öldükten sonra cesedinden organ ya da doku alınmasına izin verip vermeme konusunda serbesttir. Eğer bir kimse sağlığında açıklamış olduğu iradesiyle böyle bir izni vermişse, ancak o zaman cesetten organ ya da doku alınabilir. Aksi takdirde kural olarak cesede müdahalede bulunulamaz<sup>54</sup>.

51 RG. 20.8.1993, s. 21674.

52 Bkz: Artuk, M.E. - Gökçen, A. - Yenidünya, A.C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1998, s.115.

53 Hilchenbach, F., Die Zulaessigkeit von Transplantaten nahmen vom toten Spender aus zivilrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung der Zustimmungfragen), Heidelberg 1973, s. 112.

54 Cartens, T., Das Recht der Organtransplantation, Frankfurt am Main ua. 1978, s. 26 vd.; Hinderling, H., Die Organtransplantation, in der heutigen Sicht des Juristen, SJZ 1979, s. 38 vd.; Bayraktar, Hekimin, s. 192; Toroslu, s. 103 vd.

Bir kimsenin ölümünden sonra kendisinden organ ya da doku alınmasına ilişkin irade beyanının geçerli olabilmesi için her şeyden önce bu konuda irade beyanında bulunabilecek ehliyete sahip olması gerekir.

2238 sayılı Kanun'da bu konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda gerekli ehliyetin mevcut olup olmadığı genel hükümlere göre tespit edilecektir.

Cesetten organ ya da doku alınmasına yönelik olan ölüme bağlı bir tasarrufun geçerli olabilmesi için, bu tasarrufun, ahlâka, adaba, hukuka, kamu düzenine ve özellikle şahsiyet haklarına aykırı olmaması gerekir.

Çok şiddetli ızdırap çeken bir hastanın, ölüm gerçekleşmeden önce kendisinden organ ya da doku alınmasını istemesi halinde bu isteği reddedilmelidir. çünkü böyle bir durumda hastanın ölümünü öne alacak bir müdahale MK m. 23'e göre şahsiyet haklarına aykırıdır. Bu nedenle hastanın vereceği bir izin geçerli olarak kabul edilemez.

Bir kimsenin ölmeden önce kendisinden organ ya da doku alınmasını yasaklaması halinde ise artık bu kişinin cesedinden organ ya da doku alınmaz. Burada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunması söz konusudur. Nitekim, 2238 sayılı Kanun'un 14/3. maddesinde de "*ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz*" hükmü yer almaktadır.

Vericinin ölmeden önce bu konuda açıklanmış bir iradesi mevcut değilse, bu kimseden organ ya da doku alınıp alınamayacağı sorusuna cevap bulabilmek için, her şeyden önce cesedin ve vücuttan ayrılan parçaların hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, ölümden sonra şahsiyet haklarının devam edip etmediği ve yakınların ceset üzerindeki haklarının ne olduğu gibi sorulara cevap aranmalıdır.

Doktrinde de pek çok yazar tarafından kabul edildiği gibi, ceset üzerinde yakınların mülkiyete benzer, nev'i şahsına münhasır bir hakları vardır<sup>55</sup>. Bu hak, ölenin yakınlarının şahsiyet haklarına dayanır. Yakınlar bu haklarına dayanarak cesede yönelik olan her türlü haksız müdahaleyi önleyebilirler. Çünkü bu tür müdahaleler onların şahsiyet haklarını ihlâl eder. Fakat yakınlar, bir başka insanı yeniden eski sağlığına kavuşturmak maksadıyla cesetten organ ya da doku alınmasına da izin verebilirler. Ayrıca, ölenin de sağlığında cesedi üzerinde bu tür tasarruflarda bulunması mümkündür. Eğer ölen kişinin böyle bir tasarrufu varsa bu tasarrufa riayet etmek gerekir<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Zevkililer, Medeni Hukuk, s. 383; Ayiter, Organtransplantation, s. 181; Öztan, s. 118.

<sup>56</sup> Nitekim, 2238 sayılı kanunun 14. maddesinde de, ölen kişinin vasiyeti üzerine ya da yakınların rızasıyla cesetten biyolojik madde alınabileceği gibi, cesedin ilmi amaçlarla da kullanılabilceği hükme bağlanmıştır.

Bu konuda, 2238 sayılı Kanun'un 14/1. maddesinde getirilen bir düzenlemede, bir kimse sağlığında herhangi bir irade beyanında bulunmamışsa "*...sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir*" hükmü yer almaktadır. Sağ kalan eşin rızasına müracaat edilebilmesi için ölüm anında ölen kişinin yanında bulunması gerekir. Eğer yanında bulunmuyorsa, yine ölen kişinin ölüm anında yanında bulunan reşit çocuklarının, onlar da yoksa sırasıyla ana veya babasının veya kardeşlerinden birisinin ya da yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle organ ya da doku alınabilir.

Kanunun ölüm anında potansiyel vericinin "yanında bulunan" yakınların rızasını araması isabetli olmuştur. Çünkü eğer öncelikli olarak iradesine müracaat edilemeyen bir yakın bu esnada bulunamazsa artık aranmak zorunda kalınmaksızın diğer yakınların rızasıyla biyolojik madde alınabilir. Böylelikle muhtemel gecikmelerin de önüne geçilmiş olmaktadır.

Maddede geçen yakın kavramının kimleri içerdiği hususu yeterince açık değildir<sup>57</sup>. Yakın kavramına sadece hısımlık bağı ile bağlı olanların mı dahil olduğu, yoksa, hemşehrilik ya da iş arkadaşlığı gibi bağlarla bağlı olanların da bu çerçevede sayılıp sayılmayacağı hususunda tam bir belirsizlik bulunmaktadır. Öte yandan, sağ kalan eşin bulunamadığı durumlarda diğer yakınlardan bir tanesinin oyunun yetip yetmeyeceği de tam olarak açık değildir.

Ana-baba konusunda Kanun, "veya" tabirini kullanmakla bunlardan birisinin oyunu yeterli görmüştür. Aynı durum kardeşler için de söz konusudur. Kanun burada da açıkça, "kardeşlerinden birisinin" ibaresini kullanmak suretiyle diğer kardeşlerin olumsuz beyanlarını safdışı etmiştir. Bu durumda örneğin bir kardeşin olumlu, beş kardeşin olumsuz irade beyanında bulunmaları halinde bir kişinin iradesine itibar edilerek biyolojik madde alınabilir.

Kanunun bu düzenlemesinden, ölüden organ ya da doku alınmasının kolaylaştırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Nitekim doktrininde de bu maksatla, ana-baba ve çocuklar arasında görüş ayrılığı bulunduğu takdirde, biyolojik madde alınmasına izin veren kişinin rızasına itibar edilmesi yolunda görüşler ileri sürülmüştür<sup>58</sup>.

57 TCK m.259; Akriba terimini, "Ceza Kanunu itibarıyla akrabadan murat, karı-koca ile usul ve furu ve kardeş ve kız kardeş ve ve amuca ve dayı, hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır" şeklinde tanımlamıştır.

58 Atabek, R., İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar, İHFM 1935/2, Yıl: 1, s. 195

#### 4. Ölüden Organ veya Doku Alınması Konusunda Kabul Edilen Başlıca Modeller ve Türk Hukuku

##### A-Ölüden Organ ve Doku Alınması Konusunda Kabul Edilen Modeller

Ölüden biyolojik madde alınması konusunda kabul edilen modelleri genel olarak üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar, irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modelidir<sup>59</sup>.

İrade modeline göre eğer kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınlar açıkça rıza göstermişlerse, ölüden biyolojik madde alınabilir<sup>60</sup>.

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, bu arada İspanya, Güney Afrika ve Venezuela'da benimsenmiş olan bu model, bazı Alman hukukçular<sup>61</sup> tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir<sup>62</sup>.

İrade modelinin lehinde ve aleyhinde pek çok görüş ileri sürülmekle birlikte, bu modeli eleştiren görüşlerden birinin dayandığı gerekçe inceleme konumuz açısından önemlidir.

Bu görüşe göre irade modelinin en olumsuz yanı, alıcının haklarını gözardı etmesidir<sup>63</sup>. Verici açısından bakıldığında alıcının yararları önemsizdir. Ayrıca alıcının kaderi sadece vericinin ya da yakınlarının arzusuna değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlıdır. Kendisinden organ ya da doku alınabilecek olan bir kimsenin ölümcül bir biçimde yaralanması halinde çoğu kez onun kimliğini tespit dahi uzun zaman alabilmektedir. Öte yandan, yakınların iznine ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin meçhul veya ulaşılamaz olması da mümkündür ki bu da alıcının aleyhinedir. Bunun gibi, ölüden organ ya da doku alınması hususunda irade beyanında bulunmaya yetkili olan kimseler, buna izin verme eğiliminde olsalar bile, bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde de nakil gecikir, hatta çoğu kez mümkün olmaz. Diğer bir deyişle red beyanı dışında açıklamada bulunmama hali de alıcının aleyhine sonuç doğurur<sup>64</sup>.

59 Akıncı, s. 125 vd.

60 Kopetzki, s. 10; Cartens, s. 118.

61 Forkel, H., Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, s. 599; Trockel, H., Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW 1970, s. 493.

62 Cartens, s. 118.

63 Samson, E., Legislative Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichteilen, NJW 1974, s. 2034

64 Cartens, s. 119.

Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı Kantonları tarafından benimsenmiş olan<sup>65</sup> itiraz modeline göre, ölünün ya da yakınlarının her hangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı korumakta, fakat vericiye de, iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da doku alımını engelleme imkânı tanımaktadır<sup>66</sup>.

İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınların da öldükten sonra organ ya da doku alımına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle olumlu bir beyanın da dikkate alınması gerekir<sup>67</sup>.

Bu modele göre eğer vericinin kendisinden biyolojik madde alınmasını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğuna ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur. Böyle kesin olmayan bir karine anlayışı ise iki yünden vericinin veya yakınların yararlarını ihlâl edebilir.

Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması konusunda ortaya çıkan ve korunmaya lâyık bir yararları vardır. Onların bu yararları, özellikle dini mülâhazalarla hareket edildiğinde, alıcının iyileşmesindeki yarardan daha aşağı mütalâa edilemez. İkinci olarak da, herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olarak gündeme gelebileceklerini ve icabında yakınların kendisinden organ ya da doku alınmasını engellemek isteyebileceklerini bilmeleri ve bunu önlemek için sağlıklarında irade beyanında bulunmaları beklenemez<sup>68</sup>.

Zaruret hali modeline göre genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Burada kendisinden organ ya da doku alınacak olan vericinin (veya yakınların) yararı ile alıcının yararı karşılaştırılmakta ve sonuçta alıcının yararı ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkânlar tanımaktadır. Burada, bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan sözkonusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır<sup>69</sup>.

## B-Türk Hukuku

Bizim hukukumuzda, 2238 sayılı Kanun ile kural olarak irade modeli kabul edilmiştir. Kanun'un 14/1. maddesine göre ölüden organ ya da doku alın-

65 Cartens, s. 106 vd.

66 Kopetzki, s. 11.

67 Cartens, s. 121 vd.

68 Cartens, s. 122.

69 Kopetzki, s. 10.

bilmesi için bu kişinin, sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ ya da doku alınabilir.

Kanunun getirdiği bu düzenlemeye göre önce ölen kişinin iradesinin araştırılması gerekir. Eğer kişi, sağlığında olumlu yönde iradesini beyan etmişse artık yakınların izni aranmadığı gibi, onların itirazları da dikkate alınmaksızın ölüden organ ya da doku alınabilir. Ölen kişinin böyle bir irade beyanı yoksa o zaman, yakınlarının iznine ihtiyaç vardır. Fakat kişi sağlığında kendisinden organ ya da doku alınmasını yasaklamışsa, Kanun'un 14/3. maddesine göre yakınların izniyle dahi bu kimseden organ ya da doku alınmaz. Zira bu fıkrada, "*ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz*" hükmü yer almaktadır.

Bizim hukuk düzenimiz kural olarak irade modelini benimsemesine rağmen, istisnaen bazı hallerde itiraz ve zaruret hali modellerine de yer vermiştir.

İtiraz modeli 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında benimsenmiştir. Bu hükme göre, "*aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*". Şu halde, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmamasını isteyen kişiler, bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadırlar. Eğer itiraz etmemişlerse, ölenin yakınlarının rızası olmaksızın, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ölüden alınabilir<sup>70</sup>. Görüldüğü gibi itiraz modeli, sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edilmiştir.

Zaruret hali modeline ise aynı Kanun'un 14/4. maddesinde yer verilmiştir. Bu fıkraya göre kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, "*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir.

Burada "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" kavramlarından "zaruret hali"ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa, diğer bir deyişle hastanın hayatı ancak organ ya da doku nakli ile kurtarılabilirse ve bunun da bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır.

Bundan başka ölenin yanında 1. fıkrada sayılan yakınlarından hiçbiri olmamalıdır. Eğer yakınlarından biri varsa bu yakınının rızasının alınması gerekir.

70 Toroslu, s. 104.

Kanunla yasaklanan eylemler için öngörülen cezalar hapis ve ağır para cezası olduğu için, bu fiiller cürümdür ve bu bakımdan ancak kasten işlenebilirler.

15 maddede suç sayılan bazı fiilleri (örneğin yaşayan veya ölü vericiden organ alma), TCK'da (örneğin m.456, m.178) ve özel ceza kanunlarında öngörülen suçlardan ayırabilmek için, bunların özel kastla işlenebileceğini kabul etmek yerinde olur diye düşünüyoruz.

Bu tesbitleri yaptıktan sonra 15. maddede yasaklanan alternatif (seçimlik) hareketleri dört ayrı grupta toplamak mümkündür. Bunlar: 1-Organ ve doku alma eylemi, 2-saklama eylemi, 3-aşılama ve nakletme eylemi, 4-organ ve doku alım ve satımı eylemleri.

#### 2-Organ ve Doku Alma

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan kimse cezalandırılır. Kanuna aykırı organ ve doku alma fiili çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Her şeyden önce tedavi, teşhis ve bilimsel amaçların dışında yaşayan insandan veya ölüden organ veya doku alma fiili suç teşkil edecektir (ONK m. 1).

Kanunda belirtilenler dışındaki amaçlarla yaşayan bir insandan organ veya doku alınması ile ölüden organ ve doku alma fiili aynı ağırlıkta olmadığından, bunların aynı şekilde cezalandırılmaları isabetli olmamıştır. Ayrıca bu fiillere karşılık gelen cezalar ceza kanunundakinden daha ağır olabilmektedir. Örneğin yaşayan kişiden organ ve doku alma fiili, bazı hallerde sadece basit müessir fiil niteliğinde olabileceken kanun bunu iki yıldan dört yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırmıştır. Aynı şekilde, ölüden organ ve doku alınması halinde verilecek olan ceza da TCK m. 178'dekinden çok ağır olmaktadır<sup>77</sup>.

Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı hekimin organ veya doku alması fiili de bu suça vücut verecektir (ONK m. 7/e).

Keza, vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması da bu suça yol açacaktır (ONK m. 8). Ancak bu tür alma fiilleri kasten müessir fiil suçunun ağırlaşmış şeklini (TCK m.456/3) veya adam öldürme suçunu oluşturacağından, ONK'na göre değil, daha ağır cezayı gerektiren TCK hükümlerine göre cezalandırılacaklardır (ONK m. 15).

İlgilinin rızası sağlanmadan organ ve doku alma fiilleri de suç sayılmaktadır. Buna göre; 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz vericinin rızasını sağlamadan (ONK m. 6), ölüler yönünden ise kanunda gösterilen kimselerin rızası alınmadan

<sup>77</sup> Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.117.

veya ölenin aksine bir vasiyeti veya beyanına rağmen organ veya doku alınması fiilleri, bu kapsamda nitelendirilmektedir.

Aynı şekilde, vericiyi gerekli şekilde aydınlatmadan (ONK m. 7/a, b), vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden (ONK m. 7/d) organ ve doku alımı suçtur.

Kanun bazı kimselerden organ ve doku alınmasına izin vermemekte ve buna aykırı davranılmasını suç saymaktadır. Bunlar; yaşayan 18 yaşından küçükler ve mümeyyiz olmayanlardır (ONK m. 5, 7/c).

Ölüm halinin nasıl ve kimler tarafından tesbit edileceği ONK'nun 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamaksızın veya 11. maddede sayılan uzman hekimlerin hazır bulunmadıkları yahut alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku nakli işlemlerini gerçekleştirecek hekimlerin katıldıkları bir heyet tarafından ve yahut kanuna uygun şekilde oluşan heyetin oybirliği olmaksızın ölüm hali tesbit edilen kimseden organ ve doku almak suçtur.

Gerekli tıbbi incelemeleri ve tahlilleri yapıp, bunların sonuçlarını olurluluk raporu ile saptamadan (ONK m. 9) veya gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmadan (ONK m. 10) organ ve doku alınması da kanuna aykırı alma eylemini oluşturur.

### 3-Organ ve Doku Aşılama, Nakletme

ONK'na aykırı şekilde organ ve doku aşılamanın ve nakleden kimse cezalandırılır (ONK m. 15). Teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlarla olmayan organ ve doku aşılama fiilleri ONK tarafından yasaklanmış olup, bu yasağa uymayanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, 15. maddeye göre cezalandırılacaklardır. Keza, bazı teknik gereklere uymaksızın organ ve doku aşılamanın kimse de, fiili, örneğin ağır müessir fiil veya adam öldürme gibi daha ağır bir suç teşkil etmediğinde, bu kanuna göre cezalandırılacaktır.

### 4-Organ ve Doku Saklama

ONK'na göre, yaşayan insandan veya ölüden alınan organ ve dokular ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla saklanabilir (ONK m. 1). Bu amaçların dışında organ ve doku saklama fiilleri 15. maddede yasaklanmış hareketlerdir.

Aynı şekilde, gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kurumlarında organ ve doku saklanması yasaktır (ONK m. 10). Bu yasağa aykırı fiiller de 15. maddeye göre cezalandırılmaktadır.

### 5-Organ ve Doku Alımı ve Satımı

Kanun, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamakta (ONK m. 3), 15. maddede ise; organ ve doku satın al-



mak ve satmak, organ ve doku alım ve satımına aracılık etmek veya bunun komisyonculuğunu yapmak fiillerini cezalandırmaktadır.

Organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam da yasaktır (ONK m. 4). Her ne kadar 15. maddede açıkça “reklam” dan söz edilmemekte ise de, yapılan reklam fiili, organ veya doku alım ve satımına ilişkin ise, veya böyle bir nitelik taşıyorsa, “organ alım satımına aracılık” kabul edilip faili cezalandırmak mümkün olacaktır<sup>78</sup>. Belirtelim ki bilimsel, istatistik ve haber niteliğinde bilgi dağıtımı reklam olarak değerlendirilmemelidir<sup>79</sup>.

## SONUÇ

Organ nakli yoluyla pek çok insanın hayatının kurtarıldığını tecrübeler göstermektedir. Bununla birlikte, yaşayan ya da ölü vericiden organ ve doku alınabilmesi için yapılan muamelenin hukuka uygun olması gerekir. Eğer davranış hukuka aykırı ise hekim bir takım cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Davranışın hukuka uygun olabilmesi için, yukarıda açıkladığımız tüm şartların gerçekleşmesi gerekir.

Günümüzde organ ve doku naklinin önemi, bütün dünya ülkeleri tarafından kabul edilmektedir. Fakat bu alanda başarılı sonuçlar alınabilmesi, her şeyden önce yeterli organ ya da dokunun bulunmasına bağlıdır. Oysa diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de organ temini konusunda arzu edilen gelişme kaydedilmiş değildir. Bu konuda elimizdeki tek kaynak insandır. Organ kaynağı olarak kadavraya müracaat edilebileceği gibi, yaşayan insanlardan da yararlanılabilir. Fakat yaşayan insandan organ ya da doku alınması verici açısından bazı hallerde büyük risk oluşturabileceğinden tavsiye edilen bir yol değildir. Örneğin böbrek gibi bir organın alınması, her zaman vericinin hayatını tehlikeye sokabilir. Bu nedenle yakın akraba olmadığı sürece, hiç kimse böyle bir bağış yapmayı kabul etmemektedir.

Cesetten organ ya da doku alınabilmesi içinse, mevcut hukukumuzda göre kural olarak ölen kişinin vasiyetine ya da yakınların rızasına ihtiyaç vardır. Oysa çok az insan sağlığında böyle bir vasiyette bulunmaktadır. Sevdikleri bir kimse- nin ölümü ile sarsılan yakınlar ise, ölünün hatırasına saygı duyma endişesi ile bağış konusunda tereddüt etmekte ve çoğu kez olumlu cevap vermemektedir. Bağış kampanyaları da arzu edilen sonuca ulaşmamaktadır. Çözüm olarak itiraz modelinin benimsenmesi düşünülebilirse de, bu model bir yandan hukuki açıdan tasvip edilebilecek bir model olmaması, diğer yandan da itiraz modelini uygulayan ülkelerin istenilen sonuçları elde edememeleri sebebiyle kabul edilemez görünmektedir.

78 Toroslu, s. 118.

79 Dönmezer-Erman, C.: II, no:731.

Çözüm olarak zaruret hali modeli önerilebilir. Fakat ONK. m. 14/4'deki düzenlenmiş haliyle bu modelden beklenen sonucun alınması mümkün değildir. Bu nedenle kanunda vericinin haklarını da dikkate alarak zaruret hali modelinin genişletilmesi düşünülebilir.

ONK. m. 15'de bazı cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Hükme göre, bu kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle, bunların ticaretini yapanlar, aracılık edenler veya bu amaçla komisyonculuk yapanlar hakkında fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği müddetçe iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ayrıca ağır para cezası verilecektir.

Kanundaki düzenlemeyi ceza hukuku kuralları içinde değerlendirdiğimizde, 15. maddenin bir çerçeve kural koyduğu, ve içinde yasaklanan fiillerin de herbirinin ayrı bir suç olmadığı, seçimlik hareketler olduğu sonucuna varmak doğru olur. Eğer böyle değerlendirme yapılmayıp; alma, saklama, aşıl原因, eylemleri ayrı ayrı cezalandırılırsa çok ağır sonuçlar meydana gelecektir.

Ayrıca bu hüküm, gerek suç teşkil eden fiillerin tesbiti gerekse bu fiillere verilecek cezalar yönünden pek isabetli olmayan bir düzenleme öngörmektedir. Her şeyden önce, kanun, yaşayan insandan alınması yasak olan organ ve dokuları sadece hayati önemi olanlarla sınırlı kılmakta ve böylece kişinin fizik bütünlüğüne büyük ölçüde zarar veren organ ve dokuların tedavi, teşhis yahut bilimsel amaçlarla olsa bile alınabileceğini kabul etmektedir<sup>80</sup>. Ayrıca, alıcının rızası konusunda herhangi bir hüküm konmamakta ve çeşitli kötüye kullanmalara açık kapı bırakılmaktadır. Keza, bazı fiiller kanunda yasaklanmakla birlikte, bu yasaklara uyulmaması herhangi bir cezai yaptırımla karşılanmamaktadır. Örneğin usulüne uygun şekilde ölüm hali tesbit edilmemiş ölüden organ veya doku alan hekimin cezai sorumluluğu olmadığı gibi; organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaklandığı halde, bu yasağa uymama; bazı haller dışında hekimin alıcının ve vericinin isimlerini açıklayamayacağı belirtilmekle birlikte buna aykırı davranma, cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık sadece disiplin suçu sayılabilecek kimi fiillerin ağır sayılabilecek cezalarla cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin, vericinin birlikte yaşadığı eşinin vericinin kararından haberdar olup olmadığını tesbit etmeden hekimin organ ve doku alması; gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kuruluşlarında saklanan organ ve dokuların zarar görmemesine rağmen saklama fiilleri ağır sayılabilecek cezalarla cezalandırılmaktadır.

Suç olarak tesbit edilen fiillere verilecek cezalar yönünden de kanunun isabetli davranmadığı söylenebilir<sup>81</sup>. Gerçekten, gerek nitelikleri gerek ağırlıkları yönünden birbirlerinden çok farklı olan fiiller için aynı cezalar öngörüldüğü gibi;

<sup>80</sup> Toroslu, s. 111

<sup>81</sup> Toroslu, s. 112

ceza kanununda da suç olan bazı fiiller, sırf organ nakli işlemleri dolayısıyla işlenmiş olmaları halinde ceza kanunundakinden daha ağır şekilde cezalandırılmaktadırlar ki, bu, suç ve ceza arasında oranlılık bulunması esası ile bağdaşmaktadır.



## EŞLER ARASINDA CEBRİ İCRA YASAĞI

Arş. Gör. İbrahim ÖZBAY\*

## GİRİŞ

Cebri icra yasağı, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından dolayı, birbirlerine karşı icra takibinde bulunamamalarıdır. Eşler arasında cebri icra yasağının olması, evlilik süresince birbirlerine dava açmalarına engel değildir.

Eşler arasındaki cebri icra yasağı, MK. m. 165 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. MK. m. 165'de kural olarak söz konusu yasaktan bahsedilmiş, MK. m. 166- 168'de ise yasağın istisnaları belirtilmiştir. Aynı zamanda, İİK. m. 101'de, borçlunun eşinin, evlenmeden doğan alacaklar için, hacze imtiyazlı olarak iştirak edebileceği düzenlenmiş, BK. m. 132/ III'de ise evlilik birliğinin devamı süresinde, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zaman aşımının işlemeyeceği öngörülmüştür. Bütün bu hükümler, eşler arasındaki cebri icra yasağının, hem maddi hukuk, hem de şekli hukuk yönünün olduğunu göstermektedir.

Bu çalışmada öncelikle, cebri icra yasağı kavramı, cebri icra yasağının amacı, hukuki niteliği, dava ve takip ehliyeti karşısındaki durumu ele alınmıştır. Sonra, cebri icra yasağı konusundaki görüşler, yasak kapsamına giren alacaklar, yasağın istisnaları ve hacze imtiyazlı iştirak konusu incelenmiştir.

Çalışmada, cebri icra yasağının hükümleri başlığı altında, yasağın geçerlilik süresi ve uygulanması açıklanmış, daha sonra cebri icra yasağının üçüncü kişilere etkisine değinilmiştir. Son olarak ise, cebri icra yasağına ilişkin özel durumlar başlığı altında, MK. m.165 ile BK. m.132/ III arasındaki paralellik, eşler arasındaki borcun eksik borç niteliği, eşler arasındaki alacaklarda takas sorunu ve cebri icra yasağına aykırılık halinde şikayet yoluna başvurulması konularına yer verilmiştir.

### I. CEBRİ İCRA YASAĞI KAVRAMI, CEBRİ İCRA YASAĞININ AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, YASAĞIN DAVA VE TAKİP EHLİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU

#### A. Cebri İcra Yasağı Kavramı

Cebri icra yasağı<sup>1</sup> eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından<sup>2</sup> dolayı, birbirlerine karşı icra takibinde bulunamamaları şeklinde tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bir başka

\* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bilim Dalı.

1 Cebri icra yasağına eski bir ifadeyle "cebri icra memnuiyeti" demek mümkündür (bkz. Egger, A. (Çev. T. Çağa), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 1943 s. 359)

2 Eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını dört gruba ayırmak mümkündür : I- *Aile Hukukundan Doğan Alacaklar*: Aile hukukundan doğan alacaklara şu haller örnek olarak verilebilir : Mal birliği rejimin-

görüŖe göre ise<sup>4</sup> cebri icra yasağını "karı kocanın evlenmenin devamı süresince (kanunda öngörölen istisnalar dıŖında) birbirlerine karŖı cebri icra takibi yapamamaları" Ŗeklinde tanımlamak mümkündür. Verilen bu tanımlardan yola çıkarak "cebri icra yasağı" kavramının unsurlarını; yasağın evlenmenin devamı müdde-

de birlik malları üzerinde intifa (yararlanma) hakkı kocaya aittir (MK. m. 197/ I). Yani, koca, karının birliğe giren mallarından da yararlanabilir. Ancak koca, yararlanma hakkına sahip olduğu kariya ait Ŗahsi mallarda ortaya çıkacak eksiklik ve zararlardan ötürü, kariya karŖı sorumludur (MK. m. 724). Bu sorumluluk, intifa hakkı sahibinin sorumluluğu (MK.m. 724) gibidir. Yani, koca kusuru olmadığını kanıtlamadığı sürece, zarar ve eksikliklerden sorumludur (MK. m. 197/ I). Aynı Ŗekilde, eŖlerin Ŗahsi malları dıŖında kalıp da birliğe giren diğer malların (kazanılmıŖ mallar) mülkiyeti kocaya aittir (MK. m. 192). Kadının parası, misli eŖyası ve hamile yazılı senetleri kocanın mülkiyetine geçer ve koca bunların kıymetini borçlu olur (MK. m. 197 /III). Yine mal birliği rejiminde, eŖlerden birinin Ŗahsi mallarına iliŖkin bir borç, bir diğerinin Ŗahsi malları ile ödendiği takdirde, alınan miktarın yerine konması borcu doğacaktır (MK. m. 205/I) (Bkz. Zevkcliler, A., Medeni Hukuk, Ankara 1989, s. 810- 811; mal rejimleri ile iliğili olarak bkz. Aksoy, M., Mukayeseli Hukuk Açısından Karı – Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara 1964). II- *EŖler Arasında Sözleşmeden Doğan Alacaklar*: MK. m. 169/ I'e göre, karı-koca arasında her türlü hukuki iŖlem yapılabilir. Yani hakimın tasdiki gerekmez. Ancak MK. m. 169/II gereğince, kadının Ŗahsi mallarıyla, mal ortaklığına giren mallar üzerindeki sözleşmelerin geçerliliği, sulh hakiminin tasdiki Ŗartına bağlı tutulmuŖtur. Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukavelelerinin de mahkemenin tasdikine sunulması zorunludur ( MK. m. 181/ II). Ayrıca koca yararına kadın tarafından üçüncü kiŖiye karŖı taahhüt olunan borçlar için dahi sulh hukuk hakiminin tasdiki gerekecektir (MK. m. 169/ III) (bkz.Öztan, B., Aile Hukuku, B. 2, Ankara 1983, s. 127 vd; Velidedeoğlu, H. V., Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Cüz: 1, B. 4, İstanbul 1960, s. 112- 113;tasdike iliŖkin bu hükmün emredici olup olmadığı konusunda bkz. Mimaroğlu, S. K., Evli Kadının Kocası Menfaatine Üçüncü KiŖilerle Yaptığı İltizam Muameleleri, Ankara 1961, s. 34 vd.; Uyar, T. İcra Hukukunda Ŗikayet, B. 2, Manisa 1991; Egger, s. 378 vd.). III- *Üçüncü KiŖilerle YapılmıŖ Olan Sözleşme Sebebiyle Olan Alacaklar*: Bu gibi durumlara pratik-hayatta sıkça rastlanmaktadır. Burada örnek olarak Ŗu durumlar verilebilir : EŖler, bölünemeyen ( taksimi kabil olmayan) bir borç için birlikte borç altına girmiŖ iseler her biri bölünemeyen borcun tamamını vermekle yükümlüdür(BK. m. 69/ II) Halin icabından aksi anlaŖılmadıđca, eŖlerden biri borcunu öderse, kendisi ile beraber borç altına girmiŖ olan eŖe karŖı rücu hakkına sahiptir ve bu oranda alacaklının haklarına sahiptir. (BK.m.69/ III). Yine aynı Ŗekilde, BK. m. 146 gereğince, eŖler müŖtereken üçüncü kiŖiye karŖı müteselsilen borç altına girmiŖlerse, hissesinden fazla ödemede bulunan, diğer eŖe karŖı rücu hakkına sahiptir. Üçüncü kiŖiye karŖı olan bir borç için diğer eŖ bu borcu tekeffül etmiŖ ise, borçlu eŖin ödemede bulunmaması halinde ödemede bulunan eŖ kefaletten doğan haklara sahip olup rücu hakkını kullanabilir ( Ortan, A. N., EŖler Arasında Cebri İcra Yasağı, Prof. Dr. M. Koloğlu'na 70. YaŖ Armağanı, Ankara 1975, s. 696- 698). IV- *Diğer Sebeplerden Doğan Alacaklar*: Bu tür alacaklara, Ŗu örnek olarak verilebilir: EŖlerden biri, diğer eŖin ana ve babasından herhangi bir sebeple ödünç para alabilir. Sonra ise, ana veya babasının ölümu üzerine onların kanuni mirasçısı olan eŖ, diğer eŖten miras sebebiyle alacaklı duruma gelecektir. Kural olarak, mal birliği veya mal ortaklığı rejimi geçerli olduğu takdirde söz konusu alacakta eŖlerin müŖtereken teŖkil ettiği birliğe dahil olacaktır. Çünkü MK. m. 182/ III gereğince, karı-kocadan birinin mahfuz hissesi mahfuz malları arasına konulamaz. Fakat eŖler arasında mal ayrılığı rejimi söz konusu ise veya mal birliği veya ortaklığı rejiminde eŖin mahfuz miras hissesini taŖan kısım mahfuz mal sayılacağından diğer eŖe karŖı bu alacağını ileri sürebilecektir (Ortan, s. 698).

3 Uyar, Ŗikayet, s. 59.

4 Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğu, Ankara 1986, s.131.

tince olması<sup>5</sup>, yasağın sadece eşler için ve eşler arasında olması<sup>6</sup>, yasağın emredici nitelikte olması<sup>7</sup> ve yasağın eşlerin birbirlerine karşı dava açmalarına engel olmaması<sup>8</sup> şeklinde belirtmek mümkündür.

### B. Cebri İcra Yasağının Amacı

Eşler arasındaki cebri icrayı yasaklayan hüküm Medeni Kanunumuzun beşinci babında "evlenmenin umumi hükümleri" kısmında yer almıştır. MK.m. 165/1'e göre: "*Karı koca evlenmenin devamı müddetince, kanunen muayyen haller haricinde, yekdiğerine karşı cebri icra talebinde bulunamaz.*

*Kanunun cebri icra caiz olan hallerde dahi karı kocadan birinin diğer taraf yüzünden uğradığı ziyan ve o taraf hakkında iflas veya semeresiz kalan hacizde cari mahrumiyetleri müstelzim olmaz."*

Bu hüküm, karı kocadan birini diğerine karşı korumak için değil, evlilik kurumunu zedelememek amacıyla kabul edilmiştir<sup>9</sup>. Zira evliliğin devamı süresince eşler arasında cebri icraya izin verilseydi, eşler arasındaki dirlik ve düzen bozulabilir, eşlerin birbirlerine karşı besledikleri güven ve samimiyet sarsılabilirdi<sup>10</sup>. Gerçekten de eşlerin birbirlerine karşı alacakları için diğerinin mallarına haciz koydurarak ya da iflas yoluyla sattırarak, satış bedelinden alacaklarını elde etmeleri, eşler arasına çekişmenin girmesine neden olur<sup>11</sup>.

Sonuç olarak eşler arasındaki cebri icra yasağını öngören hükmün amacının, evlilik birliğinin korunması olduğunu belirtmek mümkündür<sup>12</sup>. Ancak cebri

5 Uyar, Şikayet, s. 61; Egger, s. 361; Akıntürk, T., Aile Hukuku. B. 2, Ankara 1975, s.135-136 ; Zevkliler, s.799-800 ; Öztan, Aile, s.129.

6 Uyar, Şikayet, s. 61.

7 Ortan, s. 691; Uyar, Şikayet, s. 59 ; ayrıca bkz.12. HD.14.9.1981. 5153 / 6663 (Uyar, Şikayet, s. 570).

8 Feyzioğlu, F. N., Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 183 ; Akıntürk, s. 135 ; Öztan , Aile, s. 130.

9 Tekinay, S. S., Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 293; Velidedeoğlu, s. 111; Akıntürk, s. 135; Zevkliler.s.800; Uyar, Şikayet, s. 59 ; Federal Mahkeme de aynı görüştedir (BGE 63 III ,143; JdT 1938.II 29; karar için bkz. Tekinay, s. 293) ;Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 6, İstanbul 1995. s.81; Köprülü, B. /Kaneti, S., Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.135 -136.

10 Saymen, F. H., Borçlar Hukuku Dersleri, C. I. Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s. 38 ; Akıntürk,135 ; Velidedeoğlu, s. 111; öğretilde Öztan, daha da ileri giderek, cebri icra yasağının çocuklarla ana-baba arasında da öngörülmesinin kanunun amacına uygun düşeceğini belirtmektedir ( Öztan, Aile, s.129,dn.160).

11 Zevkliler, s. 800; Saymen. s. 38; Egger, s. 359; Uyar, Şikayet, s. 59.

12 Evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler, iki esaslı grup etrafında toplanabilir. Bunlardan bir kısmı, karı- koca arasında bir anlaşmazlığın çıkmasını önleyebilmek için alınmış tedbirlerdir ki, geçimsizliğin çıkmasına engel olmayı hedeflerler. Bu konuda örnek olarak, karı koca arasındaki alacaklar için evliliğin devamı süresince zamanasını işlemeyeceğine ilişkin BK. m. 132 / III hükmü

icra yasağının, evliliği korumak bir yana, birliği sarsacağı görüşü de öğretilerde ileri sürülmektedir. Zira cebri icra yasağının evlilik birliğini sarsacağı görüşünü savunan yazarlar<sup>13</sup>, bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesinin, evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsabileceğini belirtmektedirler. Ancak bizim kanaatimiz cebri icra yasağının faydalı olduğu yönünde olduğu için cebri icra yasağının amacının evlilik birliğinin korunması olduğunu belirtmek gerekir.

### C. Cebri İcra Yasağının Hukuki Niteliği

#### 1. İç Hukuk Bakımından

Cebri icra yasağını düzenleyen kanun hükmünün gösterdiği özellik, emredici hukuk kuralı olmasıdır<sup>14</sup>. Emredici hukuk kuralları, herkes tarafından uyulması gereken, bir başka deyişle ilgili kişilerin kendi iradeleriyle bertaraf edilemeyen hukuk kurallarıdır. Hukuki olaylarla karşı karşıya bulunan yetkili organlar da tarafların talepleriyle bağlı kalmaksızın bu kuralları dikkate almak ve uygulamak zorundadırlar<sup>15</sup>. Eşler, cebri icra yasağını öngören MK. m. 165 hükmünün aksini kararlaştırmayacakları gibi, gerek icra müdürü ve gerekse tetkik mercii hakimi bunu kendiliklerinden (re'sen) dikkate almak zorundadırlar<sup>16</sup>.

Öğretilerde *Tekinay*, cebri icra yasağının yerinin, Medeni Kanun'dan ziyade İcra ve İflas Kanunu'nun olması gerektiğini, zira MK. m. 165/I hükmünün, mev-

---

gösterilebilir. Diğer bir kısım tedbirler ise, su yüzüne çıkmış anlaşmazlıkların yatıştırılmasını ve birliğin sürekliliğini sağlamak amacıyla güderler. Hakimin kusurlu tarafa ihtarda bulunması (MK. m.161), kan veya kocanın ortak hayatı tatil edebilme yetkisi (MK.m.162), kocanın birliği ihmal etmesi halinde ona ait alacakların karyaya ödenmesi için hakimin emir vermesi ( MK. m. 163) gibi. (bkz. Belgesay, M. R, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku. C. I., B. 3, İstanbul 1960. s. 138). Öğretilerde, MK. m. 165 hükmünün, saymış olduğumuz iki kategoriden birincisine dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bir başka deyişle, eşler arasında anlaşmazlığın çıkmasını önleyen tedbirler olduğu belirtilmektedir ( Belgesay, TMK Şerhi, s.138-139 ; Ortan, . 690-691).

13 Uyar, Şikayet, s. 59; Tekinay, s. 294.

14 Öztan, Aile, s. 129; Uyar, Şikayet, s. 59, Ortan, s. 570; ayrıca bkz.12. HD.14. 9.1981, 5153/ 6663 (Uyar, Şikayet, 570).

15 Atar, Y./ Ayan, M./ Karahan, S./ Sümer, H. H./ Arslan, İ./ Ulukapı, Ö., Temel Hukuk Bilgisi, Konya 1998, s. 53; Zevkifler, s. 16.

16 Öztan, Aile, s. 129; Ortan, s. 691; Uyar, Şikayet, s. 59; ayrıca bkz. 12. HD. 14. 9. 1981, 5153/ 6663 (Uyar, Şikayet, s. 570). Ayrıca belirtilmelidir ki, bir hukuk kuralının *emredici* olup olmadığı, kuralın ifade tarzından veya korumayı amaçladığı menfaatin niteliğinden anlaşılır. Bu çerçevede hukuk kuralı "olamaz", "edemez", "hükümsüzdür" gibi ifade tarzını benimsemişse, emredicidir. Aynı şekilde kamu yararını, genel ahlak ve adabı, kişilik hakkını ve zayıfları korumak amacıyla yönelik hukuk kuralları da emredici nitelik taşırlar (Atar/ Ayan/ Karahan/ Sümer/ Ulukapı, s. 54). MK. m. 165'in ifade tarzı "...cebri icra talebinde bulunamaz" şeklinde olduğu için emredici niteliktedir. Ayrıca cebri icra yasağının konuluş amacı, evlilik birliğinin korunması olması hasebiyle kamu yararını koruma amacıyla yönelik olduğu için, MK. m. 165 hükmünün emredici hukuk kuralı olduğu sonucuna varmış oluyoruz.



cut bir hak veya alacaktan dolayı icra takibi yapılmasına engel olduğunu ve hukuk hakimine değil, icra memuruna ya da icra tetkik merciine hitap ettiğini belirtmektedir<sup>17</sup>. Yasağa rağmen bir taraf diğerine karşı icra takibinde bulunmuş ve itiraz için sürenin geçmesi nedeniyle icra takibi kesinleşmiş olsa bile, bu konudaki karar yerine getirilmeyecektir. Zira bu, MK. m. 165'in emredici niteliğinin doğal bir sonucudur<sup>18</sup>.

## 2. Devletler Özel Hukuku Bakımından

Bilindiği gibi, evlenmenin genel hükümleri kavramına, mal rejimine ilişkin hükümler dışında, evlenme akdinden doğan şahsi ilişkilere ait hususlar da dahildir. MK. m. 165 'deki cebri icra yasağı da, evlenmenin genel hükümlerine dahildir.

Evlenmenin genel hükümleri, Türk hukukunda tarafların müşterek milli hukuklarına tabi tutulmuştur (MÖHUK. m.12/III). Burada söz konusu olan, karı-kocanın karşılıklı olarak hak ve görevleri, daha genel deyişle, evlenmeyle doğan şahsi ilişkilidir<sup>19</sup>. Karı-koca ayrı vatandaşlıkta iseler, aynı ülkede ikametgahları olmaları halinde, bu müşterek ikametgahları olmaları halinde, bu müşterek ikametgahları hukuku, bu yoksa, fakat aynı ülkede mutad meskenleri bulunuyorsa bu müşterek mutad meskenleri hukuku, bu da mevcut değilse, Türk Hukuku, evlenmenin genel hükümlerine- dolayısıyla cebri icra yasağına-uygulanır ( MÖHUK. m.12/ III)<sup>20</sup>.

Cebri icra yasağının kamu düzeni ve güvenliği amacıyla konulup konulmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>21</sup>, evlenmenin genel hükümlerinden doğan kanunlar ihtilafında kamu düzeni engeline mümkün olduğunca az yer verilmesi gerektiğinden, söz konusu yasağın kamu düzeni ve güvenliği adına konulmamış olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise<sup>22</sup> eşler arasındaki cebri icra yasağı kamu düzeninden kabul edilmeli, bu yasak, sözleşme ile kaldırılmamalıdır. Kanımızca, cebri icra yasağının, evlilik birliğinin devamı için önceden konulmuş bir yasak ve kamu düzeni ile ilgili emredici bir hukuk kuralı olarak kabulü daha yerindedir<sup>23</sup>.

17 Tekinay, s. 293.

18 Bu konuda bkz.İİD.16.12. 1943 (Velidedeoğlu, s. 118).

19 Uluocak, N., Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 68 ; Nomer, E., Devletler Hususi Hukuku. B. 6, İstanbul 1990, s.275- 276.

20 Nomer, s. 276.

21 Egger, s. 361; bu görüşle ilgili olarak ayrıca bkz. Ortan, s. 692, dn. 22 vd.

22 İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü için bkz. Ortan, s. 693.

23 Aynı yönde, Ortan, s. 694.

#### D. Dava Ehliyeti Karşısındaki Durumu

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığıyla bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir<sup>24</sup>. Yani dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usul hukukundaki büründüğü şekildedir (MK. m. 9)<sup>25</sup>.

Cebri icra yasağının dava ehliyeti ile ilişkisi açısından belirtmek gerekir ki, eşler arasında cebri icra yasağının bulunması, karı ve kocanın evlilik süresince birbirlerine karşı dava açmalarına engel değildir. Zira cebri icra yasağı, yalnız icra ve iflas takipleri içindir<sup>26</sup>. Bir başka deyişle cebri icra yasağı, aynı zamanda dava yasağı değildir; fakat eşler, mahkemeden aldıkları bir alacak ilamının yerine getirilmesini isteyemezler<sup>27</sup>. Fakat alacaklı olan karı veya koca, elinde böyle bir ilamı bulundurdıkları sürece, kanunen istisnai olarak cebri icraya izin verilen hallerde<sup>28</sup> ve evlilik ilişkisinin sona ermesinde artık tekrar mahkemeye müracaata gerek kalmaksızın, elindeki ilamı ile icra takibi yapabileceklerdir. Eşler arasında kurulmuş bu borçlara "eksik borç (unvollkommene)" denilmektedir<sup>29</sup>. Ancak hukukumuzda "eksik borçlar" deyimiyile, yerine getirilmeleri esas itibarıyla, dava yoluyla takip edilemeyen borçlar kastedilmekle birlikte, dava yoluyla takibi mümkün, fakat cebri icra yoluyla takibi mümkün olmayan bazı borçlar da kastedilmektedir. Bu açıdan bakıldığında eşler arasında kurulmuş bu borçları eksik borç niteliğinde kabul etmek mümkündür<sup>30</sup>.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, eşler arasında cebri icra yasağının, dava açma imkanına engel olmayacağını belirtmektedir<sup>31</sup>. Öğretide *Ortan*, eşlere

24 Kuru, B./ Arslan, R/ Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 148 ; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, B. 5. İstanbul 1992, s. 281; Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 19.

25 Üstündağ, Usul, s.281; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul,148; Ulukapı, s. 19.

26 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 148; Öztan, Aile, s. 130; Akıntürk, s. 135; Zevkliler, s.800; Fezyioğlu, 183; Üstündağ, İcra, s. 80.

27 Tekinay, s. 293; Öztan, s.130; Zevkliler, s. 800; Ortan, s. 694; Fezyioğlu, s. 183. Görüldüğü gibi, evliliğin devamı sırasında eşlerin açacağı alacak davasının pratik bir sonucu olmamaktadır (bkz. Öztan, Aile, s. 130) ; ayrıca bkz. Ataay, A., Borçlar Hukuku Genel Teorisi, Birinci Yarım, B. 3, İstanbul 1981, s. 56-67.

28 Bkz. III B.

29 Arsebük, E., Medeni Hukuk. C. II, Ankara 1940, s. 691; Ortan, s. 694.

30 Saymen, F. H./ Elbir, H. K., Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, B. 2. İstanbul 1960,s. 148-149; Ataay, s. 51- 52.

31 12.HD. 3.3.1989, 303/1895 : "Evlilik birliğinin devamı süresince karı kocadan her biri diğerine karşı cebri icra isteğinde bulunamaz (MK. m. 165/I). Ancak kanunun bu hükmü evliliğin devam ettiği süre içinde birbirlerine karşı dava açmalarına engel değildir. Bu sebeple tarafların delillerinin toplama

birbirlerine karşı dava açabilme imkanının tanınmasının, evlilik birliğinin korunması amacını zedeleyeceği, bu nedenle eşlere evlilik birliği süresince birbirlerine karşı dava açabilme imkanının tanınmasının doğru olmayacağını ileri sürmektedir<sup>32</sup>. Ancak, MK. m. 160 gereğince karı ve koca, mallarının idaresi için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, dava ehliyetine sahiptir. O halde, eşlerin birbirlerine karşı dava açmalarına pozitif hukuk açısından bir engel olmamak gerekir<sup>33</sup>. Bu nedenle kanaatimizce, eşlerin birbirlerine karşı dava açabilmelerine imkan tanınması, evlilik birliğinin korunması amacını zedelemeyiz. Çünkü zaten dava sonucunda elde edilmiş ilam, icra yoluyla yerine getirilemeyecektir. Kaldı ki, eşler ancak cebri icraya izin verilen hallerde ve evliliğin sona ermesinde, artık tekrar mahkemeye müracaat etmeye gerek kalmadan ellerindeki ilamla icra takibi yapabileceklerdir.

### E. Takip Ehliyeti Karsısındaki Durumu

Takip ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya iradesi ile tayin ettiği bir temsilci (avukat) vasıtasıyla alacaklı olarak icra takibi ve bununla ilgili işlemleri yapabilmesi veya icra takibinin borçlusu olarak haklarını koruyacak işlemlerde bulunabilmesi ehliyetidir<sup>34</sup>. Eşler arasındaki cebri icra yasağı (MK. m.165 vd.) nedeniyle, borçlunun eşini, evliliğinin devamı süresince borçlu eşine karşı takip yapma yetkisi yoktur. Bu nedenle takip ehliyetinin mevcut olmadığı bu durum, kendiliğinden (re'sen) gözetilir ve bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan, icra tetkik merciine yapılacak şikayet süreye bağlı değildir<sup>35</sup>.

## II. CEBRİ İCRA YASAĞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

### A. Genel Olarak

Eşler arasındaki cebri icra yasağının amacının genel olarak "evlilik birliğinin korunması" olduğu belirtilmişti. Ancak eşler arasındaki cebri icraya izin verilmesinin, eşler arasındaki dirlik ve düzeni bozacağı, birbirlerine karşı besledikleri sevgi hislerini sarsabileceği görüşü ileri sürülmüşse de, böyle bir yasağın faydalı olup olmadığı tartışılmıştır. Aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

nıp sonucuna göre karar verilmesi zorunludur. Buna rağmen "evlilik birliğinin devam ettiğinden" söz edilerek davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (Uyar, Şikayet, s. 163); benzer kararlar için bkz. 2. HD. 27 /11/1958. 6012/5597 (Feyzioğlu, s. 512).

Ortan, s. 695.

Arsebük, s. 691 vd.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı. B. 5, Ankara 1991, s. 85; Üstündağ, İcra. s. 80.

Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 85, dn. 5.

## B. Bu Konudaki Görüşler

### 1. Cebri İcra Yasağının Faydalı Olduğu Yolundaki Görüş

Yasağın faydalı olduğunu savunan yazarlara göre<sup>36</sup> eşler arasında cebri icrayı yasaklayan hükmün amacı evlilik birliğinin korunmasıdır. Bu nedenle, evliliğin devamı süresince eşler arasında cebri icraya izin verilseydi, eşler arasındaki dirlik ve düzen bozulabilir, eşler arasında çekişme girebilirdi. Ayrıca, cebri icra yasağı sadece Medeni Kanun'da (m. 165-168) düzenlenmemiş, Borçlar Kanunu ve özellikle de İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümlerle de destek bulmuştur<sup>37</sup>.

### 2. Cebri İcra Yasağının Faydalı Olmadığı Yolundaki Görüş

Cebri icra yasağının faydalı olmadığını savunan yazarlara göre<sup>38</sup> her ne kadar eşler arasında cebri icraya izin vermenin evlilik birliğini sarsacağı ileri sürülmüşse de, bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesi evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsabilir. Kaldı ki, eşlerden birinin diğeri aleyhine cebri icra takibine girişmesi, yuvada baş gösteren bir buhranın sonucudur. Bunu yasaklamak, buhranı hafifletmez, aksine artırır<sup>39</sup>. Bu nedenle olsa gerek, bizim kanunumuz ve mehazı olan İsviçre Medeni Kanunu (1988'deki değişiklikten önce) dışında diğer ülke kanunlarında cebri icra yasağını düzenleyen hükümlere rastlanmamaktadır<sup>40</sup>.

Gerçekten, ülkemizde boşanma davalarının yıllar sürdüğü ve birbirinden kopan, fiilen ayrı yaşayan eşler arasında cebri icrayı yasaklamamanın evlilik birliğinin korunması amacına ne derece hizmet ettiği de düşünülmeye değer bir konudur<sup>41</sup>. Bu durumun etkisiyle Yargıtay<sup>42</sup>, fiilen ayrı yaşayan ve fakat hukuki bakımdan evli sayılan kişiler arasındaki "eşya davası"sonucunda verilen ilamların icraya konulabileceğini belirtmiştir.

36 Feyzioğlu, s.182-183; Öztan, Aile, s.129; Zevkililer, s. 800; Ortan, s. 688; Köprülü/ Kaneti, s.135-136.

37 Ortan, s. 688.

38 Tekinay, s. 294;Uyar, Şikayet, s. 59.

39 Tekinay, s. 294; Uyar, Şikayet, s. 59.

40 Ortan, s. 688.

41 Uyar, Şikayet, s. 59.

42 12.HD. 6.3.1990. 1510/ 2950: "Gerçekten MK'nun 165. maddesine göre karı-koca, evlenmenin devamı süresince kanunen muayyen haller haricinde yekdiğerine karşı cebri icra takibinde bulunamaz ... Olayımızda ayrı yaşadıkları anlaşılan karı -kocadan kadın kocasının el koyduğu kendisine ait malları ilama dayanarak geri istemektedir. İstemi MK. m.168 maddesine uygundur. Aksi görüşle itirazın kabulü isabetsizdir."( Uyar, Şikayet, 161 ).

### 3. İsviçre Aile Rejimindeki Son Gelişmeler Karşısında Durum

Fransa, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerindeki gelişmelere paralel olarak, İsviçre'de evlilik birliğine ilişkin olarak aile rejiminde köklü değişiklikler kabul edilmiştir<sup>43</sup>. İsviçre'de, 5 Ekim 1984 tarihli Kanunla, İsviçre Medeni Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmış, 22 Eylül 1985 tarihinde halkoylamasına sunulmuş olan bu kanun, 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>44</sup>.

İsviçre Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesi (m. 173 / III)'ne göre, eşler arasında cebri icra yasağını öngören hükümler tamamen kaldırılmış olmaktadır. Yeni düzenlemeye göre, eşler de herkes gibi yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Eşler birbirlerine karşı olan alacakları için cebri icra yoluna başvurabilecekler, mahkemeden aldıkları ilamı icraya koyabileceklerdir<sup>45</sup>. Ancak İsviçre'de cebri icra yasağının kaldırılması üç bakımdan yumuşatılmıştır. İlk olarak, eşler arasındaki alacaklar, yine zamanaşımına uğrayacaktır. İkinci olarak, alacaklı eş, bir üçüncü kişinin takibi üzerine konulan hacze yine imtiyazlı olarak iştirak edebilecektir (İİK. m. 101). Üçüncü olarak da yeni düzenleme, borçlu eşe bir özel ödeme süresi talep edebilmek hususunda bir hak tanımaktadır. Böyle bir hakkı borçlu eşe yetkili hakim (tetkik mercii değil) tanıyacaktır. Gerçekten de, eşe olan borcun ödenmesi borçlu eşe ciddi güçlükler çıkaracaksa ve sonuçta da bu güçlükler evlilik birliğinin sarsılmasına neden olacaksa, kendisine istemi üzerine bir özel süre verecektir<sup>46</sup>.

Alacaklı eş alacağı için takip yapmışsa, borçlu eş bu takibe böyle bir yetkisinin olduğundan bahisle itiraz edebilecek, fakat böyle bir özel süre verilmesinin maddi ve şekli şartları eksikse, alacaklı eşin itirazın kaldırılması talebi kabul edilmek gerekir. Buna karşılık, itirazın kaldırılması kararından önce, hakim tarafından borçlu eşe böyle bir özel süre verilirse, bunun dikkate alınması gerekir. Eğer, itirazın kaldırılması muhakemesinin sona ermesinden sonra böyle bir karar getirilirse, bu kez de takibin ertelenmesi İİK. m. 71 uyarınca talep edilebilecektir<sup>47</sup>.

43 Koçhisarlıoğlu, C., İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, S.Ü. Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. J. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431.

44 İsviçre'deki bu yasalastırma süreci 1950'li yıllarda başlamış ve ancak 1988 yılında sonuçlandırılmıştır. Bu süreç için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 431vd.

45 Koçhisarlıoğlu, s. 443. İsviçre'de getirilen bu düzenlemeler evlilik birliğini güçlendirmeyi de hedef tutmakta fakat evlilik birliği eşlerin şahsından ayrı olarak ele alınmakta ve böylece onların evlilik birliğine saygı göstermeleri sağlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemeler genelde başarılı olarak kabul edilebilir (bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 450-451).

46 Üstündağ, İcra, s. 81, dn. 164a.

47 Üstündağ, İcra, s. 81, dn. 164a.

#### 4. Görüşümüz

Eşler arasında cebri icra yasağını düzenleyen hükümlerin amacının evlilik birliğinin korunması ve karı-koca ilişkilerinin bozulmasının imkan ölçüsünde önlenmesi olduğu düşünülürse, cebri icra yasağının faydalı olduğu kabul edilmelidir. Bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesinin, evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsacağı görüşü, bizce isabetsizdir. Çünkü kanun, cebri icra yasağını öngörmekle, eşler arasındaki ilişkilerin bozulmasına bir set çekmiş, eşler arasındaki anlaşmazlıkların cebri icra prosedürü içinde duylmasına, halk içinde yayılmasına bir ölçüde engel olmuştur<sup>48</sup>.

### III. CEBRİ İCRA YASAĞI KAPSAMINA GİREN ALACAKLAR

#### A. Yasak Kapsamına Giren Alacaklar

Eşler arasında cebri icra yasağı, her türlü alacak bakımından geçerlidir. Eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasının reddi ile ortaya çıkan masraflarla, evlilik birliğinin korunması amacıyla açılmış davalar sonucunda hükmedilen dava masraflarının tazmini alacağı dahi bu yasak kapsamına girer<sup>49</sup>. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında, cebri icra yasağının sadece para alacakları için değil, diğer eşya alacağına ilişkin talepler için de söz konusu olacağı görüşünü benimsemektedir<sup>50</sup>. Ancak Yargıtay, daha önceki bir çok kararında<sup>51</sup>, MK. m. 165-168'de düzenlenen cebri icra yasağının, evlilik devam ederken açılan eşya davası sonunda alınan ilamlar hakkında uygulanamayacağını belirtmiştir. Ancak Yargıtay bu görüşünden 1976 yıllarında dönmüştür. Zira Yargıtay, uygulamada fiilen ayrı yaşayan ve yıllarca boşanamayan eşler hakkında açılan eşya davası sonucunda alınan ilamların ancak boşanma gerçekleştikten sonra icraya konabilmesinin alacaklı eşi mağdur edeceğini görerek<sup>52</sup> kabul etmişse de Medeni Kanun içinde bu görüşe yasal dayanak bulmak güçtür. Ancak Yargıtay'ın bu yeni görüşü, pratik, yararlı ve tarafların çıkarlarına uygun düşer<sup>53</sup>.

48 "Bir olayın şuyuu (yayılması) vukuundan (gerçekleşmesinden) daha kötüdür" sözü, buna güzel bir örnektir.

49 Egger, s. 360; BGE 42 III 349 (Naklen, Egger, s. 360).

50 12.HD. 1990. 1510/ 2950 : "... Olayımızda ayrı yaşadıkları anlaşılan kocasının el koyduğu kendisine ait malları ilama dayanarak geri istemektedir. İstemi MK. m. 168'e uygundur. Aksine görüşle itirazın kabulü isabetsizdir." (Uyar, Şikayet. s.161) ; ayrıca bkz. Üstündağ, İcra. s. 82.

51 Bkz. 12. HD. 1.12.1989.5350! 14789 (Uyar, Şikayet, s. 161) ; 12.HD. 21.3.1985, 126321 /2658 (Uyar, Şikayet, s. 162); 12. HD. 9. 5.1983, 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s.163).

52 Çünkü aradan geçecek sürede, paranın değerinde düşmeler olabilir.

53 Uyar, Şikayet, s. 163.

Gayrimenkule ilişkin müdahalenin men'i hakkındaki ilam hükmü de , koca aleyhine cebri icra yoluyla icra olunamaz<sup>54</sup>. Ancak Yargıtay, eşler arasında müş-terek gayrimenkulün taksimine veya izalei şüyu'a MK. m. 165/ I hükmünü teşmil etmemiş, bu durumları yasak kapsamı dışında tutmuştur<sup>55</sup>. Ayrıca Yargıtay başka bir kararında<sup>56</sup> kocası lehine senet imzalamış olan kadının, cebri icra yasağı ne- deniyle takip yapılamayacağına ve senedi kocasından ciro ile almış olan kocası- nın kardeşine karşı ileri sürebileceğine hükmetmiştir.

## B. Yasağın İstisnaları

### 1. Borçlu Eş Aleyhine Üçüncü Kişilerce Takipte Bulunulması

MK.m.166'daki cebri icra yasağının bu istisnasının amacı, alacaklı eşi ko- rumaktır. Zira ona böyle bir imkan tanınmamış olsaydı, üçüncü kişiler alacakları- nı tamamen alırken, o, bunlar lehine kendi alacağını kaybederek mağdur olabile- cekti<sup>57</sup>.

#### a) Üçüncü Kişiler Tarafından Yapılan Takibe İştirak

Eşlerden birine karşı yapılmakta olan takibe, diğer eş aynı bir alacağından dolayı istihkak iddia eden üçüncü bir kişi gibi davranarak hakkını ileri sürebilir (bkz. MK. m. 192, 193, 206/ II, 234). Eş bunu hacze itiraz yoluyla ve haklarının iflas masasından iflas masasından çıkarılmasını isteyerek yapabilir<sup>58</sup>. Esasen haciz yalnızca borçlunun malları üzerine konulmalıdır. Zira alacaklının, borçlunun malvarlığından tatmin edilmesi gerekir. Bu nedenle, üçüncü kişinin istihkak iddia ettiği mallar haczedilmekle birlikte, üçüncü kişiye (alacaklı eşe) bu malları hacizden kurtarmak imkanı tanınmıştır<sup>59</sup>. Bu prosedür, hacizli malın borçlu elinde bulunması veya istihkak iddia edilen üçüncü kişinin elinde bulunması haline göre farklı şekilde düzenlenmiştir<sup>60</sup>. Sonuçta, istihkak davası sonunda bu iddia haklı çıkarsa dava konusu mal üzerinden haciz kalkar ve artık o mal satılıp alacaklı bunun bedelinden tatmin edilemez<sup>61</sup>.

Burada konuyla ilgili olan ve bizi ilgilendiren husus, malların borçlu ve üç- üncü kişi ile birlikte elde bulundurmaları halidir. Bu durum, İcra ve İflas Kanu-

54 Bkz. İİD. 20.4.1942 (Nakleden Ortan, s. 704).

55 Bkz. İİD.27. 3. 1942, 706 ( Olgaç, S., Tatbikatta Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, Külliyat. C.I.1953. s.153).

56 Bkz.12. 12.HD. 10.6.1985, 116/ 5762 (Uyar, Şikayet, s.165).

57 Akıntürk, s.137; Fezyioğlu, s.184; Öztan, Aile, s. 132; Velidedeoğlu, s.111; Tekinay, s. 296.

58 Egger, s. 363 ; Ortan, s. 708; ayrıca bkz. İİK. m.199 ve 228.

59 Ortan, s.708.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 243 vd; Üstündağ, İcra, s. 274 vd.

61 Kuru/ Arslan/Yılmaz, İcra, s. 250.

nu m. 97a, c. 2,de düzenlenmiştir. Buna göre, borçlu ile üçüncü şahıs menkul bir malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde mal borçlu elinde sayılır. Böylece, borçlunun elindeki mal üzerinde borçlunun eşi de müşterek zilyetse, istihkak davası açmak külfeti, borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran borçlunun eşine düşer<sup>62</sup>. Ancak ispat yükü bakımından borçlunun eşi (üçüncü kişi) lehine bir karine konulmuştur. Buna göre, mesela; borçlunun evindeki bir kürk mantonun borçlunun karısına ait olduğu farzedilir ve bunun aksini ispat yükü davalı (alacaklıya) düşer ( İİK. m. 97a, c.1)<sup>63</sup>.

İflastaki duruma gelince; iflas masasına sadece borçluya (müflise) ait olan mal ve haklar girer ( İİK. m. 184/ I). Üçüncü kişiye ait bir mal müflisin elinde ve bu nedenle şeklen masaya girmişse, bu malın gerçek sahibine verilmesi gerekir. İflas masası, o malı üçüncü kişiye vermezse (istihkak iddia eden eşe), üçüncü kişi iflas idaresine karşı istihkak davası açabilir (İİK. m. 228). İşte üçüncü kişinin iflas masasına dahil edilmiş bir malını masadan geri isteyebilmesi hakkına "masadan çıkarma hakkı" denir<sup>64</sup>. Burada istihkak iddia edilen mal, masanın elinde ise, masa mallarının defteri tutulur ve istihkak iddia edilen mal deftere yazılırken, bu durumu belirten şerh verilir. Bu iddiayı iflas idaresi inceler, iddiayı reddederse, üçüncü kişiye icra tetkik merciinde istihkak davası açması için yedi günlük süre verir. Sonuç olarak iflas idaresi üçüncü kişiler hakkında İİK. m. 228 hükmünü uygular<sup>65</sup>. Yedi günlük süre içinde üçüncü kişi dava açmazsa, iddiasından vazgeçmiş sayılır. Dava açar ve kazanırsa, iflas idaresi malı masadan çıkarır ve iddia sahibine verir. Davayı kaybederse, iflas idaresi malı satarak bedelini alacaklılar arasında paylaşır<sup>66</sup>.

Mal üçüncü kişinin elinde ise, bu halde mülkiyet karinesi üçüncü kişi lehindedir. Bu halde, iflas idaresi malı masaya alabilmek için normal bir istihkak davası açmalıdır ve bu dava süreye tabi değildir (İİK. m. 228/ I)<sup>67</sup>.

### b) Hacze İştirak

Kanun, hukuki veya fiili engellerden (imkansızlıklardan) dolayı<sup>68</sup> icra takibi yapamayan bazı alacaklıları korumak için, önceden bir icra takibi yapmaksı-

62 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 253.

63 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 253.

64 Kuru, B., İflas ve Konkordato Hukuku, Tıpkı Basım, İstanbul 1992. s. 173.

65 Ayrıntı için bkz. Kuru, s. 287 , Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 485 vd.

66 Ortan, s. 710 ; Kuru, s. 292- 293 , Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 485.

67 Açılan bu istihkak davası, görev,yetki ve yargılama usulü bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tabi bir hukuk davasıdır (Kuru, s. 294)

68 İİK.m. 101'deki ayrıcalığın konuluş nedenleri, hukuki ve fiili imkansızlıktır. Hukuki imkansızlığa eşler arasındaki cebri icra yasağı; fiili imkansızlığa ise velayet altında bulunan altı yaşındaki bir çocuğun velisine karşı takip yapamaması örnek olarak verilebilir (Yılmaz, E., Hacze Takipsiz Ka-



zın, bu kişilerin başka bir alacaklının koydurmuş olduğu hacze iştirak edebileceğini kabul etmiştir (İİK.m. 101). Buna "takipsiz (imtiyazlı) iştirak" denir<sup>69</sup>. İmtiyazlı iştirak hakkı (ayrıcalığı) bir üçüncü kişiye devredilemez. Bu nedenle bu hak (sahibi istemde bulunmadan ölmüşse) mirasçıları tarafından kullanılamaz ; ancak hak sahibi bu hakkını sağlığında kullanmışsa mirasçıları bu yolda takibe devam edebilir<sup>70</sup>.

## aa) Hacze İmtiyazlı İştirakin Şartları

### aaa) Maddi Hukuka İlişkin Şartlar

#### i) Evlilik İlişkisi

İİK. m. 101/1'e göre "Borçlunun eşi ve çocukları ve vasi veya kayyımı olduğu şahıslar evlenme, velayet veya vesayetten mütevellit alacaklar için önce icrası lazım gelen takip merasimine lüzum olmaksızın ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar aynı derecede hacze iştirak edebilirler. Şu kadar ki bu hak ancak haciz, vesayet,veya velayetin veya evliliğin devamı esnasında veya zevalini takip eden sene içinde yapıldığı takdirde istimal olunabilir. Bir dava veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz ..".

Bu hüküm uyarınca, aleyhine icra takibi yapılan borçlu ile hacze imtiyazlı iştirakte bulunan alacaklı arasında evlilik bağı bulunmalıdır. Ancak evlilik bağının sona ermesinden itibaren bir yıl içinde yapılırsa, yine aynı alacaklar için hacze imtiyazlı iştirak imkanı mevcuttur (İİK. m. 101 , f. 1, c. 2) Kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesindeki amacı, taraflar arasında hukuken geçerli bir evliliğin var olmasıdır<sup>71</sup>. Evliliğin mutlak ya da nisbi butlanla malül bulunması durumunda, hükmün kesinleşmesi anına kadar eşler arasında geçerli bir evliliğin verdiği hak ve imkanları sağladığından, karı-koca arasında hacze imtiyazlı iştirak ilişkisi söz konusu olmak gerekir<sup>72</sup>.

İİK. m. 101'e göre, eşler arasında hacze imtiyazlı iştirak, evliliğin devamı sırasında olduğu gibi, sona ermesini (zevalini) takip eden 1 yıl içinde de mümkün olabilecektir<sup>73</sup>.

tilma, AÜHFD. C. XXXI, 1974, S. 1- 4, s. 364- 365; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 240); ayrıca bkz. Üstündağ, İcra, s. 282.

69 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 240.

70 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 364; Uyar, T., Hacze İmtiyazlı İştirak (Takipsiz İştirak) (İİK.m. 101), AD. 1973, S. 8, s. 643; Orta, s. 711.

71 Önen, E., Hacze İmtiyazlı ( Takipsiz) İştirak, YD.1984 / 1-2, s.135; Üstündağ, icra. s. 282.

72 Önen, s. 135 ; Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 371. Batıl evlenme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, B., Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu, AÜHFD.,1969, S. 1-2. s. 195.

73 Uyar, İmtiyazlı İştirak s. 642 ; Önen, s. 135. Evliliğin ölümle sona ermesi halinde hacze imtiyazlı iştirak için kanunda öngörülen 1 yıllık süre ölüm gününden itibaren işlemeye başlar. Diğer hallerde-

## ii) Bir Alacağın Varlığı

Hacze imtiyazlı iştirak için, alacağın mevcut olması ve bu alacağın borçlar hukukuna ilişkin bir alacak olması gerekir. Eşya hukukundan doğan bir alacak nedeniyle hacze imtiyazlı iştirak söz konusu olmaz. Zira Medeni Kanun, mal ayrılığı rejiminde kadının mallarının idaresini kocaya bırakmış olması durumunda, koca aleyhine konulan hacizde veya kocanın iflası durumunda hiç bir imtiyaz iddiasında bulunamayacağını öngörmektedir (MK. m. 188)<sup>74</sup>. Öte yandan mal birliğinde, kadının kocanın mallarının haczi (kocanın iflası) halinde hacze (iflas masasına) iştirak ederek kendi şahsi mallarında veya değerlerinde meydana gelen noksanlıkların nakden yerine getirilmesini isteyebilir (MK. m. 206/ I). Yine mal ortaklığında, ortaklık malları üzerine haciz konulduğunda, kadının şahsi mallarının değerini isteyebileceği Medeni Kanun'da öngörülmüştür (MK. m. 220).

Hacze imtiyazlı iştirakin amacı, borçlunun yalnız ailevi bağlarla bağlı olduğu kişilerin çıkarlarının üçüncü kişiler karşısında korunması olduğundan, imtiyazlı iştirak sahibi alacaklıların alacaklarının muaccel olması şartının da aranması gerekir<sup>75</sup>.

## iii) Alacağın Evlilik İlişkisinden Doğması

İİK. m. 101, hacze imtiyazlı iştirake esas teşkil eden alacağın evlenme ilişkisinden doğan bir alacak olmasını zorunlu saymaktadır<sup>76</sup>. MK. m. 165 vd. hükümlerinde ise, karı- kocanın evlenmenin devamı müddetince kanunda sayılı belli haller dışında diğer tarafa karşı bulunamayacağı (MK. m. 165); şu kadar ki, karı kocadan biri aleyhine bir üçüncü kişi tarafından icra takibatına başlanmış olursa, diğeri kendi hakkından dolayı hacze veya iflas masasına iştirak edebileceği (MK. m. 166) hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, İİK. m. 101 ile MK. m.166 (eşlerden birinin diğer eşin mallarına konulan hacze - iflas masasına iştirak edebileceği) hükmü arasında paralellik mevcuttur. Zira, gerek Medeni Kanun'da ve gerek İcra ve İflas Kanunu'nda yaptığı bu sıkı düzenleme ile kanun koyucu MK. m. 165'deki cebri icra yasağı nedeniyle birbirinden olan alacakları için takip yapamayan eşlerin diğer eşin

---

(gaiplik, boşanma, butlan) sona erme durumunda ise, bir yıllık sürenin başlangıcı, mahkemenin verdiği gaiplik, boşanma, mutlak ya da nisbi butlan kararının kesinleşme tarihi olacaktır. Ayrılığa karar verilmesi halinde ise bir yıllık sürenin işlemesi söz konusu değildir. Bu durumda evlilik devam ettiğinden hacze imtiyazlı iştirak mümkün olacaktır (bkz. Önen, s. 135-135) ; kanun buradaki sürenin hesabına bir dava veya takibin devam ettiği sürenin dahil olamayacağını belirtmiştir (İİK. m. 101/I). Bununla kastedilen hacze iştirak için ileri sürülen alacağın tespiti konusunda yapılan talep veya davanın devam süresidir (bkz. Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 642 ; Üstündağ, İcra, s.282).

74 Önen, s. 139.

75 Önen, s. 140.

76 Kanun açıkça "evlilikten mütevellit alacaklar" dediği için, eşler arasında nişanlılık döneminden kalma bir alacak hacze imtiyazlı iştirak hakkı vermez (Önen, s. 140).

malları üzerine onun alacaklarınca koydurulan haciz (ya da diğer eşin iflası) sonunda zarara uğramalarını kesin olarak önlemiş bulunmaktadır<sup>77</sup>.

Buna karşılık, hacze imtiyazlı iştirake esas olan alacağın kaynağı yönünden, Medeni Kanun ile İcra ve İflas Kanunu arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. O halde, evlenmeden doğan alacaklar için hacze iştiraktan söz eden İİK. m.101 mi , yoksa herhangi bir sınırlama yapmaksızın bütün alacaklar için hacze iştiraktan söz eden MK. m. 166 hükmü mü daha yerindedir? Bir görüşe göre<sup>78</sup>, evlenme sözleşmesinden yahut kanunun evlenmeye ilişkin hükümlerinden doğmamış alacaklar için imtiyazlı iştirak kabul edilmemelidir. Ayrıca bu görüşü savunanlar, eşlerin nafaka, boşanma halinde lehe hükmedilen tazminat alacağı için imtiyazlı iştiraki kabul etmekle beraber, mal ayrılığı rejiminde, karı malların idaresi için kocaya yetki verdiği durumlarda, bu idareden doğan alacaklar için imtiyazlı iştiraki kabul etmemektedir<sup>79</sup>. Diğer bir görüşe göre<sup>80</sup>, eşler arasındaki sözleşmeden veya haksız fiilden doğan alacaklar evlenmeden mütevellit alacaklar sayılır. Eşler arasında sözleşmeden veya haksız fiilden doğan alacaklar için hacze imtiyazlı iştirak kabul edilemez. Üçüncü bir görüşe göre ise<sup>81</sup>, eşin hacze iştirak edebilmesi için mutlaka alacağın evlenmeden doğmuş olması şartı aranmamalıdır. Çünkü, İİK. m. 101'deki ifadeye üstünlük tanınır da evlenmeden doğmayan alacaklar bakımından eşe hacze iştirak hakkını verilmezse, eş bundan zarar görür. Zira, alacağımı cebri icra yasağı yüzünden (evlilik devam ettiği sürece) hiç bir şekilde alamayacak demektir. Öğreti ve uygulama bakımından, baskın ve yaygın olan görüş, üçüncü görüştür. Kanımızca, evlilik ilişkisinden doğup doğmadığına bakmaksızın bütün alacaklar için imtiyazlı iştiraki kabul eden bu görüş daha tutarlıdır. Zira aile ilişkisi, kamu düzeni ve ahlakı koruma amacı ile konulan cebri icra yasağını, eşler arasında evlenmeden doğsun doğmasın her türlü alacak için uygulamak, kanaatimizce daha uygundur.

### bbb) Takip Hukukuna İlişkin Şartlar

#### i) Bir Haczin Varlığı

İmtiyazlı iştirak sahibi alacaklının, bu hakkını kullanabilmesi için, diğer alacaklının borçlunun malları üzerine haciz koydurmuş olması gerekir. Bir başka

<sup>77</sup> Önen, s. 141; Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 369-370.

<sup>78</sup> Belgesay, M. R., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 199.

<sup>79</sup> Belgesay, İİK Şerhi. s.199. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Ortan, s. 712.

<sup>80</sup> Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 641.

<sup>81</sup> Yılmaz, E./ Arslan, R, İcra ve İflas Hukuku Pratik Çalışmaları, B. 2, Ankara 1990, s. 31; Önen, s.142 ; Ortan, s. 712 ; Federal Mahkeme de bu görüştedir ( BGE 42 III ; BGE 61 III 80; BGE 61 III 87; nakleden, Yılmaz/ Arslan, 31. dn.17); ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 241; aynı görüş, Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 369-370; Egger, s. 361).

deyişle, hacze imtiyazlı iştirak kurumunu, ilk haciz harekete geçirmektedir<sup>82</sup>. İmtiyazlı iştirakte borçlunun diğer bir alacaklısının koydurmuş olduğu ilk haciz yoksa, iştirak haczinin yapılabilmesine de imkan yoktur. Çünkü iştirak haczi daha önce başlatılmış bir icra takibine dayanmamaktadır. Burada, bağımsız varlığa sahip bir haciz yoktur. Bunun sonucu olarak da eğer ilki konulmamışsa, hacze imtiyazlı iştirak söz konusu olmaz ya da ilk haciz herhangi bir nedenle kalkarsa, imtiyazlı iştirak de devamlılığını yitirir<sup>83</sup>.

## ii) Kanundaki Sürelere Uyulması

İİK. m. 101/ I'e göre, hacze imtiyazlı iştirak hakkı, ancak haczin evliliğin devam ettiği sürece veya evlilik ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde mümkün olabilecektir. Bu süre, kesintisiz olarak hesaplanması gereken bir süre olup, bir dava veya takibin devam ettiği süre burada dikkate alınmaz<sup>84</sup>.

Hacze imtiyazlı iştirak için kanunda öngörülen diğer bir süre ise, hacze iştirak işleminin yapılmasına yönelik bir süredir. İİK. m. 101/I gereğince, imtiyazlı iştirak hakkına sahip olan kişi, önce icrası lazım gelen takip merasimine lüzum olmaksızın ilk haciz üzerine satılan malın tutarı icra veznesine girinceye kadar bu hakkını kullanabilecektir<sup>85</sup>. Kanun, bu maddede, süreye uyulması şartıyla hacze "aynı derecede" iştirakin mümkün olabileceğini belirtmektedir. Şu halde, süreye uymamış olan kişi, hacze katılamayacağı için alacağına kavuşamayacak, bu hakkını daha sonra başka bir derece içinde konulan başka bir hacze iştirak etmek suretiyle kullanabilecektir. "Aynı derecede" sözcüğünün anlamı budur<sup>86</sup>.

82 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 366 ; Önen, s. 144. İmtiyazlı iştirakte buna yetkili olan kişilerin (örneğin borçlunun eşi) bir takip talebinde bulunup takibin kesinleşmesini ve sonuçta kendilerine haciz isteme yetkisinin (İİK. m. 78 /I) gelmesini beklemelerine gerek yoktur (bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 241).

83 Önen, s. 145.

84 Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 642 ; öğretilde Önen, bu süreye "hacze iştirak imkanını hazırlayan süre" demektedir (bkz. Önen, s. 145) ; bir yıllık süre ile ilgili tartışmalar için bkz. yukarıda, dn. 73.

85 Önen, s. 146. Bu süreye "hacze imtiyazlı iştirak talebinin yapılması için kabul edilmiş süre (Önen, s. 146) denilebileceği gibi, "hacze katılma isteminin süresi ( süreye ilişkin ikinci şart) de denilebilir (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 383).

86 Önen, s. 1-16. Öğretilde Yılmaz, bu sürenin hacizli malın paraya çevrilmesine kadar olması, bunun bir kanun değişikliği ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'a uydurulması ve bunun her iki tür hacze katılma türü için de olması gerektiğini belirtmiştir (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 384, dn. 59).

## bb) Hacze İmtiyazlı İştirak Prosedürü

İmtiyazlı iştirak de adi iştirakte olduğu gibi, ilk haczin dayanağı olan takibin yapıldığı icra dairesinden istenir<sup>87</sup>. İcra dairesi, hacze imtiyazlı iştirak taleplerini borçluya ve alacaklılara bildirir (karş. İİK. m. 104/ III) ve onlara bu taleplere itiraz edebilmeleri için yedi günlük bir süre verir. Bu süre içinde üç nedene dayanarak itiraz mümkündür<sup>88</sup>. 1. Alacağın niteliğine itiraz ( Alacağın İİK. m. 101'deki evlilik ilişkisinden doğmadığına ...vs.), 2. Alacağın tutarına itiraz, 3. İştirak talebinin kanuni süreden sonra yapılmış olduğuna itiraz.

Borçlu veya alacaklılardan biri, bu süre içinde imtiyazlı iştirak talebine itiraz ederse, imtiyazlı iştirak talebinde bulunan kişinin hacze iştiraki geçici olarak kabul edilir ve kendisine yedi gün içinde dava açması gerektiği bildirilir. İmtiyazlı iştirak talebinde bulunan, verilen bu süre içinde mahkemede dava açmazsa, hacze iştirak hakkı ve bununla geçici haciz düşer. Mahkemede açılan davaya basit yargılama usulüne (HUMK. m. 507- 511 ) göre bakılır (İİK. m. 101/ II)<sup>89</sup>. Bu anılan usul, bir nafaka ilamına dayanarak imtiyazlı iştirak talebinde bulunan alacaklıya uygulanmaz. Çünkü, onun alacağı esasen mahkeme kararı ile tespit edilmiş durumdadır<sup>90</sup>.

## b) İflas Masasına İştirak

İflas, hukuki niteliği bakımından, genel bir tasfiyedir. Bu nedenle, eşin bundan hariç tutulması mümkün değildir. Böylelikle, karı veya kocanın alacaklı olduğu hallerde iflas masasından mallarını çıkartabilme veya alacakları için masaya iştirak edebilme imkanına sahip olabileceklerdir<sup>91</sup>. MK. m. 166 gereğince hacze ya da iflas masasına katılan eşin esas itibarıyla imtiyaz hakkı yoktur; yani o, diğer adi alacaklılarla aynı sıra ve derecededir. İİK. m. 206, iflas masasına giren malların satış tutarının alacaklılara dağıtılmasında 6 sıra gözetmiş, karı, koca ve çocuk nafakaları birinci sırada imtiyazlı alacaklar olarak yer almıştır<sup>92</sup>.

Burada MK m.206 ve 207 ile MK m. 220 hükümleri de dikkate alınmalıdır. Gerçekten MK m.206/1'e göre, kocanın iflası veya mallarının haczi halinde

87 Üstündağ, İcra, s. 283; Önen, s. 147; Orta, s. 713; iştirak talebinin şekli hakkında kanun özel bir şekil öngörmemiştir. Bu nedenle yazılı veya sözlü şekil mümkündür (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 386).

88 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 387 .

89 Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982. s. 442; Üstündağ, İcra, s. 297-298; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 242. Hacze imtiyazlı iştirak prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 385 vd.; Önen, s. 147 vd.; Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 643 vd; Orta, s. 714-715; konuyla ilgili örnek olay çözümü için bkz. Yılmaz/ Arslan, s. 27-31.

90 Postacıoğlu, s. 442; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 242.

91 Egger, s. 364-365; Orta, s. 715.

92 Egger, s. 365; Orta, s. 715.

karı, iflas masasına veya hacze katılarak, kendi şahsi mallarında veya bunların kıymetinde vuku bulan ve kocanın sorumluluğunu gerektiren zarar ve noksanların ödenmesini isteyebilir. Bu takdirde ise kocanın karısındaki alacakları karının alacağından indirilecektir (MK m.206/ I, c. 2). Karının şahsi mallarında aynı bir hakkı (mülkiyet hakkı) olduğundan, karının şahsi mallarından aynen mevcut olanları malik sıfatıyla geri alma hakkı vardır (MK m.206/ II). İşte kadının aynen elde edebildiği mallar bütün şahsi mallarının yarısından az olduğu takdirde, bu eksik kalan malların değeri miktarındaki alacak imtiyazlıdır (MK m.207/I).

Kadının şahsi mallarının yarısı kadar olan kısmı için kabul edilen alacak imtiyazı İİK m. 206'daki sıranın dördüncüsünde yer alır<sup>93</sup>. Kadın bu imtiyazı başkasına devredemez ve bazı alacaklılar lehine olmak üzere imtiyazından feragat edemez (MK m.207/II).

Mal ortaklığı rejiminde, yine kocanın iflasına hükmolunur veya üçüncü kişiler ortaklık mallarına haciz koyarsa, kadın ortaklığa koyduğu malların parayla ifade edilen tutarını isteyebilir (MK m.220/I). Kadının bu alacağının yarısı imtiyazlıdır (MK m.220/II) ve bu imtiyaz, İİK m. 206'da dördüncü sırada yer verilmiştir. Bu imtiyazın başkasına devri ve imtiyazdan bazı alacaklılar lehine feragat, batıldır (MK m.220/III).

## 2. Alacaklı Eş Aleyhine Üçüncü Kişilerin İcra Takibinde Bulunması

MK m.167'ye göre: "*Karı veya kocadan biri haciz suretiyle takibata düşer olup da malları borcunu ifaya kafi gelmediği takdirde, diğerindeki alacakları muacceliyet kesbeder ve haczedilebilir. Karı kocadan birinin iflası halinde diğerindeki alacakları iflas masasına dahil olur*".

Bu hükümle, üçüncü kişiler (haczi veya iflası isteyen alacaklılar) korunmaktadır. Gerçekten, üçüncü kişi eşlerden birinden olan alacağını tam olarak tahsil edemediği takdirde mağdur olmak tehlikesi ile karşılaşacaktır. Oysa kanun mağduriyetine meydan vermemek için üçüncü kişiye, borçlu eşin diğer eşten olan alacaklarını da takip etmek imkanı vermiştir<sup>94</sup>. Ancak bu istisnai hükümden yararlanabilmek için üçüncü kişilerin alacakların aleyhine takibatta buldukları eşin mallarından alamamış veya tamamlayamamış olmaları, yani onun mallarının borcu ifaya yetmemiş olması şarttır. Bu ön şart gerçekleşmedikçe karı veya kocanın diğer eşteki alacaklarına üçüncü kişiler başvuramazlar<sup>95</sup>. Buradaki alacak

<sup>93</sup> Nitekim İİK. m. 206'da "dördüncü sıra" başlığında" müflisin karısının mal birliği veya ortaklığında ki mevcut olmayan şahsi mallarından dolayı alacağının nısıfı (yarısı)" ibaresi yer almaktadır.

<sup>94</sup> Akıntürk, s.137; Fevzioglu, s. 185; Velidedeoğlu, s.112; Köprülü/ Kaneti, s. 136.

<sup>95</sup> Fevzioglu, s. 185. Takipte bulunan alacaklıların haklarını elde edememiş olmaları şarttır. Bu nedenle haciz (İİK. m. 78) ve paraya çevirme (İİK. m. 106) işlemleri yapılmış ve İİK. m. 138-142 gereğince paylaştıranın tamamlanmış olması gerekir. Bütün bunlar sonucunda alacaklıların haklarını kısmen

kavramına, sadece evlilik ilişkisinden doğan nafaka, yardım vs. gibi alacaklar değil, diğerleri de, örneğin sözleşmeden doğan alacaklar ve haksız veya sebepsiz mal iktisabından doğanlar da dahil olur<sup>96</sup>. Ayrıca muaccel olan olmayan bütün alacaklar da buraya girer (MK. m. 167).

Gerçekte, MK. m. 167 hükmünün cebri icra yasağına bir istisna teşkil etmediğini ileri süren *Ortan*, şunları belirtmektedir<sup>97</sup>: "... gerçekte MK. m. 167, cebri icra yasağına bir istisna değildir. Karı kocadan her birinin şahsi alacaklarının yararını, onların müşterek yararlarının üstünde tutulması gerektiğinden, kanun borcunu ödemeye yeter malı bulunmayan eşin alacaklısına, onun alacağını haciz ettirmek yetkisini vermiştir. Bu yola eşlerin birbiri ile anlaşarak alacaklıların zarara sokma ihtimali önlenmiş olacaktır." Ayrıca belirtilmelidir ki, MK. m. 167/ I, haciz yolu ile yapılan takibe ilişkindir. Fakat bu yolda yapılan takip semeresiz kaldığı takdirde şahsi takibata yol açan rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibi kapsamaz<sup>98</sup>. Yine MK. m. 167/ II'ye göre "karı kocadan birinin iflası halinde diğerindeki alacakları iflas masasına dahil olur".

### 3. Nafaka Alacağının Elde Edilmesi

Eşlerden biri, hakimın karar verdiği nafakayı diğerine ödememezse, bu para için cebri icraya başvurabilir (MK. m. 168/ II). Kanunun bu hükmünün amacı ; nafakanın diğer eşin geçimi, yani hayatını sürdürmesi için hükmedilmesidir. Bu nedenle nafakanın anında ödenmesi gerekir. Nafaka alacaklısının (eşin), nafakayı alabilmek için evliliğin sonuna kadar beklemesi düşünülemez<sup>99</sup>. Onun için eşler birbirlerine karşı nafaka alacağı için cebri icra yoluyla takipte bulunabilirler. Nitekim Yargıtay da bir çok kararında<sup>100</sup>, MK. m. 168'de öngörülen durumlarda "nafaka alacakları" bakımından eşler arasında cebri icra yapılabileceğini belirtmektedir.

---

veya tamamen alamamış olmaları gerekir. Bu durumda borçlu eş hakkında haciz kararı verilerek aciz belgesi düzenlenemeyecektir (*Ortan*, s. 717-718)

<sup>96</sup> Öztan, Aile, s. 133.

<sup>97</sup> *Ortan*, s. 717.

<sup>98</sup> Egger, s. 365- 366; *Ortan*, s. 717.

<sup>99</sup> Zevkliler, s. 801; Akıntürk, s. 137; 12. HD. 25. 4. 1983.2053/ 3177 : "Takip nafaka alacağına dayanmaktadır. Medeni Kanun'un 168. maddesine göre nafaka alacağına dayanan takip isteği karı koca arasındaki cebri icra yasağı dışında kaldığı halde, anılan kanunun 165. maddesinden bahisle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir..." (Uyar, Şikayet, s. 165).

<sup>100</sup> 12. HD. 1988, 5916/ 98 (Uyar, Şikayet, s. 164) 12. HD. 2 3. 12. 1986, 4185/ 15034 : "... MK.'nun 168. maddesi hükmüne dayanılarak, eşlerin yekdiğeri hakkında icra takibinde bulunabilecekleri düşünülmeksizin, yazılı şekilde eşler arasında cebri icra yasağı bulunduğundan bahisle davacı isteğinin kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsiz temyiz isteği bu nedenle yerinde bulunduğundan..." (Uyar, Şikayet, s. 164); ayrıca bkz.12. HD. 17.2.1986. 8107/ 1702 (Uyar, Şikayet, s. 165)

MK. m.168/ II kapsamına, sadece bakım nafakası olarak hakimin hükmettiği nafaka girer. Nafakanın cebri icra yolu ile istenebilmesi için . hakim kararına dayanması şarttır. Taraflar arasında kararlaştırılan nafaka, hakim tarafından onaylanmadıkça, bu maddenin kapsamı dışında kalır<sup>101</sup>. MK. m. 168/ II kapsamına bu anlamda, boşanma davası nedeniyle hükümlenen yoksulluk nafakası (MK. m. 144), boşanma veya ayrılık davaları döneminde geçici tedbir olarak ön görülen tedbir nafakası (MK. m. 137; MK. m. 162/III) ve velayet kendine bırakılmamış olan ana veya babanın, çocuğunu bakım ve eğitim giderlerine iştirak ettirmesine ilişkin iştirak nafakası (MK. m. 148/ II) girecektir. Öğretide, madde kapsamına sadece nafakaların değil, bir defaya mahsus olmak üzere yapılan edalar, fevkalade olarak yapılan yardımlar ve mobilyaların verilmesinin de girmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>102</sup>. Ayrıca belirtelim ki, nafaka ilamlarının icrası mümkün olduğundan, burada zamanasını da işleyecektir<sup>103</sup>.

#### 4. Mal Ayrılığına Geçişin Gerçekleşmesi (Tenfizi)

##### a) Genel Olarak

Hukukumuzda mal ayrılığı, mal ortaklığı ve mal birliği olmak üzere üç ana mal rejimi vardır<sup>104</sup>. Kanuni mal rejimi mal ayrılığıdır (MK. m. 170). Eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi (evlenme mukavelesi) ile, bu üç mal rejiminden birini benimseyebilirler (MK. m. 170,171). İşte eşler aralarında "mal ortaklığı" ya da "mal birliği" esasını kabul etmişlerse, bu esas bazı durumlarda kanun gereği (MK. m. 174), bazı durumlarda da hakimin kararı ile (MK. m. 175) mal ayrılığına dönüşür. Bu dönüşme nedeniyle karı koca mallarının tasfiyesi, bu arada birbirine karşı alacağının da tahsili gerekir. İşte bu nedenle kanun, mal ayrılığına dönüşümde karı koca arasında cebri icraya izin vermiştir (MK. m. 168)<sup>105</sup>. Mal ayrılığına dönüşmenin gerçekleşmesi (tenfizi), yani eşlerin kendi

<sup>101</sup> Öztan, Aile, s. 133; Velidedeoğlu, s. 112. Hukukumuzda nafaka, bakım ve yardım nafakaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bakım nafakaları; tedbir nafakası, ana - babadan istenecek bakım nafakası, iştirak nafakası ve yoksulluk nafakasıdır. Yardım nafakası ise MK. m. 315-316'da düzenlenmiştir. Bkz. Bozovaı, H., Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, s. 5-6.

<sup>102</sup> Egger, s. 367; ayrıca bkz. İİD. 2.7. 1963. 8058/ 8033 (Tekinay, s. 296, dn. 11)

<sup>103</sup> Bkz. İİD. 20.3.19□2. 5038/ 983 (Olgaç, s. 152).

<sup>104</sup> İsviçre'de 1 Ocak 1988,de yürürlüğe giren Yasayla, artık olağan mal rejimi - mal birliği değil, "kazanılmış (edinilmiş) mallara katılma" olmuştur. Olağanüstü mal rejimi ise, "mal ayrılığı"dır. İsviçre'deki bu yeni düzenleme için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 447.

<sup>105</sup> Zevkliler, 801-802: 12. HD. 1. 4 .1988. 5916/1098 : "Kanuni ve kazai mal ayrılığının tenfzine mütedair ilamların, evlenmenin devamı müddetince, infazının istenebileceği düşünülmeden MK.'nun 168.maddesi nazara alınmadan itirazın kabulü isabetsiz, temyiz itirazı yerinde görülmele merci kararının İİK. m. 366 ve HUMK'nun 428 . maddeleri uyarınca bozulmasına..." (Uyar, Şikayet, s.164)



mallarının ve haklarının kendilerine geri verilmesi bir hesap işidir. Hesap sonunda eşlerden birinin diğerinden alacaklı çıkması mümkün ve muhtemeldir<sup>106</sup>.

Eğer, MK. m. 166'daki "cebrî icra yasağı" kuralına bu ihtimalde de bağlı kalınsaydı, mal ayrılığının tenfizi fiilen yapılamayacaktı. Çünkü evlilik bağı devam ettiği sürece alacaklı eş, borçlu eşten bu alacağını tahsil imkanına kavuşamayacaktı. MK. m. 168'deki istisna işte bu imkansızlığı önlemekte ve diğer mal rejim usullerinden kanuni veya kazai mal ayrılığı usulüne geçişte, eşlerin birbiri aleyhine her zaman icraya başvurabileceğini kabul etmektedir<sup>107</sup>.

## **b) Sözleşmeye Dayanan Mal Rejiminin Kanuni Mal Rejimine Dönüşmesi**

### **aa) Kanun Gereği Mal Rejimine Dönüşme**

Karı - koca, mal birliği ya da mal ortaklığı rejimini kabul etseler bile, birinin iflası iflas eden ya da diğer eşen alacaklıları mevcut mal rejimi yüzünden zarara uğrarlarsa, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı, kendiliğinden (kanun gereği) mal ayrılığına dönüşür (MK. m. 174).

### **bb) Hakim Kararı ile Kanuni Mal Rejimine Dönüşme**

MK. m. 175-177'de belirtilen nedenlerin varlığı durumunda, var olan nedenin çeşidine göre kadına, kocaya ve eşlerin alacaklılarına, geçerli olan mal birliği ya da mal ortaklığının mal ayrılığına dönüşmesini isteme yetkisi tanınmıştır. Bu dönüşmenin olması için, dönüşme konusunda hakimin karar vermesi gerekmektedir<sup>108</sup>.

MK. m. 175'e göre, aşağıdaki durumlarda karı, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini (mal ayrılığına hükmolunmasını) hakimden isteyebilir :

- a. Koca, karısının ve çocuklarının bakım ve geçimini ihmal ederse,
- b. Koca, karısının şahsi malları için istediği teminatı vermezse,
- c. Kocanın veya mal ortaklığı usulünde ortaklığın borç ödemekten aciz olduğu belli olursa.

<sup>106</sup> Feyzioğlu, s.185; Öztan, Aile, s. 133.

<sup>107</sup> Feyzioğlu, s. 185; Öztan, Aile, s.133. Dikkat edilmelidir ki, MK. m.168'deki istisna, eşler arasında kanuni rejim olarak evlilik birliğinin doğumuyla işleyen mal ayrılığı usulünde kullanılamaz. Bu imkan sadece, diğer mal rejimlerinden (kanuni ve kazai yoldan) tekrar mal ayrılığına dönüşmede ve bu dönüşün gerçekleştirilmesi aşamasında uygulanabilir (Feyzioğlu, s. 185); ayrıca bkz. 2. HD. 11.6. 1962, 3766/ 3451 (Feyzioğlu, s.185, dn. 140) ; 12. HD. 6. 3.1990, 1510/ 2950 (Uyar, Şikayet, s. 161).

<sup>108</sup> Zevkliler, s. 807.

MK. m. 176'ya göre, aşağıdaki durumlarda da koca, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini hakimden isteyebilir :

- a. Karının, borcunu ödemekten aczi sabit olursa,
- b. Mal ortaklığı ya da birliğinde, ortaklığa ya da birliğe giren mallar üzerinde kocanın, ancak karının izni ile yapabileceği işlemlere geçerli bir neden olmaksızın karı izin vermezse,
- c. Karı, şahsi malları için kocadan teminat isterse.

MK. m. 177'ye göre ise, karı kocadan birinin alacaklıları, borçlu eşe karşı haciz yoluyla icra takibinde bulunurlar ve karı koca arasında geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı nedeniyle bazı mallara el atılamaması yüzünden alacaklılar zarara uğrarlarsa, zarar gören alacaklıların istemi ile, geçerli olan mal rejimi, hakim kararıyla mal ayrılığına dönüştürülür.

### IV. CEBRİ İCRA YASAĞININ HÜKÜMLERİ

#### A. Genel Olarak

Eşler arasında cebri icra yasağının (MK.m. 165/I) evlenmenin devamı müddetince geçerli olduğu belirtilmişti. Bu yasağın geçerlilik süresi, ayrılık, batıl evlenme ve boşanma hallerinde çeşitli özellikler gösterir. Ayrıca bu yasağın hükümleri açısından, cebri icra yasağının uygulanması da önemli bir konudur. Aşağıda gerek yasağın geçerlilik süresine, gerekse yasağın nasıl uygulandığına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

#### B. Cebri İcra Yasağının Geçerlilik Süresi

##### 1. Genel Olarak

Cebri icra yasağı, evlenmenin devamı müddetince geçerli olduğuna göre (MK. m. 165/I) evliliğin sona erdiği halleri belirtmek gerekir. Evlilik, eşlerden birinin ölümü, evliliğin iptali ve boşanmaya karar verilmesiyle sona erer<sup>109</sup>. Ancak sadece mahkemece gaiplik kararının alınması ile evlilik sona ermez. Eğer eş, evliliğin feshi davası açmışsa<sup>110</sup> evlilik bağı sona erebilir<sup>111</sup>.

##### 2. Eşler Arasında Ayrılığa Hükmedilmesi Halinde

Ayrılık, boşanma gibi evliliği sona erdirmez. Zira ayrılık, eşler arasındaki ortak yaşama ara verilmesi, eşlerin belli süre ayrı konutlarda yaşamalarıdır. Ay-

<sup>09</sup> Evliliğin sona ermesi halleri için bkz. Zevkliler, s. 82 vd ; ayrıca bkz. Önen, s. 135-136.

<sup>10</sup> Evliliğin feshi davası, gaiplik davası ile birlikte açılabilir. Bu halde boşanma hakkındaki usul burada da uygulanır (MK. m. 94/III). Ayrıntı için bkz. Zevkliler, s. 865 vd.

<sup>11</sup> Ortan, s. 699; Zevkliler, s. 866.

rılık durumunda evlilik birliği sona ermez, ama evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden olan. birlikte yaşama ödevi geçici olarak askıya alınır<sup>112</sup>.

Eşler arasında MK.m.139 gereğince ayrılığa hükmedilmesi<sup>113</sup> veya MK. m. 162 gereğince, eşlerin müşterek hayatın devamı yüzünden eşlerden birinin sıhhati, şöhreti veya işinin ciddi surette tehlikeye düşmesi nedeniyle ayrı meskenlerde ikamet etmeleri halinde dahi, eşler arasında cebri icra yasağı geçerli olacaktır.

### 3. Batıl Evlenme Halinde

Evlenme, mutlak bir butlanla malül olsa bile<sup>114</sup>, hakimın kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir (MK. m. 124/II). Hakim tarafından butlan kararı verilinceye kadar<sup>115</sup>, eşler arasında cebri icra yasağı yine mevcut olacaktır. Cebri icra yasağını düzenleyen MK.m. 165 vd. hükümleri, eşlerin iyiniyetli veya kötünüyetli olmaları konusunda bir ayırım yapmamıştır. Yani, eşler mutlak butlan sebeplerini içeren bir evlilikte, ister iyiniyetli ister kötünüyetli olsun, cebri icraya başvurmazlar<sup>116</sup>.

Ayrıca evlilik nisbi butlanla (iptal edilebilirlik ) geçersiz olsa bile, mutlaka hakim kararı ile iptal ettirilerek ortadan kaldırılır. O halde, gerek mutlak butlan, gerekse nisbi butlanda, evlilik kaldırılıncaya kadar, geçerli bir evliliğin doğurduğu sonuçlar doğar<sup>117</sup>.

Sonuç olarak nisbi butlanla geçersiz olan evlilik halinde de cebri icra yasağı devam edecektir.

### 4. Boşanma Halinde

Boşanma davası sırasında ve boşanma hükmü kesinleşinceye kadar, eşler arasında cebri icra yasağı yine söz konusudur. Hatta tashihi karar aşamasında

<sup>112</sup> Zevkliler, s. 904.

<sup>113</sup> Ayrılık süresi bir yıldan üç yıla kadar olmak üzere belirlenir (MK. m. 139). Süre, bir yıldan az, üç yıldan çok olamaz. Sürenin ne kadar olacağını, olayın özelliklerine göre hakim belirler (Zevkliler, s. 904-905).

<sup>114</sup> Evlilikte mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) halleri sınırlı sayıdadır. MK. m. 112'de bu nedenler: a) Mevcut evlilik, b)Yasak derecede hısımlık c)Akıl hastalığı ve sürekli olarak temyiz kudretinden yoksunluktur. Evlilikteki nisbi butlan (iptal edilebilirlik) halleri ise, a) Temyiz kudretinden geçici yoksunluk, b) İrade bozukluğu halleri (hata, hile, ikrah.) c) Kanuni temsilcinin izninin bulunmamasıdır (bkz. Zevkliler, 837-851).

<sup>115</sup> MK. m. 124/ I: "Evlenmenin butlanı ancak hakimın kararı ile hüküm ifade eder." Evlilik halinde, butlan kararının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, butlan kararı bildirici, diğer görüşe göre ise yapıcı niteliğe sahiptir. Tartışmalar için bkz. Öztan, Batıl Evlenmeler, s. 194 vd.

<sup>116</sup> Öztan, Batıl Evlenmeler, s. 209; Ortan, s. 699.

<sup>117</sup> Zevkliler, s. 852.

dahi, yasak geçerliliğini korur<sup>118</sup>. HUMK. m. 442 ve 443 gereğince temyiz ve tashihi karar (karar düzeltme) talepleri icrayı geri bırakmaz<sup>119</sup>. Buna karşılık, gayrimenkule ve diğer aynı haklara ve aile ve şahsın hukukuna (boşanma, nesep, hacir gibi) ilişkin hükümler, kesinleşmedikçe icra edilemezler. Bu nedenle, bu hükümlerin temyiz edilmesi icrayı kendiliğinden durdurur<sup>120</sup>. Sonuç olarak ise, eşler arasındaki cebri icra yasağı da bu aşamada hükmünü icra edebilecektir.

### C. Cebri İcra Yasağının Uygulanması

Eşler arasında cebri icra yasağı, takip şekillerinden hepsi için, yani gerek haciz ve gerekse iflas yolu ile yapılan takip şekillerinde geçerlidir<sup>121</sup>.

Cebri icra yasağı bulunan durumlarda, alacaklı eş, borçlu eş hakkında "takip talebinde" bulunabilecek midir? Yoksa cebri icra yasağı, borçlu eş hakkında takibin açılmasına ve kesinleşmesine engel olmayıp, sadece haciz, tahliye gibi işlemlere gidilmesine mi engeldir? Bu konu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>122</sup>, cebri icra yasağı olan durumlarda takibin ilk aşaması olan ödeme emrinin (ya da icra emrinin) tebliği yasaktır. İkinci bir görüşe göre<sup>123</sup>, borçlu eş hakkında icra takibini kesinleştirmek mümkündür. Yani bu görüş gereğince cebri icra yasağı bulunan hallerde, alacaklı eş, borçlu eş hakkında takip talebinde bulunabilecek, hatta bu takibi kesinleştirebilecektir. Cebri icra yasağı, takibin kesinleşmesine engel değildir. Üçüncü bir görüşe göre ise<sup>124</sup> cebri icra, takip talebi ile başladığından, cebri icra yasağının bulunduğu durumlarda, alacaklı eşin takip talebinde bulunmaması gerekir. Kanaatimizce, icra ve iflas hukuku tekniği açısından, üçüncü görüş daha yerindedir. Zira; madem ki, cebri icra takip talebi ile başlamaktadır, öyleyse alacaklı eşin takip talebinde dahi bulunamayacağını be-

118 Egger, s. 361; Ortan, s. 699.

119 Örneğin; konusu para veya menkul mal olan hükümlerde durum böyledir. Bu hallerde, teminat gösterilerek Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı almak suretiyle hükmün icrası durdurulabilir (HUMK. m. 443/I; İİK. m. 36). Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 460-461.

120 Bunun için teminat gösterilmesine ve Yargıtay'dan icranın geri bırakılması karar alınmasına gerek yoktur (Kuru/Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 461).

121 Ortan, s. 700.

122 Ortan, s. 700; Egger, s. 361.

123 Bu görüş Y. 2. HD.'nin görüşüdür. 2. HD. 24.12.1973, 7813/ 7434 : "MK.' nun 165. maddesinin sevk amaçlarından biri, eşler arasındaki uyumsuzluklarda delillerin kaybolmasını ve ispat güçlüğüne önlemektir. Bu bakımdan evlilik devam ederken dava açılması nasıl mümkün ise icra takibini kesinleştirmek de aynı şekilde caizdir..." (Uyar, Şikayet, s. 167); aynı görüş, Yazıcı, H./ Atasov, H., Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1979. s. 463. Nitekim, Yazıcı/ Atasov'a göre, cebri icra yasağı durumunda eş icra takibinde bulunabilmeli, ancak hakkın elde edilmesine ilişkin cebri icra safhasına gidilmemelidir. Bu yolda bir takibat, karı kocanın 3. kişileri kandırmaya yönelik muvazaalarını da imkan ölçüsünde önleyecektir (Yazıcı/ Atasov, s. 463).

124 Uyar, Şikayet, s. 62; ayrıca Y. 12. HD de aynı görüştedir. Bkz. 12. HD. 9.5.1983. 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s. 162-163).

lirtmek gerekir. Yargıtay da<sup>125</sup> bir olayda cebri icra yasağının sadece haciz işlemine ilişkin olmadığını, bir eşin diğeri hakkında takip açıp, ona ödeme emri göndermesine de engel olduğunu belirtmiştir.

Cebri icra yasağının aksine yapılan takip, batıl olduğundan, böyle bir takibe maruz kalan eş, butlanı itiraz yolu ile değil, şikayet yolu ile dermeyan edebilecektir.

Ayrıca belirtelim ki, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip (İİK.m. 145 vd.) ve bir teminat için takip de yasak kapsamına girecektir (bkz. MK.m. 201/II)<sup>126</sup>.

## V. CEBRİ İCRA YASAĞININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

### A. Genel Olarak

Eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını cebri yoluyla elde edemediklerine göre, alacaklarını üçüncü bir kişiye her hangi bir nedenle temlik (devir) etmeleri halinde acaba üçüncü kişi, borçlu eş aleyhine cebri icra takibinde bulunabilecek midir? Veya, bunun tam tersi bir ilişkide, alacaklı eş, borçlu durumda olan üçüncü kişiye karşı cebri icra yoluna başvurabilecek midir? Sorunlarıyla karşılaşabilmektedir. Aşağıda bu sorulara cevap verilmeye çalışılacaktır.

### B. Alacağın Devri

Eşlerden biri diğerinden olan alacağını üçüncü bir kişiye devrederse, cebri icra yasağının üçüncü kişi bakımından da etkili olup olmayacağı, yani, alacağı devralan üçüncü kişinin eşe karşı cebri icra takibinde bulunup bulunamayacağı, öğreti ve uygulamada farklı görüşlere neden olmuştur. Bazı yazarlar<sup>127</sup> alacağın devrine rağmen cebri icra yasağının devam edeceğini, yani alacağı devralan üçüncü kişinin de, borçlu eşe karşı icra takibi yapamayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu görüş taraftarları, gerekçe olarak BK.m.167 /1'i göstermektedirler. Gerçekten bu maddeye göre, borçlu alacağı temlik eden kimseye karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri, devralan kimseye de ileri sürebilir. Bu halde ise, borçlu eş MK. m. 165/ I'in kendisine sağladığı itirazı üçüncü kişiye karşı da kullanabilmelidir. Yargıtay da bu görüşü destekleyen bazı kararlar vermiştir<sup>128</sup>. Bazı yazarlar ise<sup>129</sup> Eşten

<sup>125</sup> Bkz. 12. HD. 9.5.1983, 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s.162-163).

<sup>126</sup> Egger, s. 360; Ortan, s. 701.

<sup>127</sup> Von Tuhr, A. (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1983, s. 864 : Belgesay. TMK Şerhi, s. 139.

<sup>128</sup> Bkz.12.HD. 18.11.1982, 8300/ 8478 (Uyar, Şikayet, s. 166) ; Yargıtay bazı kararlarında ise aksi görüşü benimsemiştir. Örneğin bkz. İİD. 1968, 248I 275 (Yazıcı/ Atasoy, s. 464)

<sup>129</sup> Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 183; Egger, s. 360; Uyar, Şikayet, s. 62; Ortan, s. 702; Öztan, Aile, s.131. Üstündağ, İcra, s. 82. Üstündağ'a göre, yasak kişisel karakterdedir. Bu nedenle alacağımı ü-

alacağı devralan üçüncü kişinin, borçlu eş hakkında cebri icraya başvurabileceğini yani devralan kişi için cebri icra yasağının uygulanmayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, MK.m. 165'deki yasak, sadece eşler arasındadır. Alacağın devri halinde, cebri icra hakkı üçüncü kişiye geçmiştir. Ayrıca MK. m. 165/ I'ın korumak istediği evlilik birliğinin korunması amacı da artık söz konusu olmaz. Zira, artık taraf üçüncü kişidir<sup>130</sup>. Yargıtay da bazı kararlarında bu görüşü desteklemektedir<sup>131</sup>. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi için söz konusu olmayacağı görüşündeki yazarlar bile, eşin alacağının, cebri icra yasağından kurtulmak amacıyla muvazaalı olarak devredilmiş olması halinde, bu yasağın üçüncü kişiler için de devam edeceğini kabul etmektedirler<sup>132</sup>. Kanaatimizce, cebri icra yasağı, sadece eşler arasında ve kişisel nitelikli bir yasak olduğu için, eşten alacağı temlik alan üçüncü kişinin, yasak ile karşılaşmadan diğer eşe karşı takibe yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, temlik cebri icra yasağından kurtulmak için yapılmışsa bu durumda kanuna karşı hileden söz edilebilecektir. Zira burada, hukuk düzeninin yasakladığı bir sonuca ulaşmak için yine hukuk düzeninin izin verdiği başka bir hukuki işlem (alacağın temliki) kullanılmaktadır. Kanuna karşı hilede amaç, hukuk düzeninin bir yasağını, yine hukuk düzeninin imkanlarını kullanarak bertaraf etmektir<sup>133</sup>.

### C. Üçüncü Kişinin Borç Altına Girmesi

Eşlerden birinin diğerine karşı olan borcundan dolayı üçüncü bir kişi sorumluluk (borç) altına girerse, alacaklı eşin üçüncü kişiye karşı cebri icra takibi yapabilmeye yapamayacağı da önemli bir sorundur. Üçüncü kişinin böyle bir sorumluluğu, kefaletten doğuyorsa, onun aleyhine cebri icra yoluna gidilemez. Çünkü, BK. m. 497'ye göre kefil, asıl borçluya ait tüm savunmaları yapabilir<sup>134</sup>.

Üçüncü kişi, borçlu eşle birlikte asıl borçlu sıfatını almış, yani onunla birlikte müteselsil borçlu olmuş (BK. m. 141 ), borçlu eşin tediyede bulunmaması halinde tazminat ödemeyi taahhüt etmiş (BK. m. 110) veya borçlu eşin borcunu

---

çüncü kişiye temlik eden eşin cüz'i halefi olan üçüncü kişi yasak ile karşılaşmadan takibe yetkilidir. Meğer ki temlik sırf yasağı bertaraf etmek için yapılmış olsun (Üstündağ, İcra, s. 82).

130 Değerlendirme için bkz. Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 183; Öztan, Aile, s.131. Ayrıca belirtilmelidir ki, alacağın üçüncü kişiye geçmesi halinde, BK. m. 132 / I, b.3'deki zamanaşımının durmasına ilişkin hüküm uygulanmaz. Bu nedenle alacağı devralan kişi yönünden zamanaşımının işlemesi fakat cebri icraya başvuru hakkının bulunmaması adil olamaz (Uyar, Şikayet, s. 62; Öztan, Aile, s. 131; ayrıca bkz. Orta, s. 702- 703 ).

131 Örnek olarak bkz. 12. HD.19.4.1979, 3473/ 3664 (Uyar, Şikayet, s. 166); İİD. 15.1.1968. 248/ 275 (Yazıcı/ Atasoy. 464).

132 Feyzioğlu, s.183; Tekinay, s. 295; Öztan, Aile, s.131 .

133 Kanuna karşı hile kavramı ile ilgili olarak bkz. Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler. B. 9, İstanbul 1993); Eren, s. 395; Ayan, s. 173.

134 Tekinay, s. 296; Orta, s. 703.

bizzat üstlenmişse (BK. m. 174), alacaklı eş, üçüncü kişiyi dahi cebri icra yolu ile takip edebilecektir<sup>135</sup>.

## VI. CEBRİ İCRA YASAĞINA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

### A. Medeni Kanun m.165 ile Borçlar Kanunu m. 132/ III Hükümünün Paralelliği

BK. m. 132, altı bent halinde zamanaşımının işlemeyeceği ve işlemeye başlamış olan zamanaşımının duracağı halleri belirtmiştir. Aynı maddenin son fıkrası ise, zamanaşımını tatil eden nedenlerin kalkmış olduğu günün sonundan itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağını veya durmadan önce başlamış olan sürenin devam edeceğini belirtmektedir.

BK. m. 132'nin bu çalışmayla ilgili olan bendi, üçüncü benttir. Nitekim 3. bende göre "*Nikah devam ettiği sürece karı kocadan birinin diğeri zimmetinde olan alacakları hakkında*" zamanaşımı işlemeyecek ve başlamışsa duracaktır<sup>136</sup>. Bu kural her üç mal rejiminde de yürür<sup>137</sup>. Bu kuralın konmasının nedeni ise, evlilik hayatındaki huzuru bozmamak ve alacaklı eş, alacağını korumak endişesiyle takipte bulunmaktan alıkoymaktır<sup>138</sup>. Bu açıdan bakıldığında, MK. m. 165'in BK'nun 132. maddesinin 3.bendi ile birlikte düşünülmesi gerekir. Evlilik birliğinin devamı süresince, eşlerin birbirlerindeki alacaklarını cebri icra yolu ile talep etmeleri yasaklanmış olduğundan, alacaklar hakkında zamanaşımının işlememesi gerekmiştir ki, bu düzenleme bizce de yerindedir<sup>139</sup>. Yargıtay, eski tarihli bir kararında<sup>140</sup> BK. m. 132/ b.3 hükmünün sadece para değil, ayın davalarında da uygulanması gerektiği görüşünü belirtmiştir.

BK.m. 132/ b. 3 hükmünün ayrılık halinde uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>141</sup>, ayrılık halinde zamanaşımının işlemesi

<sup>135</sup> Tekinay, s. 296; Ortan, s. 703; Öztan, Aile, s. 131. *Feyzioğlu'na* göre, borçlu eşin borcunun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi ihtimalinde alacaklı eş, üçüncü kişiye karşı cebri icra yoluna başvurabilir (Feyzioğlu, s. 183-184).

<sup>136</sup> Funk, F., (Çev. Hıfzı Veldet/ Cemal Hakkı Selek), Borçlar Kanunu Şerhi (I), Umumi Hükümler, İstanbul 1938, s. 201; Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 182; ayrıca bkz. İİD. 10.11. 1942, 3154/ 4146 (Olgaç, s 152); Von Tuhr, s. 38, dn. 24.

<sup>137</sup> Funk, s. 201; ayrıca bkz. 4. HD. 6.6.1944, 2438/ 1861 (Tepeci, K., Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, B. 3, Ankara 1959, s. 390). Karı koca mallarının idaresi için hangi rejim kabul edilirse edilsin, bu kural uygulanır (von Tuhr, s. 700).

<sup>138</sup> Y. HGK'nun 7.5.1947, 135/ 19 no'lu kararı için bkz. Tepeci, 390-392; ayrıca bkz. Tekinay, s. 295.

<sup>139</sup> Öztan, Aile, s. 129-130.

<sup>140</sup> Bkz. YHGK'nun 7.5.1947.135/ 19 no'lu kararı ( Tepeci, s. 391-392 ).

<sup>141</sup> Bu görüş ile ilgili olarak bkz. Ortan, s. 707 (Oser- Schönberger' den naklen)

gerekir. Bir başka görüşe göre ise<sup>142</sup>, ayrılık süresi içinde dahi, alacak hakkında BK. m. 132/ b. 3 hükmünü uygulamak, yani zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmek gerekir.

Batıl evlenme halinde ise, MK. m. 124 gereğince, evlilik batıl olsa bile bu konudaki hakim kararına kadar BK. m. 132/ b.3 hükmü uygulanacaktır<sup>143</sup>.

### B. Eşler Arasındaki Borçların Eksik Borç Niteliği

Eksik borçlar, hukuk düzeni tarafından geçerli borç olarak kabul edilmekle birlikte, talep unsurundan yoksun bulunan ve icra yoluyla takip edilemeyen veya sadece icra yoluyla takibi mümkün olmayan borçlardır<sup>144</sup>. Eksik borcu örneklerinden birisi de evliliğin devamı süresince eşlerin birbirlerine karşı olan ve aile görevleri dışında kalan borçlar (MK. m. 165)'dir<sup>145</sup>. Öğretide, eksik borçlar, eksikliğin niteliği, kaynağı ve derecesi bakımından gruplara ayrılmıştır. MK. m. 165/ I'deki borçlar ise; eksikliğin niteliği bakımından "geçici surette eksik borçlar"; eksikliğin kaynağı bakımından "kanun gereği eksik borçlar"; eksikliğin derecesi bakımından ise "dar anlamda eksik borçlar" grubuna girmektedir<sup>146</sup>. Eşler arasındaki alacakların eksik borç niteliği dava etmeye ve borçlu eş aleyhine mahkumiyet ilamı almaya engel değildir. Ancak cebri icra aşamasında borcun eksiklik niteliği ortaya çıkmaktadır<sup>147</sup>.

### C. Eşler Arasındaki Alacaklarda Takas Sorunu

Takip edilen karı veya koca, eşindeki alacağını eşine olan borcu ile takas edebilir. Aynı zamanda, eş takas hakkını haciz koymak isteyen alacaklıya karşı da ileri sürebilir<sup>148</sup>. Ancak öğretide takasın özel bir cebri icra yolu olduğunu kabul eden azınlık görüş dikkate alınırsa<sup>149</sup>, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için nasıl ki cebri icra yasak ise, takasın da yasak olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak hukukumuz bakımından takasın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

142 Ortan, s. 707 ve dn. 77'de anılan yazarlar.

143 Funk, s. 201, aynı yönde, Ortan, s. 707.

144 Eksik borç kavramı için bkz. Akyol, Ş., Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. İstanbul, 1995, s. 39 vd.; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B. 2, Ankara 1987, s. 91 vd.; Ayan, s. 74 vd.; Ataay, s. 52 vd.

145 Ataay, s. 53; von Tuhr, s. 38. dn.24.

146 Ataay, s. 53 vd.; Eren, s. 92 vd; ayrıca bkz. Saymen. s 38-39.

147 Akyol, s. 51.

148 Belgesay, TMK Şerhi. s. 141; Egger, s. 360; Ortan, s. 718.

149 Aral F., Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 14 ve dn.18'de anılan yazarlar.



Ayrıca belirtilmelidir ki, koca karısına karşı mevcut olan nafaka borcu ile velayeti kendisine bırakılan çocuğun annesinden olan nafaka alacağını takas edemez. Çünkü burada takasın şartlarından biri olan "karşılıklılık" şartı yoktur<sup>150</sup>.

#### D. Cebri İcra Yasağına Aykırılık Halinde Şikayete Başvurulması

##### 1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, şikayet, icra (ve iflas) dairelerinin icra (ve iflas) hukukuna aykırı olan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir yoldur. Şikayet ile icra ve iflas memurunun takip hukukuna ilişkin görevlerini "hiç yapmadığı" veya "yanlış yaptığı" ileri sürülür<sup>151</sup>. Öğretide şikayetin bir çok tanımı yapılmakla birlikte, şikayeti şu şekilde tanımlamak yerinde olacaktır<sup>152</sup>. "Şikayet, icra takibinin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflas dairelerinin kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları ve geciktirdikleri işlemlerin yapılmasını sağlayan hukuki bir çaredir".

İşte cebri icra yasağına ilişkin MK.m. 165 hükmünün çiğnenmesi, borçlu eşe, yukarıda belirtilen şikayet nedenlerinden<sup>153</sup> "kanuna aykırılık" nedeniyle şikayet hakkı verecektir<sup>154</sup>. Örneğin; MK.m 165 vd.'daki hükme aykırı olarak, icra dairesinin karı veya kocaya göndereceği ödeme emri, şikayet yolu ile iptal edilebilecektir<sup>155</sup>. İşlemin kanuna aykırılık nedeniyle şikayet konusu olabilmesi için, memurun kusurlu hareket etmiş olması veya işlemde bir zararın doğmuş olması önemsizdir<sup>156</sup>.

- 150 Aral, s. 21. Zira, takas alacağının alacaklısı üçüncü kişi olduğu takdirde karşılıklılıktan söz edilemez. Takas eden, başkasına ait alacak üzerinde tasarrufta bulunamaz (Aral, s. 20).
- 151 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 54; Postacıoğlu, s. 57; Üstündağ, İcra, s. 55; Uyar, Şikayet, s. 58.
- 152 Pekcanitez, H., İcra -İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986. s. 35.
- 153 İcra ve İflas Kanunu'nda şikayet nedenleri; işlemin kanuna aykırı olması, işlemin hadiseye (olaya) aykırı olması, bir hakkın yerine getirilmemesi, bir hakkın sürüncemede bırakılması olmak üzere dört grup altında toplanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 57 vd.; Üstündağ, İcra, s. 57- 60; Postacıoğlu, s. 58- 61; Uyar, Şikayet, s. 58 vd.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 55- 56.
- 154 Uyar, Şikayet, s. 58-59. "Kanuna aykırılık" kavramındaki "kanun" sözcüğünün geniş yorumlanması ve sadece İİK'nun değil, icra organlarıca uygulanan kanun hükümlerine aykırılığın da kanuna aykırılık içinde düşünülmesi gerekir (Üstündağ, İcra, s. 57- 58; Pekcanitez, s. 57-59; Postacıoğlu, s. 59-60).
- 155 Örnek olarak bkz. 12. HD. 14.9.1981, 5153/ 6663; 12. HD. 24.9.1979, 6409/ 7215 (Uyar, Şikayet, s. 570); ayrıca bkz. Egger, 361.
- 156 Üstündağ, İcra, s. 52; Pekcanitez, s. 59.

## 2. Şikayet Süresi

Hukukumuzda, şikayet, kural olarak yedi gündür. Şikayet süresi, şikayet edenin şikayet konusu işlemi öğrendiği günden itibaren başlar (İİK. m. 19/ I). Ancak yedi günlük sürenin iki istisnası vardır (süresiz şikayet halleri)<sup>157</sup> : a) Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması Örneğin, memurun kendisinden talep edilen işlem karşısında hareketsiz kalması gibi. b) Kamu düzenine aykırılık : Gerçekten de uygulamada, kamu düzeni amacıyla konulmuş hükümlerin ihlali halinde, bu işleme karşı süresiz şikayet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir.

Kamu yararı amacıyla konulmuş, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler için de şikayet süreye tabi tutulmamıştır. Nitekim konumuzla ilgili olan MK. m. 165 hükmü de kamu düzenine ilişkindir. Bu hüküm, evlilik birliğinin ve ailenin korunması amacıyla konulmuştur. Bu hükme aykırı olarak takip yapılırsa, bu takiple ilgili işlemlere karşı, İTM'nde şikayet süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilecektir<sup>158</sup>.

## 3. Şikayet Usulü

Şikayet, icra tetkik mercii (İTM) tarafından incelenip karara bağlanır. Yetkili tetkik mercii, şikayet konusu işlemi yapan icra ve iflas dairesinin tabi bulunduğu tetkik merciidir<sup>159</sup>. Şikayet, icra tetkik merciiine yapılır. İcra dairesine yapılan şikayet geçerli değildir<sup>160</sup>. Şikayet icra tetkik merciiine verilecek bir dilekçe ile yapılabileceği gibi, sözlü olarak da (şikayet beyanının mercice tutanağa geçirilmesi) yapılabilir<sup>161</sup>. İcra tetkik mercii, şikayeti basit yargılama usulüne (HUMK. m. 507- 511) göre inceler<sup>162</sup>. Kanunda açıklık bulunmayan hallerde, tetkik mercii, iki taraf arasında duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını kendisi takdir eder (İİK. m. 18/ II). Tetkik mercii duruşma yapılmasına gerek görür-

157 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/ Arslan /Yılmaz, İcra, s. 58-59; Pekcanitez, s. 84 vd.; Postacıoğlu, s. 68 vd.

158 Pekcanitez, s. 87; Uyar, Şikayet, s. 59; 12. HD. 24. 9. 1979, 6409/7125 : " Medeni Kanununun 165.maddesinde açıklandığı gibi karı -koca, evlenmenin devamı müddetince kanunun gösterdiği muayyen haller haricinde yek diğerine karşı cebri icrada bulunamaz. Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olup itiraz süreye bağlı değildir" (Uyar, Şikayet, s. 570). Ancak kanaatimizce, bu karardaki "itiraz" kelimesinin "şikayet" olarak anlaşılması gerekir.

159 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 59.

160 Şikayetin tetkik merciiine yapılacağına ilişkin kuralın istisnası. kambiyo senetlerine mahsus iflas yolunda görülür. Nitekim bu yolda şikayet icra dairesine yapılır (bkz. İİK. m.171/ 3, m. 172).

161 Pekcanitez, s.125; Postacıoğlu, s. 72; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60.

162 Pekcanitez, s.140; Postacıoğlu, s. 74; Üstündağ, s. 60; Kuru/Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60.

se, tarafları-en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir (İİK. m. 18/ III), yani şikayeti dosya üzerinden çözümlenmesi gerekir<sup>163</sup>.

Tetkik mercii, şikayet edenin bildirmiş olduğu şikayet sebepleri ile bağlı değildir; şikayet konusu yapılan işlemin tümünü inceleyerek kanuna uygun olan bütün kararları vermek yetkisine sahiptir<sup>164</sup>.

Şikayet, kendiliğinden icrayı durdurmaz (İİK. m. 22). Şikayeti alan tetkik mercii, şikayetin sonuçlanmasına kadar icranın durmasını gerekli görürse (talep üzerine ve kendiliğinden) icranın geri bırakılmasına karar verebilir. Tetkik merciiince böyle bir geri bırakma kararı verilmiş olmadıkça şikayet nedeniyle icra kendiliğinden geri bırakılmaz<sup>165</sup>.

#### 4. Şikayetin Sonuçları

İcra tetkik merciiinin şikayet hakkında vereceği karar<sup>166</sup> iki şekilde olur :

##### a) Şikayetin Reddi

Şikayeti inceleyen tetkik mercii, şikayetin şartlarının eksik olması halinde şikayeti esastan incelemeksizin usulden reddeder<sup>167</sup>. MK. m. 165'deki cebri icra yasağına aykırı işlem yapılması durumunda süresiz şikayet söz konusu olduğundan, burada ancak şikayette bulunan kişinin şikayet ileri sürmekte yararı bulunmaması nedeniyle usulden red mümkün olabilecektir.

Tetkik mercii, şikayet nedenlerini (özellikle kanuna aykırılık nedenini) yerinde görmez, şikayet şartlarının mevcut olmasına rağmen, şikayet edenin ileri sürdüğü yolsuzlukların bulunmadığı tespit edilirse, şikayet esastan reddedilir<sup>168</sup>.

<sup>63</sup> Bir başka deyişle şikayetin incelenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409.maddesi uygulanmaz. Bu halde iki taraf duruşmaya gelmemiş olsa bile tetkik mercii, şikayet dosyasının işlemden kaldırılmasına karar veremez (bkz. Ulukapı, s. 130- 131; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60, dn. 9; Pekcanitez, s. 144.

<sup>64</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60; ancak tetkik mercii, şikayet hakkında vereceği kararda kural olarak tarafların ileri sürdükleri şikayet konusu işlem ile bağlıdır. Taraflarca ileri sürülmemiş işlem tetkik merciiince kendiliğinden incelenemez. Bkz. İİD.10. 3.1967, 2329/ 2448 (Pekcanitez, s.138, dn. 9).

<sup>65</sup> Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s.133; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

<sup>66</sup> Tetkik merciiinin şikayeti sonuçlandıran kararını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesindeki hususları kapsamaması gerekir. Ayrıca bu hükümler (HUMK. m. 389-392) tetkik mercii kararları hakkında da uygulanır (Yönetmelik, m. 84). Yani tetkik mercii kararları da hukuk mahkemesi kararları gibi yazılır (Kuru/Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61, dn.10)

<sup>67</sup> Pekcanitez, s. 156; ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

<sup>68</sup> Tetkik merciiinin şikayetin reddi hakkındaki kararından maktu karar ve ilam harcı alınır. Ayrıca, karşı taraf şikayet prosedüründe bir avukat tarafından temsil edilmişse, tetkik mercii şikayetin reddi kararında şikayet edeni vekalet ücreti ödemeye de mahkum eder (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra. s. 61, dn. 11).

Tetkik mercii, İİK. m. 22'ye göre icranın durdurulmasına karar vermemişse, şikayetin tetkik merciiinde incelendiği sırada yapılmış olan geçici icra işlemleri (örneğin, haciz, satış gibi), şikayetin reddi kararı ile kesinleşir. Tetkik mercii icranın durdurulmasına karar vermişse, şikayetin reddi üzerine icraya devam olunur<sup>169</sup>. İİK. m. 363'de yazılı hallerde tetkik merciiinin şikayetin reddi (veya kabulü) hakkındaki kararları temyiz edilebilir<sup>170</sup>.

#### b) Şikayetin Kabulü

İTM, şikayet nedenlerini yerinde bularak şikayeti kabul ederse, şikayet nedenlerine göre, üç şekilde karar verebilir (İİK. m. 17).

#### aa) Şikayet Konusu İşlemin İptal Edilmesi (bozulması)

Tetkik mercii işlemin kanuna veya olaya aykırı olduğunu tespit ederse (örneğin, konumuzla ilgili olarak, karı koca arasında cebri icra yasağına aykırı olarak, borçlu eşe ödeme emri gönderilmesi gibi) işlemi iptal edecektir<sup>171</sup>. İşlemin iptali kararı ile, şikayet konusu işlem baştan, yani işlemin yapıldığı andan itibaren iptal edilir. İptal edilen bu işleme dayanılarak yapılmış olan diğer işlemler de iptal edilmiş sayılır<sup>172</sup>.

#### bb) Şikayet Konusu İşlemin Düzeltilmesi

Tetkik mercii, şikayet konusu işlem hatalı olsa bile, bozulması gerekli değilse, işlemi düzelterek<sup>173</sup>. Burada tetkik mercii, işlemi icra dairesine yollamakta, icra dairesi yerine geçerek, kararı bizzat kendisi vermektedir<sup>174</sup>. Tetkik merciiinin şikayet konusu işlemin düzeltilmesi hakkındaki kararı, verildiği andan itibaren sonuç doğurur. Yani düzeltmenin etkileri, tetkik merciiinin bu kararı verdiği andan başlar<sup>175</sup>.

#### cc) Şikayet Konusu İşlemin Yapılmasının Emredilmesi

Tetkik mercii, icra müdürünün bir hakkı yerine getirmemesi veya sebepsiz sürüncemede bıraktığı (İİK. m. 16/ II) kanısına varırsa, yerine getirilmeyen veya sürüncemede bırakılan işlemleri yapmasını emreder; yoksa esas hakkında karar

169 Pekcanitez, s. 157; Üstündağ, İcra, s. 66; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

170 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 167 vd.

171 Pekcanitez, s. 158.

172 Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s. 158; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

173 Pekcanitez, s. 159.

174 Bu nedenle, tetkik merciiinin bu yetkisi, öğretide, Yargıtay' ın değiştirerek ve düzelterek onama yetkisine (HUMK.m. 438, VII- IX) benzetilmektedir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 62 dn. 13).

175 Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s. 160.

veremez<sup>176</sup>. Mercii verdiği kararlara icra dairesi uymazsa, bunların icrası, memur hakkında disiplin uygulamasına geçilerek sağlanabilir<sup>177</sup>. Örneğin; nafaka alacağından dolayı eşlerden birinin diğer eşe karşı takipte bulunduğu durumlarda, icra dairesi, borçlu eşe ödeme emri göndermezse, alacaklı eş, tetkik merciiine şikayet yoluna başvurabilir. Bu durumda şikayet kabul edilirse, tetkik mercii, icra dairesine ödeme emri gönderilmesini emreder<sup>178</sup>.

## SONUÇ

Çalışmanın ağırlık merkezini, eşler arasındaki cebri icra yasağının ifade edilmiş olduğu MK. m. 165 ile istisnalarını oluşturan 166 ve 167. maddeler ışığı altında yapılan açıklamalar oluşturmaktadır. Gerçekten; yasağın amacı, hukuki niteliği, dava ve takip ehliyeti karşısındaki durumu saptanırken, cebri icra yasağının kamu düzeni ile ilgili, emredici bir düzenleme olduğu ve evlilik birliğinin korunması amacına yönelik bulunduğu belirtilmiştir.

Eşler arasında cebri icra yasağı, sadece Medeni Kanun değil, İcra ve İflas Kanunu ve Borçlar Kanunu açısından da önem arz eden, hem şekli hukuk, hem de maddi hukuk yönü olan bir konudur. İcra ve İflas Kanunu'na göre (m. 101) borçlunun eşi, evlenmeden doğan alacaklar için hacze takipsiz iştirak edebilir. Biz bu hükmü, MK. m. 166 çerçevesinde değerlendirerek, sadece evlenmeden doğan alacaklar için değil, tüm alacaklar için tanınması gerektiği sonucuna varmış bulunuyoruz.

Ayrıca, İsviçre aile rejimindeki son değişiklikler (özellikle 1988'den sonra) çerçevesinde eşler arasında cebri icrayı yasaklayan hükmün ortadan kaldırılmasına rağmen, hukukumuzda halen mevcut mevzuat açısından "cebri icra yasağı" kurumunun, özellikle evlilik birliğinin korunması amacına hizmet ettiğinden dolayı faydalı olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir.

Son olarak; eşler arasında cebri icra yasağına ilişkin belirtilen sorunların bir bütün halinde düzenlenmesi, mevzuattaki dağınıklığın kendi içinde uyumlu olarak tek bir kanunda (örneğin İcra ve İflas Kanunu) yer alması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

176 Üstündağ, İcra, s. 67; Pekcanitez, s. 160-161; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 62.

177 Üstündağ, İcra, s. 67.

178 Çünkü nafaka alacağının elde edilmesi, cebri icra yasağının istisnalarından biridir.



## EVLENMENİN YOKLUĞU

Arş. Gör. Abdurrahman SAVAŞ\*

### GİRİŞ

Evlenmenin yokluğu konusu, Medeni kanunumuzda düzenlenmemiş olmakla beraber toplumumuzu çok yakından ilgilendiren bir husustur. 1926 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu, evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılması esasına dayanan bir sistem getirmiştir. Ancak toplumumuz halen eski hukuk döneminden kalma alışkanlıklarla Kanunun belirlediği sınırların dışına çıkmış ve hiç de göz ardı edilemeyecek sayıda Medeni Kanun karşısında hukukun vücut bulmamış evlenme törenleri yapmıştır ve yapmaktadır. Özellikle resmi memur önünde yapılması gereken bu sözlü şekle tabi olan evlenme sözleşmesi bir imamın huzurunda ya da başka kişilerin katılımıyla yapılmakta ve taraflar evlendiklerine inanarak evlilik hayatı yaşamaya başlamaktadırlar. Aralarında medeni hukuka göre yapılmış geçerli bir sözleşmenin olmaması (“yok” olması) sebebi ile ilerleyen safhalarda ve özellikle nesep ve miras hukuku açısından sorunlar çıkmaktadır. İşte biz bu nedenle evlenmenin “yok” sayılmasını gerektiren durumları incelemeyi konunun önemi açısından faydalı görmekteyiz.

### I. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamızda ilk önce hukuki işlemlerdeki hükümsüzlük çeşitlerinden biri olan yokluk ve butlan kavramını inceleyeceğiz. Daha sonra evlenmenin yok sayılmasını gerektiren halleri ele alacağız. Toplumumuzda hala yaygın bir şekilde uygulanan ve hatta bazı bölgelerde resmi nikahtan daha fazla tercih edilen ve halk arasında imam nikahı olarak bilinen uygulamayı da Hukukumuz açısından değerlendireceği. Evlenmenin butlanı konusuna ise Medeni Kanunumuzda özel olarak düzenlenmiş olması sebebi ile girmeyeceğiz.

### II. Sözleşmelerin Hükümsüzlüğü

Sözleşmelerin ve daha genel olarak hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü tartışmalı bir konudur. Hükümsüzlük Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiş, çeşitli maddelerde bazı hükümsüzlük hallerine değinilmiştir.

Geniş anlamı ile hükümsüzlük sözleşmelerdeki eksiklikler ve sakatlıklarla, sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tamamını kapsar. Buna mukabil hükümsüzlük dar anlamıyla sözleşmenin muteber olmadığı halleri ifade eder<sup>1</sup>.

\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s. 126.

Türk Medeni Hukukunda hükümsüzlük çeşitleri olarak genellikle yokluk, mutlak butlan, nisbî butlan ve iptal edilebilirlik şeklinde dörtlü bir ayırım yapılmaktadır<sup>2</sup>. Medeni Kanunumuzda hükümsüzlük halleri için düzenli bir şekilde kullanılan tabir yoktur. Kanunda değişik durumlarda farklı tabirler kullanılmıştır.<sup>3</sup> Biz burada konumuzu ilgilendirmesi açısından hukuki işlemlerin yokluğu ve butlanını kısaca inceleyeceğiz diğer hükümsüzlük hallerine ise değinmeyeceğiz.

### A. Yokluk

Sözleşmenin kanunu unsurlarının bulunmaması halinde hukuki işlem yoktur, meydana gelmemiştir<sup>4</sup>. Sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması halinde sözleşme varlık kazanamaz ve yok hükmündedir<sup>5</sup>.

Bir sözleşmenin yokluğu her zaman ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu hususta bir dava açmaya gerek yoktur. Hakim davada ileri sürülmemiş bile olsa yokluğu res' en nazara alır.<sup>6</sup>

### B. Butlan

Kurucu unsurlarının olması sebebi ile kurulmuş olan bir sözleşme, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde batıldır<sup>7</sup>.

Bir sözleşmenin batıl olmasını gerektiren sebepler irade beyanında bulunan kimsenin, temyiz kudretinin bulunmaması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına kamu düzenine, genel ahlâka (adaba) ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkansız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmasıdır<sup>8</sup>.

Borç doğuran sözleşmeler bakımından yoklukta olduğu gibi, butlan durumu da ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve bir dava açmaya ihtiyaç yoktur. Hakim önüne gelen davada butlan durumunu resen dikkate alır. Belli

---

<sup>2</sup> Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası İstanbul 1998 s.307 vd; Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997s.126 vd.

<sup>3</sup> Güral, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953s.16 vd. Doktrinde kullanılan diğer terimler için bkz., Güral, 15-16.

<sup>4</sup> Hatemi, 126; Oğuzman / Öz 126; Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) 4. Bası, Ankara 1995 s. 28; Edis, Seyfullah: Medeni hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.s. 161.

<sup>5</sup> Oğuzman / Öz, 126; Eren, 307.

<sup>6</sup> Oğuzman / Öz, 126.

<sup>7</sup> Oğuzman / Öz, 126.

<sup>8</sup> Oğuzman / Öz, 127; Eren, 310-311.



bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesiyle batıl olan sözleşme geçerli hale gelmez. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tekrar yapılması gerekmektedir.<sup>9</sup>

Batıl olan sözleşme kesin olarak hükümsüz ise de, eğer yakın bir amaca yönelik başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve taraflar sözleşmenin batıl olduğunu bilselerdi diğer geçerli sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa, batıl olan sözleşmenin, geçerlilik şartları tamam olan sözleşmeye tahvil ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

### III. Yokluk ve Butlan Kavramlarının Karşılaştırılması

Borçlar hukuku alanında yokluktan bahsedilip bahsedilmeyeceği doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bir görüşe göre sözleşme batıl da olsa mevcuttur. Butlan ile yokluk arasındaki fark butlanda hukuki işlem ölü doğmuş, buna karşılık yoklukta ise işlem hiç doğmamıştır<sup>11</sup>.

Baskın olan diğer bir fikre göre borçlar hukuku alanında hükümsüzlüğün kesin ve en ağır şekli butlandan ibarettir. Bu nedenle batıl olan işlem zaten hiç yapılmamış sayılmalıdır<sup>12</sup>.

Doktrinde, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü için kullanılan yokluk kavramının yanlış olduğu ve bir hukuki işlemin yok olmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Bu fikre göre hem bir hukuki işlemden bahsedilmekte hem de bu işlemin yok olduğu ifade edilmektedir. Hukuki işlemin temel kurucu unsuru olan irade beyanının olmaması durumunda ortada bir hukuki işlem zaten bulunmamaktadır ve bu işlemin yokluk ile malul olduğunu ifade etmek yersizdir.<sup>14</sup> Yine yoklu ile mutlak butlan arasındaki fark da hem sunidir hem de yok denecek kadar basittir.

Kanaatimizce borçlar hukuku alanında yokluk ile butlan arasındaki fark belki göz ardı edilebilir. Ancak özellikle aile hukuku alanında evlenmenin yokluğu ile butlan arasındaki farklar küçümsenemeyecek ölçüde önemlidir. Medeni

<sup>9</sup> Edis, 162; Ataay, Aytakin; Medeni Hukukun Genel Teorisi Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, İstanbul 1965 s.352; Zevkliler, 30; Oğuzman / Öz, 127; Tekinay, Selahattin S/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla ;Tekinay Borçlar Hukuku 7. Bası, İstanbul 1993, s., 376; Eren, 310.

<sup>10</sup> Kaneti, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972 s. 1 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 110, 377.

<sup>11</sup> İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ankara 1979 s.149; Güral, 64.

<sup>12</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 377-378. Güral, 67; Tekinay, Selahattin S: Medeni Hukuka Giriş Dersleri 5. Bası, İstanbul 1987 (Tekinay, Giriş) s. 121.

<sup>13</sup> Güral, 76 vd.

<sup>14</sup> Güral, 77.

Kanunumuzun batıl evliliklere özel bir değer vermesi ve diğer batıl işlemlerden farklı sonuçlar bağlamasa da başka bir şekilde izah edilemez.

Bir hükümsüzlük türü olarak yokluğu kabul etmeyen bu görüşe göre, gerekli şekil şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebi ile yapılan evlenmeyi batıl saymak ve bunun sonucunda da bu batıl evlenmeyi tahvil ederek nişanlanma olarak kabul etmek mümkündür<sup>15</sup>.

Evlenme sözleşmesi şekil şartına uyulmaması sebebi ile (imam nikahı gibi) geçerlilik kazanamamışsa bu durumda bunu batıl bir evlenme olarak görüp daha sonra tahvil ederek geçerli bir nişanlanma olarak kabul etmeye kanaatimizce gerek yoktur.

Geçersiz olan evlenmeyi tahvil ile nişanlanma olarak kabul etmek yerine, şekil şartına uyulmaması sebebi ile evlenmeyi yok kabul etmek ve tarafların evlenme konusundaki isteklerini bir nişanlanma sözleşmesi olarak yorumlamak<sup>16</sup> hem daha kolay hem de kanunun sistemine daha uygundur.

### IV. Evlenmenin Yokluğu

Evlenmenin yokluğu deyimi Medeni Kanunumuzda yer almamaktadır. Yokluk kavramı tamamen doktrin tarafından ortaya çıkarılmıştır. Medeni Kanunda evlenmenin hükümsüzlüğüne ilişkin olarak mutlak butlan ve nisbi butlan halleri sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak bazı durumlar vardır ki kanunda sınırlı sayıda belirlenen (numerus clausus) bu mutlak ve nisbi butlan hallerinin dışında kalmaktadır. Borçlar hukuku alanındaki butlan ve yokluk yaptırımlarının sonucu itibarı ile aynı olmasına karşın aile hukuku alanında evlenmenin batıl olması durumunda bile bazı önemli sonuçlar doğurmaktadır. Evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlanla malul olduğu haller sınırlı sayıda belirlendiğine göre<sup>17</sup> bu hallerden hiçbirisine girmeyen ve görünürde bir evlilik olmasına rağmen hukuken batıl bir evlilik bile kabul edilemeyen birliktelikler yapılmaktadır. Bu nedenle yokluk kavramı aile hukukunda özel bir yer işgal etmektedir. Doktrinde yokluk kavramını yanlış, tehlikeli ve tezatlarla dolu bir kavram olarak niteleyen yazarlar olması<sup>18</sup> yanında birçok yazar evlenmenin yokluğundan bahsetmekte yani yokluk durumunu bir hükümsüzlük hali olarak incelenmektedir.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Bkz. Güral, 86.

<sup>16</sup> Bkz. Kaneti, 122 dn. 70.

<sup>17</sup> Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C.II, Gözden Geçirilmiş. 5. Bası, İstanbul 1998, s. 172; Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa; Aile hukuku 2. Bası, İstanbul 1995, s. 90-91; Zevkililer, 756; Curti/Forrer; Kanunu Medeni Şerhi (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku) C. 1 İstanbul 1930, s. 206.

<sup>18</sup> Güral, 55 vd.

<sup>19</sup> Oğuzman/Dural, 172; Velidedeoğlu, 250; Tekinay, 108; Feyzioğlu, 103; Köprülü/Kaneti, 96, Zevkililer, 749; Hatemi/Serozan, 84; Birsen, Kemalettin.: Medeni Hukuk Dersleri (Umumi Esaslar

## V. Evlenmenin Yok Sayılmasını Gerektiren Haller

### A. Evlenmenin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması

Evlenme şekle bağlı bir sözleşmedir. M.K. m.108'e göre evlenme sözleşmesi resmi sıfatı bulunan yetkili bir memur, yani belediye başkanı veya başkanın evlendirme işlerine memur tayin ettiği, vekili ya da köy muhtarı tarafından yapılması gerekir. Yetki verilmişse nüfus memuru, köy ve kasabalarda eğitim-öğretim hizmetleri sınıfındaki devlet memur ile yurt dışında başkonsolos ve konsoloslar da evlenme sözleşmesi yapabilirler. Bu kimselerin huzurunda yapılmış bir evlilik hukuken evlilik olarak kabul edilemez ve yok hükmündedir.<sup>20</sup>

Evlenme merasimini yapan kişi kendisine böyle bir yetki hiç verilmemiş olan birisi olabileceği gibi, yetkili bir memur olmakla birlikte görev bölgesi dışında bu merasimi icra etmiş olabilir.

#### 1. Evlenme Merasimini Yapan Kişinin Resmi Evlendirme Memuru Sıfatını Taşımaması

Geçerli bir evliliğin doğabilmesi için, evlenmenin kanunen evlendirmeye yetkili memur önünde yapılması gerekmektedir. Medeni Kanunumuza göre evlendirmeye yetkili resmi memur, belediye kuruluşu olan tüm yerlerde belediye başkanı ya da onun evlenme işleriyle görevlendirdiği memur, belediye kuruluşu olmayan köylerde de muhtardır. (MK. m. 108). Fakat Medeni Kanunun bu maddesi 1587 sayılı Nüfus Kanununda değişiklik ve eklemeler yapan 21 Kasım 1984 tarih ve 2080 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.<sup>21</sup> Bundan sonra da eski Evlendirme Talimatnamesi yürürlükten kaldırılarak yeni evlenme yönetmeliği yürürlüğe sokulmuştur.<sup>22</sup> Bu yeni düzenlemelere göre evlendirme yetkisi İçişleri Bakanlığınca nüfus idarelerine, belediye başkanlıklarına, köy muhtarlarına ya da gerektiğinde köy ve kasabalarda eğitim ve öğretim sınıfına giren devlet memurlarına (öğretmen ve okul idarecileri) verilebilir. (Nüfus K. 15/II. Evlendirme Yönetmeliği 7)

Bir yerde içişleri bakanlığınca sayılan bu kişilerden hangisi evlendirme işiyle görevlendirilmişse o yerde ancak o kişinin akdedeceği evlenmeler geçerli

Şahsın Hukuku-Aile Hukuku- miras Hukuku) İstanbul 1963 s. 232; Feyzioğlu, Feysi N/Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın.: Medeni Hukuk Dersleri (Temel İlkeler-Kişinin Hukuku- Aile Hukuku-Miras Hukuku) 2. Bası, İstanbul 1973, s. 185 vd.

20 Akıntürk, 173; Oğuzman/Dural, 87; Birsan, 232-233; Velidedeoğlu, H. Veldet.: Türk Medeni Hukukunun Aile Hukuku C.2, 2. Bası İstanbul 1950 s. 250; Feyzioğlu/Doğanay/ Aybay, 186; Hatemi/Serozan, 87 vd; Zevkliler, 753.

21 RG. 21.11.1984, s. 18582.

22 RG. 7.11.1985, s. 18921.

olur.<sup>23</sup> Toplumumuzda önemli bir yer işgal eden imam nikahı ile yapılan evliliklerde, bu evlenmeyi akdeden kişinin yukarıda sayılan resmi memurlardan olmaması sebebi ile yok hükmündedir. Konunun önemi sebebi ile imam nikahı üzerinde biraz durmak istiyoruz.

İslam Hukukunda evlenme sözleşmesi birbirleriyle evlenmelerine hukuki bir engel bulunmayan bir erkek ile bir kadının sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere aralarını birleştiren ve bunun için karşılıklı hak ve görevler belirleyen bağlıdır.<sup>24</sup>

İslam Hukuku kurallarına bakıldığında evlenme sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için bir imam veya dini kimliğe sahip birinin huzurunda yapılmasının gerekli olmadığı görülür. Yine bu sözleşmenin camide de yapılması şart değildir.<sup>25</sup> Esas ve şartlarının dini naslar ve bunlara dayanan içtihatlarla belirlenmiş olması, evlenmenin dini bir sözleşme olmasını gerektirmez.<sup>26</sup>

Denilebilir ki İslam Hukukuna göre nikah kendi sistemi içerisinde özellikleri olan bir sözleşme olmakla birlikte<sup>27</sup>, medeni bir sözleşme yani ibadet hükümleri dışında kalan ve insanlar arası ilişkilerin konu edildiği muamelat bahsine ait bir sözleşmedir.<sup>28</sup>

Medeni Kanunumuza göre yapılan bir evlenmenin süt akrabalar arası evlenmeler ve sadece iki kadın şahit huzurunda yapılanlar müstesna İslam Hukuku bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir.<sup>29</sup>

Görüldüğü gibi İslam Hukuku içerisinde dini nikah ya da imam nikahı olarak tanımlanmış bir nikah kavramı yoktur. Dolayısı ile dini nikah denince akla kilise de veya havrada yahutta diğer dinlerde o dinin mensubu olan yetkili kişiler huzurunda kayılan nikah gelmelidir.<sup>30</sup>

İmam nikahı olarak adlandırılan ve İslam hukukunun gereklerine göre yapılan bu مراسم, medeni kanunumuzun açık hükümleri karşısında hukuki bir

23 Zevkliler, 753.

24 Yaman, Ahmet: İslam Aile Hukuku, Konya 1998, s. 33.

25 Karaman, Hayrettin.: Mukayeseli İslam Hukuku, C.1, İstanbul 1991s., 236; Ayrıca bkz. Köteli, M. Argun; Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Ankara 1991.s. 84-85.

26 Karaman, 236; Velidedeoğlu, 44.

27 Yaman, 35.

28 Karaman, 236-237; Bkz. Hatemi, 95-96.

29 Karaman, 236.

30 Nitekim doktrinde, resmi memur olarak kabul edilebilecek kişiler arasında ülkemizdeki müftülerinde sayılmasında bir sakınca olmadığı ve bunun laiklik ilkesini zedelemeyeceği çünkü müftünün kıydığı nikahın dini değil, medeni bir nikah olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Hatemi/Serozan, 88.

kimliğe erişemeyecek olsa da inkar edilemeyecek bir gerçekliktir.<sup>31</sup> Yapılan araştırmalarda, bazı bölgelerimizde neredeyse yüzde ellilere varan oranda imam nikahı ile birlikteliklerini devam ettiren kişiler bulunmaktadır.<sup>32</sup> Bu vatandaşlarımız çok değişik nedenlerle resmi nikah yapmaktan kaçınmaktadırlar.<sup>33</sup> Bunda imam nikahının geleneksel özelliğinin etkisiyle, toplumun dini nikahı hoşgörüsüyle karşılaşması ve bazı yörelerde imam nikahına, resmi nikaha eşdeğer bir anlam verilmesi rol oynamaktadır.<sup>34</sup>

## 2. Evlendirme Memurunun Evlenme Merasimini Yetki Bölgesi Dışında Yapması

Evlenme merasiminin evlendirme memuru önünde yapılması, sözleşmenin kurulması için gereken şekil şartının yerine getirilmesi açısından yeterli değildir. Burada karşımıza çıkan sorun, evlendirme memurunun, resmi görevli bir kişi olmasına rağmen akdettiği evlenmenin kendi idari görev alanı dışında olması, örneğin meram ilçesinde görevli bir evlendirme memuru Selçuklu belediyesi sınırları içerisinde bir evlenme merasimi yapması durumunda, yapılan merasimin geçerli olup olmadığıdır.

Resmi sıfatı olduğu halde, sadece, idari görev alanı dışında akdettiği için memurun kıymış olduğu nikahı “yok hükmünde” kabul etmek, hakkaniyete, tarafların menfaatlerine ve ailenin korunması ilkesine aykırı düşmektedir.<sup>35</sup> Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi farklı Yargıtay kararlarında rastlamak da mümkündür. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre eşlerin iyiniyetli olması ve evliliğin evlendirme dairesinde yapılması halinde evlenmeyi geçerli saymak gerekir.<sup>36</sup> Kendi yetki bölgesi dışında nikah merasimi icra eden memura da ayrıca disiplin cezası uygulanmalıdır.<sup>37</sup> Evlenmenin resmi memur olmayan bir kişi huzurunda yapılması veya resmi memur olmasına rağmen yetki bölgesi dışında nikah merasimini icra etmesi durumunda sonucun ne olacağı konusunda ileri sürülen değer bir fikre göre ise evlendirme memuru görevini yapan kişi ev-

31 Serozon, Rona.: Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çok Evlilik, İHFD, c.41, s.1-4 1975, s.293 vd.

32 Akın, Levent.: Nesebin İdari Yoldan Düzeltilmesi, ABD, Y.1994, S.2, s.183.

33 Gotthard, 27.

34 Zevkliler, 754.

35 Zevkliler, 754.

36 Oğuzman/Dural, 87; Akıntürk, 173; Tekinay, 110; Feyzioğlu, Feyzi N; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1979 s. 106; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1989 s.95; Zevkliler bu durumda iyi niyetin aranmasının gerekliliğini, iyi niyetin varlığının zaten asıl olması sebebi ile kötü niyetli olmama şeklinde anlamaktadır. Bkz. Zevkliler,754-755.

37 Zevkliler, 754.

lenmeyi tescil etmişse, evlenme geçerlidir. Tescil işlemi yapılmamışsa evlenme yok hükmündedir.<sup>38</sup>

Yargıtay kararlarına bakıldığında da bu konu hakkında bir görüş birliği yoktur. Bazı kararlarda eşlerin iyi niyetine bakmaksızın memurun idari görev alanı yapılan evlenmeleri yok saymıştır.<sup>39</sup>

Bu kararlardan sonra çıkan daha yeni tarihli kararlarında ise aksi görüş savunulmuş ve eşlerin iyiniyetli olmaları durumunda yapılan evlenmeyi geçerli saymıştır.<sup>40</sup>

Yargıtay tarafından savunulan bu iki zıt görüş karşısında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu ikinci görüşü benimsemiş ve memurun idari görev alanı dışında icra edilen evlenmelerin, eşlerin iyi niyetli olmaları ve geçerli bir evlilik kurulduğu kanaatiyle hareket etmeleri durumunda geçerli sayılacağı sonucuna varmıştır<sup>41</sup>. Kaldı ki hiç kimse bile bile, yok sayılacak evlenmeyi yapmaya, özellikle resmi memur önünde yapmaya yanaşmaz. Çoğu zaman resmi memurun ihmali sonucu doğacak sakıncanın cezasını evlenecek vatandaşlar çekmemelidir.<sup>42</sup>

### B. Tarafların Cinsiyetlerinin Aynı Olması

Evlenen kişilerin cinsiyetlerinin farklı olması, evlilik birliğinin tabii ve ahlaki fonksiyonlarının zorunlu bir sonucudur.<sup>43</sup> Sadece farklı cinsiyetteki kimselerin evlenmeleri mümkün ve caizdir. Bu nedenle, iki erkek veya iki kadının birbiriyle evlenmeyi istemeleri, evlendirme memuru tarafından kabul edilemez.<sup>44</sup> Ancak her nasılsa böyle bir talep evlendirme memuru tarafından kabul edilmişse

38 Hatemi/Serozan, 55.

39 Y. 2HD. 9.5.1975. E. 4528/K.5246. "... Her memurun bir görev çevresi olup bu da idari taksimatla sınırlıdır. Onun için evlendirme memuru bölgesi dışına çıkarak görev yapamaz. Bu itibarla bir köy muhtarı başka bir köyde, yada bir il evlendirme memuru diğer bir köy, kasaba, il ve ilçede evlendirme akdini yapmak yetkisine sahip değildir. İdari görev alanı dışına çıkarak bir evlendirme işlemi yapması halinde o yer ve evlendirme memurunun görevini gasbetmiş (kanunsuz olarak elinden almış) olacağı için yaptığı nikah yok sayılır..." (YKD. 1975. 52, s. 23-24)

HGK 29. 9. 1976 E. 2.1065/2578 "... Resmi memurun katılmış bulunmasından söz edebilmek için adı geçen her hangi bir evlendirme memuru olmayıp o memurun yer itibarıyla de akdi yapmaya yetkili olması zorunludur... Evlenme akdini yer itibarıyla yetkili bir memur gerçekleştirmemesine göre, ortada hukuken geçerli bir evlenme yoktur..." (YKD. 1977. 5.6. s. 762.)

40 HGK. 20.2.1985. E. 2-423/K.109; HGK. 20.2.1985. E. 2-845/K.111 (Bkz. Zevkililer, 754.)

41 Y.İ.B.K. 13.12.1985, E.85/4 K. 85/9.

42 Zevkililer,755; Tekinay, 110-111; Feyzioğlu, 106-110.

43 Feyzioğlu, 104.

44 Feyzioğlu, 104.

ve cinsiyetleri aynı olan iki kişinin evlenme merasimi şeklen yapılmış olsa bile bu sözleşme yok sayılır.<sup>45</sup>

### 1. Tarafların Cinsiyetlerinin Sözleşme Anında Aynı Olması

M.K. m.97 "Birbirleriyle evlenecek erkek ve kadından" söz etmektedir. Müteakip maddelerde de erkek ve kadının evlenmesinden ve bu evlilik için yapmaları gereken işlemlerden söz edilmektedir. Evlenmenin amacı ve mahiyeti ile Medeni Kanundaki düzenlemelerden çıkan dolaylı anlam, evlenmenin karşıt iki cins arasında yapılacağını ortaya koymaktadır.<sup>46</sup>

Bu sebeple aynı cinsten iki kişinin birleşmesiyle evlilik kurulmuş olmaz. Bu kişiler kanunda belirtilen tüm şartları yerine getirirler ve hatta resmi memur da bu evlenmeyi akdetse, yine bir evlenme meydana gelmiş olmaz. Bu durumda hukukumıza göre ortada bir evlenme vardır.<sup>47</sup>

Böyle bir durumda evlenmenin yokluğu için bir dava açmaya gerek yoktur. Tarafların aynı cinsten olduğu bir evlenme akdi yapılmışsa ve daha sonra taraflardan biri cinsiyetini değiştirirse ve karşı cinsten olma şartı gerçekleşse bile yok hükmünde olan bir evliliğin sonradan geçerli hale gelmesi mümkün değildir.<sup>48</sup>

### 2. Taraflardan Birinin Cinsiyetini Sonradan Değiştirmesi

Taraflar, evlenmenin yapıldığı sırada farklı cinsiyette iseler ve evlenmenin diğer şartları da tamamsa ortada geçerli olarak kurulmuş bir evlenme vardır. Ancak evliliğin devamı sırasında taraflardan birisi cinsiyetini değiştirirse ve böylece ayrı cinsiyetten olma şartı ihlal edilirse, evlilik yine yok sayılacak mıdır?

Bu durum doktrinde M.K. m.29'un 3444 Sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce tartışılmıştı. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre başlangıçta geçerli olarak kurulmuş olan bir evlenmenin, taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda yok sayılamayacağı şeklindedir.<sup>49</sup> Ancak evliliğin bu şekilde devamı da uygun bulunmamış ve ortaya çıkan durumun hangi açıdan çözülebileceği tartışılmıştır.

45 Velidedeoğlu, 250; Akıntürk, Turgut.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C.II, Gözden Geçirilmiş. 5.Bası, İstanbul 1998.s. 172; Oğuzman/Dural, 88.

46 Zevkliler, 750.

47 Velidedeoğlu, 250; Zevkliler, 750; Feyzioğlu, 104; Akıntürk 172; Oğuzman/Dural, 88; Hatemi/Serozan, 84; Köprülü/Kaneti, 96. Tekinay, 108; Curti/Forrer, 206; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 186.

48 Akıntürk, 172; Hatemi/Serozan, 97.

49 Feyzioğlu, 104.

Taraflardan birinin cinsiyetini evliliğin gerçekleşmesinden sonra değiştirmiş olması halinde, cinsiyet birliğinin sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmadığı ve sonradan gerçekleşmesi sebebiyle vasıf hatasına dayanılarak evliliğin feshi istenemez.<sup>50</sup> Bu durumun evliliğin mutlak butlanı sebepleri arasında sayılmaması sebebiyle de bu imkanlardan yararlanılamaz. Yine şiddetli geçimsizlik ya da haysiyetsizlik gibi bir boşanma sebebine de dayanmak mümkün değildir. Bu durumda evliliğin sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği ve bunun bir tespit davası ile belirlenebileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca savcı da evlilik kayıtlarının iptal edilmesi için dava açabilmelidir.<sup>51</sup>

Bazı yazarlar<sup>52</sup> da evliliğin cinsiyet değişikliğine kadar olan bölümünün geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini ve cinsiyet değişikliğinden itibaren ileriye yönelik olarak (ex nunc) yoklukla malül olacağını ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş, yokluğun anlam ve özellikleri ile bağdaşmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Gerçekten de yokluk, bir hukuki işlemin kuruluş safhasında ve kurucu unsurlarındaki eksikliklerden kaynaklanır. İşlem bir kere meydana gelmiş ise artık (ex nunc) ileriye yönelik olarak yokluktan değil, ex nunc etkili fesihten bahsedilir. Aksi halde ex nunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir.<sup>53</sup> Yine bu dönemde bazı yazarlar<sup>54</sup> yokluk tabirini kullanmamakla birlikte cinsiyet değişikliği anında evliliğin de sona ereceğini ifade etmişlerdir.

Nitekim 3444 sayılı Kanunla<sup>55</sup> M.K. m.29'a eklenen fıkrada, doğumdan sonra cinsiyet değiştiren kimse evli ise cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi yolundaki mahkeme kararının kesinleşmesi ile, evliliğin de kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

Ancak bu düzenleme birkaç açıdan eleştirilmiştir.

Öncelikle bu düzenlemenin M.K. m.29'a değil ahvali şahsiye sicillerinin ancak hakim kararı ile düzeltilebileceğini düzenleyen m.38'e eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>56</sup>.

Yine madde metnindeki "doğumdan sonraki" ibaresinin ne amaçla konulduğu da anlaşılammaktadır.<sup>57</sup> Bu ifade cinsiyet değiştirme işleminin sanki do-

50 Feyzioğlu, 104.

51 Feyzioğlu, 104-105.

52 Öztan, Bilge.: Aile Hukuku 2. Bası Ankara, 1983s. 179 dn 1.

53 Güven, Kudret.:Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD. C.1, S.1, Haziran 1997,s. 52 dn.28.

54 Köprülü/Kaneti, 65.

55 RG 12.5.1988 s. 19812.

56 Güven, 58-59; Zevkliler, Cinsiyet Kargaşası, 260.

57 Hatemi/Serozan, 98.



ğumdan önce de yapılabileceği intibamı uyandırmaktadır. Kanun koyucunun bu ifadeyi fizyolojik olarak doğum ile kazandığı cinsiyetinde sonradan değişiklik meydana gelen transseksüelin hukuki durumunu konu etmek istediği şeklinde yorumlamak gerekir.<sup>58</sup>

Ayrıca eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde evlilikten beklenen amacın da ortadan kalktığı ifade edilmekle beraber bu durumda evliliğinde kendiliğinden sona ermesinin kabul edilemeyeceği ve bunun Medeni Kanunun sistemine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle evliliğin cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ermiş sayılmasının yerine, evliliğin feshedilmesi yolunda bir düzenlemenin getirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bu görüşte olanlar cinsiyet değişikliği için verilen mahkeme kararının yanında, evliliğin sona ermesine ilişkin ayrı bir kararın da verilmesi yolunda düzenleme istemektedirler.<sup>59</sup>

Buna karşın diğer bir görüş savunulmuş<sup>60</sup> ve cinsiyet değişikliğine ilişkin verilen mahkeme kararının da evliliğin sona ermesi için yeterli nitelikte “mahkeme kararı” olduğu usul ekonomisi de gözetilerek, ayrıca evliliğin sona erdirilmesi için yeni bir karara daha gerek olmadığı ifade edilmiştir.

Farklı bir görüşe<sup>61</sup> göre de evlilik, cinsiyet değişikliği ile birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Bu bakımdan mahkemenin cinsiyet değişikliği hakkındaki kararının evliliğe etkisi maddi açıdan kurucu değil belirleyici niteliktedir.

Bu konudaki tartışmaların sona ermesi açısından cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının verilmesi sırasında, hakkında karar verilen kişi evli ise evliliğin de sona erdiği yönünde bir karar daha verilmesi yolunda Medeni Kanunun sistemi açısından daha uygun bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olur kanaatindeyiz.<sup>62</sup>

Yeni Medeni Kanun Tasarısında cinsiyet değişikliğine ilişkin hüküm 40. maddede düzenlemiştir. Bu maddeye göre cinsiyet değiştirmek isteyen kişi 18 yaşını doldurmuş olmalı ve aynı zamanda evli olmamalıdır. M.K. m.11'e göre evlenme kişiyi reşit kılar. Aynı hüküm Medeni Kanun Tasarısının 11. maddesinde aynen kabul edilmiştir. Bu kuralın varlığına rağmen tasarının 40. maddesinde cinsiyet değişikliği talebinde bulunmak için başvuruda bulunan kişinin 18 yaşını tamamlaması şartının ayrıca düzenlenmiş olması dikkat çekmektedir. Bu yeni düzenlemeye göre kişi on sekiz yaşından önce evlenip reşit olsa bile cinsiyet de-

Güven, 58 dn. 49.

Zevkiler, 751.

Güven, 68-69.

Köprülü/Kaneti, 65. Aksi görüşte, Güven, 69.

Zevkiler, 751.

ğişikliği yapmak amacıyla başvuruda bulunabilmesi için on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar bekleyecektir. Cinsiyet değişikliği başvurusunda bulunulabilmesi için aranan ikinci bir şart daha vardır. Toplumun temeli olan aile kurumunun, cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle cinsiyet değiştirme talebinde bulunan kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu şart, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan da evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine giderek, bu durumun eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde meydana getireceği psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.<sup>63</sup>

### c. Tarafların İradelerini Açıklamamış Olmaları

Evlenecek nişanlıların karşıt cinslerden olmaları ve resmi memurun evlenmeyi akdetmesi tarafların evlenmiş olmaları için yeterli değildir. Her sözleşme gibi evlenme sözleşmesinde de taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını resmi memur önünde açıklamış olmalıdırlar (M.K. m.109). Her iki tarafın da iradelerini açıklamış olması ve bu iradelerin birbirine uygun olması gerekir. Yani her iki eş de resmi memur önünde nişanlısı ile evlenmeyi kabul edip etmediğine ilişkin soruya olumlu olarak cevap vermelidir. Eşlerden birisi evlenmeyi istediğini bildirir, buna karşın diğer eş herhangi bir açıklamada bulunmamış ya da evlenmek istemediğini açıklamasa bu durumda taraflar arasında kurulmuş bir evlenme yoktur.<sup>64</sup>

Nişanlıların evlenme defterini imzalamış olmaları evliliğin kurulması için yeterli değildir. Daha önce taraflar mutlaka sözlü olarak iradelerini açıklamış olmalıdırlar.<sup>65</sup>

Tarafların, evlenme konusundaki iradelerini bir arada, birbiri ardından ve aynı anda açıklamaları gerekir.<sup>66</sup> Taraflardan birisi iradesini açıklar, araya bir zaman fasılası girer ve ondan sonra diğeri açıklarsa evlilik doğmaz.<sup>67</sup> Doktrinde ifade edildiğine<sup>68</sup> göre taraflardan birisi evlenme için iradesini beyan etmiş ve diğer taraf da tam “evet” diyecekken bayılmış, bir müddet geçtikten sonra toparlanıp “evet” demişse evlenme yine muteber olacaktır.

63 Bkz. Türk Medeni KanunuTasarısı m. 40 (ve gerekçesi)

64 Zevkliler, 752; Feyzioğlu, 110; Akıntürk, 174; Hatemi/Serozan; 75-76 Y2HD. 9.11.1983. E. 8456/K 8390 “...Evlenme akdinin geçerli olabilmesi için evlenecek kişilerin evlenme konusundaki irade beyanlarını birbirine uygun şekilde ve birlikte yetkili memur önünde açıklamaları zorunludur. Yok sayılan bir konuda hak düşürücü süreden bahsedilemez...” (YKD. 1984, C. 10., s. 5552.)

65 Zevkliler, 752.

66 Feyzioğlu, III, Akıntürk, 174; Zevkliler, 752; Tekinay, 108.

67 Zevkliler; 752.

68 Oğuzman / Dural, 88.

İradelerin birbirine uygun olmasından kasıt iradelerin sakatlanmamış olması demek değildir.<sup>69</sup> Tarafların evlenme yönünde iradeleri mevcutulmakla birlikte sakatlanmışsa ortada kurulmuş bir evlenme vardır ancak nisbi butlanla malüldür<sup>70</sup>.

## 1. Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması veya İradesini Açıklamadan Ölmesi

### a. Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını resmi memur önünde açıklamalıdır. Taraflardan birisi bu konudaki iradesini açıklamazsa veya açıklamaktan kaçınırsa ortada kurulmuş bir evlenme yoktur.<sup>71</sup>

Sadece taraflardan birisinin evlenmeyi kabul ediyorum demesi yeterli değildir. Her iki tarafın da olumlu olarak beyanda bulunmaları gerekir. Bir tarafın kabul etmiyorum, hayır asla gibi olumsuz cevaplar vermesi durumunda evlenme kurulmuş olmaz<sup>72</sup>.

Yine memur önüne taraflardan sadece biri gelmiş ve diğer taraf gelmemişse, beyanını daha sonra yapmışsa ya da hiç beyanda bulunmayıp sadece önüne sonradan getirilen defteri imzalamışsa ortada yine kurulmuş bir evlilik yoktur.<sup>73</sup> Tarafların defterleri imzalamaları doktrindeki baskın görüşe<sup>74</sup> göre evliliğin geçerlilik şartı değildir. Yargıtay<sup>75</sup> da verdiği kararlarda bu görüşe katılmaktadır. Çünkü evlilik, tarafların iradelerini beyan etmeleriyle kurulmuş olur. Ancak nikah defterinde tarafların imzasının bulunmaması evliliğin ispatını güçleştirir. İspat edilemeyen evlilik ise geçerli bir şekilde kurulmuş olsa bile hiçbir sonuç doğurmaz<sup>76</sup>.

Feyzioğlu, 110-111.

Bkz. Akıntürk, 182 vd.

Akıntürk, 174; Hatemi/Serozan, 75.

Hatemi/Serozan, 75.

Akıncı, Şahin; Türkiye'de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme Akitlerinin Geçerliliği, Ata Dergisi, s.6 Y.1994'den Ayrı Basım, s.49 vd. s.51-52.

Tekinay 102 vd; Köprülü/Kaneti, 92; Zevkliler, 707.

Y.2HD. 4.6.1986. E 5498/K5784. "...Usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olan evlilik nüfusa tescil edilmeden de hukuki sonuç doğurur". (YKD. 1987. S. 3 s. 383).

Planiol, M. (Çev. Halis Özalp); İzdivaç Delili, AD, 1954, S.9, s.1074.

## b. Tarafların Birisinin İradesini Açıklamadan Önce Ölmesi

Taraflardan birisinin resmi memur önünde iradesini açıklamasından sonra diğer eş iradesini açıklayacağı sırada ölse evlenme yine kurulmuş değildir. Ölen kişinin evlenmek üzere orada bulunması, yakınları ve hatta memur tarafından evlenmek istediği yönündeki iradesi mevcut olduğu bulunsada dahi henüz iradesini açıklamadan ölmüş olduğu için evlenme kurulmamıştır, yoktur. Nitekim bu husus bir Yargıtay<sup>77</sup> kararında da açıkça ifade edilmiştir.

## 2. Tarafların iradelerini Temsilcileri Aracılığı ile Açıklamış Olmaları

Evlenme sözleşmesinin yapılması bir “kişilik işlemi hakkı”nın kullanılmasında sayılmaktadır. Böyle olunca da evlenme konusundaki irade beyanının evlendirme memuru önünde açıklanması gereği, bir kanuni mümessil veya iradi mümessil aracılığı ile bu gereğin yerine getirilmesine elverişli değildir. Kişilik işlemi hakkının kullanılması bir usuli işlem gerektiriyorsa; bu usuli işlem için hakim önünde “temsil” mümkündür. Ancak bu temsilin de kural olarak irade temsil olması “kanuni temsil” olmaması gerekir. Boşanma davasının açılması, manevi tazminat talebinin dava yolu ile ileri sürülebilmesi için bir avukata temsil yetkisinin verilmesi bu kapsamdadır.<sup>78</sup>

Usuli işlem değil de maddi hukuk işlemi yapılması söz konusu ise, bu işlemin yapılması da bir kişilik işlemi hakkının (kişiyeye sıkıca bağlı hak, münhasıran şahsa bağlı hak) kullanılması niteliğinde görünüyorsa bu işlemin yapılmasında “iradi temsile” cevaz verilmez. Ancak nişanlanmada olduğu gibi bir beyan nakli söz konusu olabilir. Yani “beyan”da temsil olabilir. İradede temsil söz konusu değildir. Bir hukuki sonuç doğurmaya yönelen bir irade beyanı o beyanın sahibinden sadır olmalıdır. Ondandır sadır olduktan sonra vasıta kullanılmasına - sadece nişanlanmada- cevaz verilebilir. Kişilik işlemi niteliğindeki muamele şekle bağlı ise aracı da kullanılamaz. Nitekim ölüme bağlı tasarruf yapma<sup>79</sup> ve evlenme işlemlerinde aracı kullanmaya cevaz verilmez<sup>80</sup>.

Dolayısıyla kişi temsilci vasıtası ile evlenme iradesini açıklanmışsa bu durumda da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme sözleşmesi yoktur<sup>81</sup>.

77 Y.1.HD. 27.10.1986. E. 8684/K: 9357. “... Evlenme tarafların yetkili memur önünde karşılıklı olarak evlenme arzu ve iradelerini uygun biçimde açıklamaları ile meydana gelir. Arzu ne kadar kesin olursa olsun, katılan sağ kalsa idi evlenme iradesini açıklayacağı muhakkak ve mutlak bulunsada bile, bir kişinin ölümünden sonra, mirasçılarının başvurması ile evlendirme memur taraflar arasındaki nikah akdini icra edemeyeceği gibi mahkemece de bu doğrultuda karar verilemez...” (YASA, 1987. S. 11, s. 1062).

78 Hatemi / Serozan, 76.

79 Oğuzman, Kemal; Miras Hukuku 4. Bası, İstanbul 1995 s. 97.

80 Hatemi/Serozan, 77.

81 Akıntürk, 174; Zevkililer, 752, Feyzioğlu, 111; Tekinay 109; Hatemi/ Seroğazn, 77-78.

Özellikle köylerde muhtarın huzurunda yapılan nikah sözleşmelerinde, Eski Hukuk geleneğinin etkisinde kalınarak, sadece müracaat işlemi değil kadın nişanlısının irade açıklaması da kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda böyle bir evlenme sözleşmesi meydana gelmemiş demektir.<sup>82</sup>

Eski Hukukumuzun evlenme sözleşmesinde bile temsile cevaz vermesinin<sup>83</sup> etkisiyle özellikle köylerde bu alışkanlık devam edegelmiş ve köylülerin resmi nikahı, bir formaliteden ibaret görmeleri ve muhtarların da resmi nikah kıyma işini benimsememiş olmaları sebebiyle de giderek büyümüştür.<sup>84</sup>

Kanaatimizce köylerdeki muhtarlara resmi nikahın önemi ve gerekliliği hakkında seminerler verilmesi, köy imamları ve müftülükler vasıtasıyla da köy halkına resmi nikah ile imam nikahı arasında fark olmadığını anlatılması bu sorunu çözmede faydalı olabilir.

## VI. Devletler Özel Hukuk Açısından Evlenmenin Yokluğu

Buraya kadar iki Türk'ün Türkiye'de yapmış oldukları evliliklerin yokluk ile malul olmasını gerektiren durumları inceledik. Burada ise bir Türk ile bir yabancı uyruklunun, yabancı ülkede o ülke kanunlarına göre yaptıkları evliliklerin Türkiye'de geçerli bir evlilik olarak kabul edilebilip edilemeyeceğini inceleyeceğiz.

### 1. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmenin Şekil Bakımından Değerlendirilmesi

#### a. Medeni Evlenmeler Açısından

Türk Medeni Kanunu medeni evlenme şeklini kabul ettiği için, milli hukukları aynı evlenme şeklini öngören yabancıların Türkiye'de evlenmeleri, ya da Türk vatandaşlarının medeni evlenmeyi kabul eden ülkelerde evlenmeleri halinde bir sorun çıkmaz<sup>85</sup>. Dolayısıyla bir Türk ile bir yabancıнын medeni evlenme şeklini benimsemiş bir ülkede o ülke hukukuna göre evlenmeleri durumunda, Türk hukuku bakımından da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme vardır.

#### b. Dini Evlenmeler Açısından

Evlenmenin şekline, evlenme işleminin yapıldığı yer hukukunun uygulanması genellikle kabul edilen bir görüştür. Nitekim MÖHUK m. 12/I'de "Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir", denilerek uluslararası özel hukuk doktrininde üzerinde ittifak edilen kural kanun metninde de aynen yerini bul-

82 Hatemi/Serozan, 79.

83 Karaman, 265.

84 Akıncı, İmam Nikahı, 51.

85 Sayman, Yücel, Türk devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, s.137.

muştur. Türk Medeni Kanununun medeni evlenmeye ilişkin hükümleri Türkiye’de evlenen yabancılara doğrudan doğruya uygulanır. Bu nedenle yabancılar Türkiye’de ancak resmi şekilde evlenebilirler<sup>86</sup>. Evlenmenin şekline uygulanacak esas kural locus regit actumdur. Bu nedenle dini evlenmenin geçerli olduğu bir ülkede iki Türk vatandaşı bu usule göre evlenirlerse, evlenme Türk hukuku açısından da geçerli olarak kabul edilir<sup>87</sup>.

Buna karşın Türkiye’de bulunan yabancıların kendi milli hukukları uygun olsa bile yaptıkları dini evlenmeler Türk hukuku açısından geçersizdir, yok hükmündedir<sup>88</sup>.

Bir ülkede hem dini nikahın hem de medeni nikahın yapılması mümkün ise, Türk vatandaşları ister dini nikahla isterlerse medeni nikahla evlenebilirler. Çünkü evlilikleri, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerlidir.<sup>89</sup>

Yurt dışında evlenmenin yapıldığı ülke hukukuna göre akdedilen dini evlenmelerin geçerli olabilmesi için bu hukukun öngördüğü dini şekle uyulmuş olması gereklidir. Eğer bu hukuk dini evlenmenin geçerli olabilmesi için nüfus kütüğüne kayıt ya da resmi bir kamu görevlisinin evlenme anında hazır bulunması gibi ek formaliteler öngörmüşse bu formaliteler de yerine getirilmelidir.<sup>90</sup>

### c. Rızai Evlenme Şekli

Mukayeseli Hukukta hiçbir resmi ya da dini makam, kişi katılmaksızın, hatta merasime dahi gerek duyulmaksızın müstakbel eşlerin evlenme iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ile gerçekleşen evlenme şekillerine rastlanmaktadır. İslam hukukunda evlenme akdi bir nitelik tarafların iki şahit önünde evlenme iradelerini beyan etmeleriyle evlenme geçerli olarak doğmaktadır. Şahitlerin varlığı da “evlenmenin aleniyeti ve üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacını” gütmektedir.<sup>91</sup> Bu açıdan İslam Hukukunun evlenmeyi düzenleyen hükümleri rızai evlenme şekline girmektedir.

Yine Roma Hukukunda da evlenme bazı merasimlere tabi tutularak yapılmaktaydı. Ancak bu merasimler dini amaçlarla ve evlilik müessesesine duyulan saygı sebebiyle yapılmaktaydı. Aslında Roma Hukukunda evliliğin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için her hangi bir şekil şartına gerek duyulmamaktaydı.

86 Sayman, 138.

87 Tekinalp, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları 4. Bası İstanbul 1992 s. 127; Sayman, 138.

88 Nomer, Engin; Devletler Hususi Hukuku 9. Bası İstanbul 1998 s.215-216; Tekinalp, 129.

89 Nomer, 217.

90 Sayman, 140.

91 Sayman, 141.

Tarafların sadece evlenme yönündeki iradeleri (affectio maritalis) yeterli görül-  
mekteydi<sup>92</sup>.

Burada karşılaşılabilecek olan sorun, böyle bir evlenmenin geçerli olduğu bir  
ülkede, iki Türk vatandaşının bu şekilde evlenmelerinin Türk hukuku açısından  
geçerli olarak kabul edilmesine kamu düzeni müdahalesi ile engel olunup oluna-  
mayacağıdır. Bir görüşe<sup>93</sup> göre Türkiye’de evlenme akdi resmi memur önünde  
yapılır ve bu kural Anayasanın 153/4 maddesi ile anayasaya aykırı olarak kabul  
edilemez.

Ayrıca, yurt dışındaki Türklerin, buldukları ülkede kabul edilen dini ni-  
kahla evlenmelerinin Türkiye’de de kabul edilmesi, bu nikahların dini olmasının  
yanında yetkili resmi makam ya da kişi huzurunda yapılmış olmaları sebebiyle-  
dir. Bu nedenle hiçbir resmi makam ya da kişinin iştiraki olmaksızın yapılan ni-  
kahlar Türk kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmeli ve geçerli sayılmamalı-  
dır. Hemen belirtmek gerekir ki kamu düzeninin müdahalesine gerekçe olarak  
“ahlaka aykırılık” gösterilmemekte. Türk Anayasasınca da kabul edilen resmi  
medeni nikahın gerekliliği ileri sürülmektedir.

Bu görüşe karşın, evlenmenin şeklini, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna  
tabi tutan MÖHUK ve muayeseli devletler özel hukuku kurallarına göre, Türk  
vatandaşlarının hiçbir şekil şartı gerektirmeyen ve tarafların karşılıklı rızalarıyla  
evlenmelerini kabul eden ülkelerde geçerli olarak evlenebilecekleri ileri sürül-  
mektedir.<sup>94</sup>

## 2. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların Cinsiyetleri Açı- sından Değerlendirilmesi

Eşlerin ayrı cinslerden olmaları evlenmenin kurucu unsurlarındandır. Tüm  
Hukuk sistemlerinde, açık bir yasa hükmüyle belirtilmemekle birlikte, evlilik  
kurumunun mahiyetinin doğal bir sonucu olarak evlilikten söz edilebilmesi için  
Tarafların ayrı cinsiyetten olmaları gerekir. Nitekim bu unsurun yokluğunun Türk  
Hukuku açısından evliliğin de yokluğu sonucunu doğuracağını yukarıda incele-  
dik.<sup>95</sup>

Bazı ülkelerde aynı cinsiyetten kişilerin evlenebilmesine imkan tanıma e-  
ğilimi güçlenmektedir. Bu nedenle yabancı ülkede aynı cinsten iki kişinin evlen-  
miş olmasının Türk hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelen-  
melidir.

<sup>92</sup> Akıncı, Şahin, Roma Hukuku, Konya 1999, s.234.

<sup>93</sup> Göger, E.: Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, Ankara 1975, s.172; Güral, Kanun İhtilafları, 166-167.

<sup>94</sup> Bkz. Yukarıda : VI.1,b.

<sup>95</sup> Sayman, 100.

Aynı cinsten iki Türk vatandaşının ya da iki yabancı ülke vatandaşının Türkiye’de geçerli bir evlilik yapmalarına imkan yoktur. Bu nedenle sorun, yabancı ülkede yapılmış böyle bir evliliğin geçerliliği noktasına ilişkindir.

Bu şekilde yabancı bir ülkede yapılmış olan evlilik kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır ve Hukukumuz açısından geçerli olarak kabul edilmez.<sup>96</sup>

Çünkü, eş cinsler arası evlenmeye imkan sağlayan ve böyle bir evlenmeyi geçerli sayan yabancı hukuk hükümleri, hem sosyolojik fonksiyonu, hem de Türk hukuk sistemindeki bu fonksiyona uygun yasal çerçevesiyle “kurum olarak evlenme” anlayışına ve bu günkü ahlak anlayışına ters düştüğü için kamu düzenimize aykırıdır.<sup>97</sup>

Buna karşın evliliğin meydana gelmesinden sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi sebebiyle ayrı cinsiyetten olma durumu sona ererse, evliliğin devam etmesine kamu düzeni açısından bir engel olmadığı ifade edilmektedir.<sup>98</sup>

### 3. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların İrade Beyanları Açısından Değerlendirilmesi

#### a. Ölümünden Sonra Evlenme

Evlenmenin hukuken vücut bulabilmesi için tarafların evlenmeye karar vermiş olmaları ve bu konudaki iradelerini açıklamış olmaları gerekmektedir.

MK.m. 108 ve m.109’a göre Türkiye’de evlenen kişilerin iradelerini evlendirme memuru önünde açıklamaları zorunludur. Bunun tabii sonucu olarak, tarafların birisinin ölmesi durumunda, bu evlenmenin ölümünden sonra yapılması Türk hukukuna göre mümkün değildir.

Bazı yabancı ülke hukuklarında ve özellikle Fransa’da Fransız Medeni Kanununun 171. Maddesinin 1959 yılında değiştirilmesinden sonra bazı hallerde, nişanlılardan birisinin ölümünden sonra evlenme yapılabilir. Aranılan şartlar, nişanlıların tüm resmi evlenme işlemlerini tamamlayarak evlenme iradelerini kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtmiş olmaları ve evlenmenin nişanlılardan birinin ölmesine rağmen yapılmasını gerektiren çok önemli bir sebebin varlığıdır.<sup>99</sup> Bu durumda Devlet Başkanının izniyle evlenme merasimi yapılabilir.

Böyle bir evlenmenin Türkiye’de yapılamayacağı kuşkusuzdur. Ancak yabancı ülkede bu şekilde yapılmış olan bir evliliğin Türk hukuku açısından geçerliliği tartışmalıdır.

96 Sayman, 100.

97 Sayman, 102.

98 Sayman, 27.

99 Sayman- 27-29.



Doktrinde bu şekilde yapılan bir evliliğin her durumda kamu düzenine aykırı düşmeyeceği ve doğurduğu sonuçların incelenerek bu sonuçların kamu düzenine aykırı olması durumunda kabul edilmemesi, aksi takdirde evliliğin geçerli olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi açısından bu sonuç savunulmaktadır.<sup>100</sup>

Kanaatimizce böyle bir evlilik, geçerli olarak görülmemelidir. Çünkü tarafların hayatta olmaları durumunda, irade beyanlarının iradi yada kanuni temsilcileri aracılığı ile açıklanması sureti ile yabancı ülkede yapılan evlenmelerin Türk hukuku açısından geçerli olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması karşısında ölümden sonra irade açıklamasının evleviyetle geçerli olmaması gerekir.

Ancak bu ölümden sonra yapılan evlenmelerin gerçek bir evlilik olmadığı ve M.K. m.249' daki gibi çocuğun nesebinin tashihi açısından bazı hukuki sonuçlar doğurabileceği de kabul edilmektedir.<sup>101</sup>

### b. Tarafların İradelerini Temsil Yoluyla Açıklamaları

Türk Hukuku açısından evlenecek kişilerin iradelerini açıklamaları kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak görüldüğünden temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkün değildir.<sup>102</sup>

Bir görüşe<sup>103</sup> göre evlilik için kişinin iradesini bizzat kendisinin açıklaması kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak kabul edilmesi sebebiyle, yurt dışında Türk vatandaşlarının medeni yada dini nikah yaptırması durumunda bile iradelerini temsil veya vekalet yoluyla açıklayamayacaklardır. Böyle bir evlilik o ülke hukukuna göre geçerli olsa bile Türk hukukuna göre geçerli olarak kabul edilmemelidir.

Diğer bir görüşe<sup>104</sup> göre, irade beyanının vekil veya temsilci vasıtasıyla açıklanması şekle ilişkin kabul edilirse evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabi olmalı, maddi şartlardan kabul edilirse, kişisel statüye tabi tutulmalı ve Türk vatandaşları için mümkün görülmemelidir.

Kanaatimizce irade beyanının temsil veya vekalet yoluyla kullanılmasını ikiye ayırarak incelemek daha uygun olacaktır. Evlenecek olan kişi evlenmek için iradesini beyan etmiş ise bu beyanın nakledilmesi hususundaki temsili, şekle ilişkin kabul etmek ve bu şekilde yapılmış olan bir evliliği Türk Hukuku açısından da geçerli saymak uygun olur. Yani sadece beyanda temsil durumu varsa

100 Nomer, 219.

101 Hatemi /Serozan, 76-77.

102 Sayman, 163.

103 Sayman, 88.

104 Nomer, 219.

Türk hukukunda nişanlanma için kabul edilen<sup>105</sup> bu temsil durumunu yabancı ülkede yapılan evlenmeler için de kabul etmek mümkün olmalıdır. Ancak iradenin beyan edilmesi ve hatta evlenilecek kişinin seçiminin dahi başka birisine bırakılmış olması durumunda bu hali evlenmenin maddi şartlarından saymak<sup>106</sup> yerinde olur. Bu durumda evlenmeyi kişisel statüye tabi tutarak Türk hukuku açısından geçersiz saymanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

### SONUÇ

Evlenmenin yokluğu hükümsüzlük halleri içerisinde ağır sonuçları olan bir yaptırımdır. Tarafların evlenme için gerekli olan irade beyanında bulunmama- ları, temsilci aracılığı ile bu beyanlarını açıklamaları, tarafların cinsiyetinin aynı olması ve kanunun öngördüğü resmi şekle uyulmaması durumunda evlenme yoklukla malüldür.

Toplumumuzda büyük bir yer işgal eden imam nikahı ile evlenmeler, ne- sep, miras ve nafaka açısından büyük sorunlar çıkarmaktadır. Tarafların imam nikahı olarak isimlendirilen nikahın mahiyetini tam olarak bilmemeleri ve resmi nikah karşısında bu nikaha daha fazla önem vermeleri sebebiyle bu uygulama devam edelmektedir.

Resmi nikahın gözardı edilerek imam nikahı kıyılması suretiyle meydana gelebilecek telafisi imkansız zararların önüne geçmek için, özellikle kırsal ke- simde yaşayanlar ve köy muhtarları bilinçlendirilmelidir.

Evliliğin devamı sırasında eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesine iliş- kin mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte evliliğin de sona ereceğine iliş- kin yeni düzenleme Medeni Kanunun evliliğin ancak hakim kararı ile sona erdi- rilebileceği ilkesine aykırıdır. Yeni Medeni Kanun Tasarısında evli kişilerin cinsiyet değiştirme yoluna gidemeyeceklerinin hüküm altına alınmış olması isa- betlidir.

05 Hatemi/Serozan, 77.

06 Bkz. Nomer, 219.

## MAHALLİ İDARELERDE ÖZERKLİKLE YÖNELİK TEHDİTLER VE MERKEZİLEŞME EĞİLİMLERİ

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ\*

### GİRİŞ

Günümüzde anayasal bir yönetim birimi olarak “mahalli idareler”<sup>1</sup>, sayı ve alan olarak büyümelerine paralel olarak, idari ve mali açıdan sorunları da büyüyen idarelerdir. Bu sorunların başında mahalli idare özerkliğine yönelik tehditler gelmektedir.

Özerklik kavramı, farklı anlamlar taşıyabilen<sup>2</sup>; bazen devlet idaresinin bir parçası ve devletin sorumluluk alanında bir organizasyon prensibi olarak, bazen de devlet idaresinin karşısında farklı şekillerde karşımıza çıkan bir kavramdır<sup>3</sup>. Her ne şekilde anlaşılırsa anlaşılın genel özelliği ise kanunla belirlenen ölçüde tamamen veya kısmen bağımsızlık, faaliyet alanıyla ilgili serbest karar alabilme ve kendi adına ve sorumluluğu altında bu kararları uygulayabilme yeteneğidir<sup>4</sup>.

Anayasa Mahkemesi’ne göre genel anlamıyla özerklik; “...sosyal bir topluluğun ya da tüzel kişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilme özgürlüğü ve yetkisidir”. Kararda mahalli idare özerkliği ise şöyle tanımlanmaktadır: “...özerklik..., anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisidir”<sup>5</sup>.

Teknik idare hukuku terimi olarak özerklik, kendi bağımsız iradesiyle hukukun geçerli, yürütülebilir kararlar alabilen ve bu kararları aynı şekilde uy-

\* S.Ü.Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Özay, “yerel yönetim” kavramını, “yönetim” kavramının siyasi boyutundan hareketle, “mahalli idare” kavramına tercih etmek gerektiğini; zira yerel yönetimlerin “politiko-tekni” kamu idareleri olduğunu ifade etmektedir. ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 1996, s. 180

2 Özerklik, “pasif”, siyasi olarak kamu hizmetinin vatandaşlar tarafından fahri olarak yerine getirilmesini anlatır. Ancak günümüzde hemen hemen sadece “aktif”, yani hukuki anlamda bir kavram olarak anlaşılmaktadır. WOLFF Hans J.-BACHOF Otto-STOBER Rolf, *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl., München 1987, § 84, rdn. 33.

3 ACHTERBERG Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1986, § 11, rdn. 1.

4 EHLERS Dirk, “Die Abhängigkeit des Verwaltungsrechts vom Recht der Europäischen Gemeinschaften und vom Verfassungsrecht”, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrg. ERICHSEN Hans-Uwe-MARTENS Wolfgang, 9. Aufl., Berlin 1991, § 3, rdn. 44; WOLFF-BACHOF-STOBER, § 84, rdn. 34; ACHTERBERG, § 11, rdn. 2.

5 E 87/18, K 88/23, KT 22.6.1988, AMKD, Sy. 24, s.334.

gulama gücüne sahip olan her “hukuksal varlık” için kullanılan bir kavramdır<sup>6</sup>. Bu anlamıyla da mahalli idarelerin unsurlarından bir tanesidir<sup>7</sup>.

Aslında özerklik, idarenin geleneksel olarak merkezileşme eğilimini dengeleyici bir rol oynar<sup>8</sup>. Halkın kendisini doğrudan doğruya ilgilendiren sorunlara, kendi çabasıyla çareler bulmasına imkân tanınması sebebiyle mahalli düzeyde demokrasinin esasını gösterir<sup>9</sup>. Özerk mahalli idareler de sadece demokratik katılım açısından önem taşımakla kalmaz, aşırı merkezizetçiliğe karşı sağlıklı ve denge kurucu bir güç oluştururlar<sup>10</sup>.

## I. ÖZERKLİĞE YÖNELİK TEHDİTLER

Günümüzde mahalli idareler, sürekli büyüme eğilimi göstermekte; artan ihtiyaçların ve hayat standardının getirdiği karmaşıklık nedeniyle, sorunların üstesinden gelememektedirler. Merkezi idare ise, ülke üzerinde yaşayan herkesin hayat şartlarında birlik ve ahenk sağlamak için mahalli idarelerin işleyişine müdahale etmekte; bu durum, merkezileşme eğilimlerini artırmaktadır. Mahalli idarelerin özerkliklerini ciddi şekilde tehdit eden bu hususları şu şekilde belirtebiliriz:

### A. Mahalli İdare Birimlerinin Büyüme Eğilimi Göstermesi

Son yıllarda mahalli idarelerin, özellikle belediyelerin sürekli büyüme eğilimi gösterdiği; plânsız bir şekilde belediyeleşme sürecine girildiği; böylece bir yandan belediyelerin sayısının süratle arttığı, diğer yandan da göçler, hızlı nüfus artışı ve kentleşme sebebiyle hizmet alanının aynı süratle genişlediği açıkça görülmektedir. Bu durum mahalli idare özerkliğine yönelik tehditlerin başında gelmektedir<sup>11</sup>. Gerçekten, mahalli idareler büyüdükçe, belde halkının, kentin sorunları ile ilgilenmek mahalli yönetime katılmak istek ve şevkleri yok olmakta, kamusal yararın gerçekleştirilmesi yolundaki çabalar ikinci plâna itilmekte, kişisel yararın korunması ile ilgilenilmeye başlanmaktadır.

Mahalli idare özerkliğine yönelik bu tehdit, mahalli idarelerin büyümelelerinin durdurulmaları ile çözümlenemez. Çünkü, her şeyden önce mahalli idarelerin kendilerine verilen görev, yetki ve sorumlulukları gereği gibi yerine getire-

<sup>6</sup> ÖZAY, s. 180; AYTAÇ Fethi, Merkezi İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, Ankara 1994, s. 6.

<sup>7</sup> BLAIR George, Government at The Grass-Roots, California 1981, s. 9.

<sup>8</sup> CARTER M.-HERZ John H., Government and Politics in the Twentieth Century, London 1970, s. 88.

<sup>9</sup> CARTER-HERZ, s. 88; EHLERS, § 3, rdn. 44.

<sup>10</sup> CARTER-HERZ, s. 88.

<sup>11</sup> LAEPPLÉ Friedel, “Federal Almanya’da Yerel Özerklik Anlayışı Üzerine Düşünceler”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 2, Sy. 3, Mayıs 1993, s. 81.

bilmeleri için, yeterli finansman ve düzenleme imkânlarını kendilerine sağlayacak bir alansal büyüklüğe ihtiyaçları vardır<sup>12</sup>.

### B. Toplumsal Hayatın Karmaşıklığı

Mahalli idarelerin özerkliği üzerinde ağırlığını hissettiren tehditlerden birisi de hayat şartlarının sebep olduğu karmaşıklaktır<sup>13</sup>.

Katı atıkların ve diğer kalıntı ve döküntülerin imha edilmesi, bunlardan çevrenin temizlenmesi, yeniden topluma ve ekonomiye faydalı hale getirilmesi, ses ve hava kirliliğinin önlenmesi, kentlerin içme suyu ihtiyacının karşılanması, kullanılan suların arıtılması, enerji ihtiyacının giderilmesi ve toplu taşıma gibi kentsel sorunlar, bundan önceki dönemlerde küçük mahalli idare birimleri tarafından çoğu ya hiç düşünülmeyen ya da söz konusu olan bir kısmı itibariyle, kolayca çözülebilen sorunlar iken; bugün artık sadece ülkemizde değil, bütün dünyada mahalli idarelerin kapasitesini aşar hale gelmiştir. Hemen hemen son yarım yüzyıldan beri, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, mahalli idareler yerel ihtiyaçları istenildiği şekilde karşılayamaz olmuşlardır.

Mahalli idare birimleri artık zaman içinde kanunlarla kendilerine verilen ağır sorumlulukların üstesinden gelememektedirler. Bu nedenle, belirli ölçüler dışında kendilerinden yeterli ve kaliteli hizmet beklemek de mümkün değildir. Zira, kabiliyet ve imkânlarının üzerinde bir zorlama, onları iş göremez hale getirmektedir. Bu durum ise, "özerk mahalli idare" fikrinin zayıflamasına yol açmaktadır<sup>14</sup>.

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler ve kitle haberleşme araçlarındaki değişim sayesinde halk, birbirine son derece yakınlaşmış; bilgi, görgü, eğitim, öğretim ve kültür bakımından birbirlerini etkileme imkânına kavuşmuştur. Bu durum halkın idareden de nitelik, nicelik ve kalite itibariyle daha iyi hizmeti bekler hale gelmesine yol açmıştır. Ekonomik ve sosyal alanda görülen bu gelişmeler sonucunda mahalli idareler de, eskiden sınırlı ihtiyaçlara cevap verirken, artık kamu hizmetlerde meydana gelen değişiklik ve çeşitliliğin doğurduğu talepleri karşılayamaz olmuşlardır.

Tarımda makineleşme, sanayileşme ve toprak kaybı veya toprağın veriminin düşmesi<sup>15</sup>, kentlerin sahip olduğu toplumsal ve kültürel imkânların çekiciliği, kentli olmanın gururunu paylaşma<sup>16</sup> ve daha birçok nedenlerle şehirlere yönelik

<sup>12</sup> LAEPPLE, s. 82.

<sup>13</sup> LAEPPLE, s. 82.

<sup>14</sup> AKTAN Tahir, "Mahallî İdarelerin Bazı Sorunları Üzerine," Amme İdaresi Dergisi, C. 7, Sy. 2, Haziran 1974, s. 107.

<sup>15</sup> AKTAN, s.102.

<sup>16</sup> KELEŞ Ruşen, Kentleşme Politikası, Ankara 1990, s. 12.

göçler, mahalli nitelikte birtakım sorunları ortaya çıkarmıştır. Artan nüfusa paralel olarak, konut, yol, trafik, su, elektrik, havagazı gibi sorunların giderilmesi ise mahalli idarelerin güç ve imkânlarını aşmıştır<sup>17</sup>.

Söz konusu yerel ihtiyaçların mahalli idare birimleri tarafından kısmen veya tamamen karşılanamaması hallerinde, bu görevlerin merkezi idareye aktarılması ya da merkezi idarenin bu sorunlara el atması söz konusu olmaktadır. Hatta bazı anayasalar, mahalli idarelerin görev ve sorumluluklarını yerine getiremedikleri durumlarda, bu görev ve sorumlulukları merkezi idarenin yerine getireceğini hükme bağlamaktadır<sup>18</sup>. Gerçi bu durum, en son çare olarak öngörülmekte ise de, ister istemez mahalli idare özerkliğinin zedelenmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>19</sup>.

### C. Devletin Hayat Standardı Geliştirme Çabaları

Mahalli idare özerkliği üzerindeki tehditlerden birisi de devletin, ülkesinin tümünde benzer hayat şartları sağlamak arzusundan kaynaklanmaktadır<sup>20</sup>. Halbuki, hayat şartlarındaki farklılığı ve çeşitliliği açıkça destekleyen mahalli özerklik ilkesi ile bu durum tamamen çelişmektedir<sup>21</sup>. Her ne kadar, ülkedeki tüm idarelerin tek bir otorite altında toplanması, kamu hizmetlerin yeknesak ve rasyonel bir şekilde yürütülmesini sağlamakta; kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yöreler ve vatandaşlar arasında birlik ve eşitliği mümkün kılmakta<sup>22</sup> ise de, idari hizmetlerin yürütüleceği yörelerin ihtiyaçlarının tespit edilmesinde ve hizmetlerin bu ihtiyaçlara uygun bir şekilde yürütülmesinde, halkın kendisini doğrudan doğruya ilgilendiren mahalli işlerle ilgilenmek ve mahalli idareleri denetlemek suretiyle yönetime katılması esasına dayanan mahalli özerklik ilkesi<sup>23</sup>, idari hizmetlerin tüm ülke düzeyinde yerine getirilmesinde birliğin sağlanması bahaneleriyle, erozyona uğramaktadır.

17 AKTAN, s.102.

18 Örneğin Almanya'da, hayat şartlarının iyileştirilmesi için Federasyonun işbirliği gerekiyorsa ve birlik için değer taşıyorsa, Federal devlet, Anayasa'nın 91 (a) hükmünde belirtilen hallerde eyaletin görevlerinin icrasına müdahale edebilmektedir. SCHMIDT-BLEIBTREU Bruno-KLEIN Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Neuwid 1990, s. 1025 vd.; ESSER Josef, "Does Industrial Policy Matter? Land Governments in Research and Technology Policy in Federal Germany", in: The New Centralism, Ed. CRUCH Colin-MORQUAND David, 1989, s. 97; LAEPPLÉ, s. 82.

19 LAEPPLÉ, s. 82.

20 HANSON A. H., "Türkiye'de Bağımsız Mahalli İdare Hakkında", Mahalli İdareler Hakkında Etüdler, Ed. HANSON A. H., Ankara 1955, s. 144; LAEPPLÉ, s. 82.

21 LAEPPLÉ, s. 82.

22 GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 39-40.

23 SCHOLZ Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., s. 34; MAURER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 1990, § 23, rdn. 2.

#### D. Milletlerüstü Kuruluşların Yönelttiği Tehditler

Mahalli idare birimleri milli, egemenlikaltı (intra sovereign) kuruluşlardır. Ancak bunlarla ilgili düzenlemeler, sadece milli boyutta kalmamakta; uluslararası, egemenliküstü (ultra sovereign) kuruluşlar tarafından da yapılabilmektedir. Bu anlamda çeşitli uluslararası kuruluşlar tarafından, mahalli idarelerin statüleri düzenlenebilmekte veya devletler arasında yapılan anlaşmalar yoluyla bu idarelere bazı yetki, görev ve sorumluluklar verilebilmektedir. Söz konusu görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi ise sadece devleti değil, mahalli idareleri de etkilemektedir<sup>24</sup>.

Bu noktada, milletlerüstü kuruluşlar ve özellikle Avrupa Birliği karşısında mahalli idarelerin ve mahalli idare özerkliğinin yeri önemlidir. Topluluk üyesi devletler içerisinde mahalli idareler, çok küçük köyleri ifade eden "komünler" den, yasama yetkisi ile donatılmış çok büyük bölgesel otoritelere kadar çeşitlilik ihtiva etmektedir<sup>25</sup>. Ayrıca, yetki ve görevlerin merkezi ve mahalli idareler ile bunların yerel ve bölgesel farklı düzeyleri arasında dağıtılması bir üye devletten diğerine farklılık gösterebilmektedir<sup>26</sup>.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği'nin meydana getirilmesi, mahalli idarelerin sahip oldukları haklardan, zaman içinde artan bir kısmının Avrupa Topluluğunun ve onun hukuki düzeninin yararına devrini gerektirmektedir. Avrupa Topluluğu Hukuku, üye devletlerde, milli hukuk yerine geçerek geniş bir uygulama alanı kazanmakta<sup>27</sup>, gittikçe artan bir biçimde mahalli ve bölgesel idarelerin görev alanlarına müdahale etmektedir<sup>28</sup>. Topluluk hukuku, bir çok düzenlemesi ile mahalli idareler tarafından üstlenilecek görevlere de uygulanmakta ve onların faaliyet alanlarını doğrudan etkilemektedir. Zira, Avrupa Birliği, milletlerüstü, egemenliküstü bir kuruluş olup, organlarında doğrudan doğruya üye devletlere yönelik, bağlayıcı kararlar alınabilmektedir<sup>29</sup>. Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba, Avrupa Topluluğu Hukuku, üye devlet anayasalarının tanıdığı mahalli idare güvencelerine müdahale edebilir mi? Gerçekten, üye devlet

24 BONGERS Paul N., *Local Government and 1992*, Longman 1990, s.11.

25 Özellikle Almanya'da, Federal yapı sebebiyle yerel ve diğer özerk kuruluşlarıyla bu çeşitlilik açık bir şekilde görülmektedir. WOLFF-BACHOF-STOBER, § 85, rdn. 29-32; ACHTERBERG, § 11, rdn. 11-50.

26 LENZ Carl Otto, "Entwicklung und unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts", in: *Kommunale Selbstverwaltung und europäische Integration*, Hrg. HOPPE Werner-SCHINK Alexander, Köln 1990, s. 7.

27 HESSEL Bart-MORTELMANS Kamiel, "Decentralised Government and Community Law: Conflicting Institutional Developments?" *Common Market Law Review*, 30, 1993, s. 906.

28 YETER Enis, "Avrupa Topluluğu 1992-Tek Pazarı ve Federal Almanya Yerel Yönetimleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, Sy. 3, Eylül 1990, s. 69.

29 YETER, s. 70.

anayasaları mahalli idareler hakkında çeşitli güvenceler ihtiva etmektedir<sup>30</sup>. Burada hemen belirtmek gerekir ki, topluluk hukuku, milli hukuku dikkate almak durumunda değildir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına göre, üye devletler egemenlik haklarının devriyle, kendilerini kapsayan, bir anlamda bağımsızlıklarını sınırlayan yeni bir hukuki varlık, bir tüzel kişilik oluştururlar. Bu açıdan bakıldığında, topluluk hukuku normları, ne uluslararası ne de milli hukuk niteliğinde olup, "sui generis" (kendine özgü) bir yapıya sahiptir. İşte bu sebeple topluluk hukuku, üye devletlerin anayasa güvencesinde bulunan mahalli idare hakkına müdahale edebilecek konumdadır<sup>31</sup>.

Avrupa Birliği gibi egemenliküstü kuruluşların faaliyetleri, kararları ve standartları nedeniyle mahalli idare özerkliğinin zedelenebileceği açıktır. Bu bakımdan mahalli idare özerkliğinin azaltılmasına karşı uluslararası düzeyde de gerekli tedbirlerin alınması, örneğin, Avrupa Topluluğu gibi milletlerüstü kuruluşların statülerinde ve hukuksal belgelerinde, mahalli özerkliğini koruyucu hükümlerin yer alması sağlanmalıdır<sup>32</sup>.

7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşmasının imzalanması, Avrupanın bütünleşmesinde yerel ve bölgesel idarelerin işlevlerine ayrı bir önem kazandırmıştır. Söz konusu Antlaşmanın 3/B maddesine göre, "salt kendi yetki alanının bir parçasını oluşturmayan konularda, Topluluk (Birlik) yalnız yerellik (subsidiarity) ilkesine uygun olarak hareket eder. Yeter ki, söz konusu önlemlerin amacı, üye devletlerce yerine getirilmekte olsun, kapsamı ve etkisi açısından, Topluluk düzeyinde daha iyi ele alınabilir. Toplulukça yapılacak işlem, Antlaşmanın amaçlarına ulaşabilmek için gerekli olan ölçüleri aşamaz". Görüldüğü gibi, "yerellik" ya da "hizmette halka yakınlık" ilkesi yerel demokrasinin bir güvencesi olarak Antlaşmada yer almıştır. Keleş'e göre, "Bu ilke ile, gerçekte, aşağıdan yukarıya doğru bir yönetsel yapının oluşturulması amaçlanmamaktadır. Yani istenen, yalnız bir alt basamaktaki örgütün belli bir görevi yerine getirmeye gücünün yetmediği durumlarda üst düzeyde bulunan örgütün (Birliğin) işe ka-

30 Örneğin, Alman Anayasası'nın 28. maddesine göre; "Eyaletlerin anayasal düzenlemeleri, Federal Anayasa anlamında cumhuriyetin, demokratik ve sosyal hukuk devletinin esaslarına uygun olmak zorundadır. Eyaletlerde, kentlerde ve belediyelerde halkın, genel, dolaysız, serbest, eşit ve gizli seçilmiş temsilcileri bulunmalıdır. Belediyelerde seçilmiş bir heyet, belediye meclisinin yerine geçebilir. Belediyeler kendi sorumlulukları altında ve kanunlar çerçevesinde bütün mahalli işleri kendileri icra etmelidir. Belediye birlikleri de kendi kanuni görev alanı içinde hukuki, kanuni ölçülerde özerkliğe sahiptir. Federal devlet, eyaletlerin anayasal düzenlemelerinin belirtilen hususlara ve temel haklara uymasını garanti eder." SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, s. 489 vd.

31 RENGELINK Hans-Werner, "Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Zeichen der europaischen Integration", in: Kommunale Selbstverwaltung und europaische Integration, Hrg. HOPPE Werner-SCHINK Alexander, Köln 1990, s. 38 vd.; YETER, s. 71; Mahalli ve Bölgesel idareler ile Topluluk hukuku arasındaki kurumsal gelişmeler hakkında geniş bilgi için bkz: HESSEL-MORTELMANS, s. 905-937.

32 LAEPPEL, s. 82.



rişmasına olanak veren bir yapının oluşturulması değildir. Kastedilen, optimizasyon ve etkinlik ilkelerine uygun olarak çalışan bir yapı oluşturmaktır<sup>33</sup>. Ancak şurası da bir gerçektir ki yerellik ilkesinin uygulanması, Avrupa Topluluğu'nda hukuk birliğinin etkilenmesine yol açacaktır<sup>34</sup>.

Maastricht Antlaşmasınının 198/a maddesinde, ayrıca bir de görevi, Avrupa Komisyonu'na ve Bakanlar Konseyi'ne önerilerde bulunmak olan "Bölgeler Komitesi"nin kurulması öngörülmektedir. Kurulacak bu komite sayesinde, mahalli idareler ilk kez, Avrupa Birliği seviyesinde, karar ve danışma süreçlerinde söz sahibi olabileceklerdir<sup>35</sup>.

## II. MERKEZİLEŞME EĞİLİMLERİ

Her ne kadar, halkın yönetime katılması, demokrasi idealine bağlılık, mahalli idarelerin artan özerklik ve bağımsızlık talepleri, kalkınmanın mahalli teşebbüslerden ve halktan başlaması gibi düşüncelerle, yerinden yönetim biraz güç kazanmış görünse de, son yıllarda, merkezden yönetim ve yerinden yönetim arasındaki tercihlerde ya da bir ülkede her ikisinden yararlanma oranında, merkezden yönetim lehine bir değişme göze çarpmaktadır. Merkezi idarenin artan görevleri, kalkınma ve plânlama ihtiyaçları, plân ve programların milli birlik ve bütünlük gerektirmesi, toplum güvenliğinin sağlanmasında devlete düşen görevler, bu yöndeki gelişmeyi etkileyen etkenlerin başında gelmektedir<sup>36</sup>. Özellikle, fonksiyonel farklılaşmada görülen devamlılık ve artan merkezileşme, modern devletin, her zaman birbiriyle uyumlu olmayan, iki önemli eğilimidir. Bu eğilimler, özerk bir kurum olarak, mahalli idare düşüncesinin haklılığını sorgular gibi gözükmektedir<sup>37</sup>.

Dünyada olduğu gibi Türkiye'de de mahalli idareler tarafından yerine getirilen kimi hizmetlerin, merkezi idarenin görevleri arasında yer aldığı görülmektedir. 1580 sayılı Kanunun kabul edildiği 1930 yılından beri, merkezi idarenin görev alanı sürekli belediyeler aleyhine genişlemiştir. Bu süreç içinde belediyeye ait bir görev, ya merkezi idare tarafından kendi uhdesine alınmış ya da kaynaklar kısıldığı için belediyeler birçok görevi yerine getirmekten kendi-

---

KELEŞ Ruşen, *Yerinden Yönetim ve Siyaset, Genişletilmiş 2. Basım*, Ankara 1994, s. 68-69.

HEssel-MORTELMANS, s. 936.

Bölgeler Komitesi üyelerinin Birlik üyesi devletlere dağılımı şöyledir: Belçika (12), Danimarka (9), Almanya (24), Yunanistan (12), İspanya (21), Fransa (24), İrlanda (9), İtalya (24), Luksemburg (6), Hollanda (12), Portekiz (12), İngiltere (24). KELEŞ, *Yerinden Yönetim*, s. 69.

KELEŞ Ruşen, *Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar (1975-1992)*, IULA-EMME, İstanbul 1993, s. 234.

LOUGHLIN Martin, *Local Government in The Modern State*, London 1986, s. 1.

liklerinden vazgeçmek zorunda kalmışlardır<sup>38</sup>. Aynı şekilde, yürütülmesi 1913 tarihli Kanun ile il özel idarelerine bırakılan okul, hastane, yol yapımı, hayvancılık ve tarım gibi çeşitli alanlardaki görevler, zaman içinde kanunlarla merkezi idareye verilmiştir<sup>39</sup>.

Mahalli idare birimlerinin gelir, harcama ve hizmet unsurları açısından, gittikçe artan bir biçimde merkezi idarenin kararlarına bağlı ve onun tarafından denetleniyor olması, merkezileşmenin bir diğer göstergesidir. Başka bir deyişle, gelir ve harcamaların büyük bir kısmının merkezi idare tarafından tesbit edilmesi ve kimi mahalli hizmetlerin giderek daha çok merkezi idare birimleri tarafından yerine getirilmesi, mahalli idare birimleri arasında farklılıkların oraya çıkmasına yol açmakta ve mahalli hizmetlerin merkezileşmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>40</sup>.

Belirtmek gerekir ki, merkezileşme olgusu bir takım temel zorunluluklardan kaynaklanabilir. Bazı durumlarda, geleneksel olarak yürütülen kimi hizmetlerin daha geniş ölçekte ve daha yüksek düzeyde yerine getirilmesi, üretim ölçeğinin büyümesi nedeniyle düşük maliyetle üretimin mümkün olması yüzünden bazı hizmetlerin bir üst idareye, özellikle merkezi idareye aktarılması; savaş gibi kaçınılmaz olayların gelir ve giderlerde doğuracağı artış; mali ve iktisadi genel politikalar nedeniyle merkezi idarenin bazı hizmet ve harcamaları denetim altında tutmak istemesi ve nihayet, kamu hizmetlerine, gelir ve giderlerine merkezi idarenin müdahalesinin toplumda hoş görülme eğiliminin bulunması gibi çeşitli nedenlere bağlı olarak, gelir gider ve hizmetlerde zorunlu bir merkezileşmenin görülmesi de mümkündür<sup>41</sup>.

Merkezileşmenin sebepleri genel olarak; gelir kaynaklarının merkezileşmesi etkisini gösteren gelişmeler, bilimsel ve teknolojik alandaki ve ulaşımdaki gelişmeler, göçler, kamu hizmetlerinde görülen gelişmeler ve bunların rasyonel esaslara göre düzenlenmesi zorunluluğu olarak karşımıza çıkar.

### A. Gelir Kaynaklarının Merkezileştirilmesi

Mahalli idarelerde gelirlerin merkezileşmesi; köy-kasaba-şehir ilişkilerinin ekonomik yönden çok fazla artması, hemşehrilik kavramının değişmesi, büyükşehir hizmetlerinin mahalli kaynaklarla yürütülememesi gibi sebeplere da-

38 TEKELİ İhan, "Cumhuriyet Döneminde (1923-1973) Türkiye'de Belediyeciliğin Evrimi", in: Türkiye'de Belediyeciliğin Evrimi, Ed. Ergun Türkcan, Birinci Kitap, Belediyecilik Araştırma Projesi, Ankara 1978, s. 280.

39 AKYILMAZ Bahtiyar, "İl Özel İdaresi", Türk İdare Dergisi, Y. 60, Sy. 379, Haziran 1988, s. 102, 107.

40 FALAY Nihat, "Yerel Yönetim Birimleri Arası Farklılıklar", Prof. Dr. Fadıl H. SUR'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 124.

41 FALAY, s. 124-125.

yanmaktadır. Kamu hizmetindeki merkezileşme eğilimi, gelirlere de yansımaktadır.

Devlet gelirlerinde en önemli payı oluşturan gelir ve kurumlar vergisi gibi doğrudan, katma değer vergisi gibi dolaylı vergiler, merkezi idareye aittir. Buna karşılık mahalli idarelere yürüttükleri hizmetle orantılı gelir kaynakları verilmemiştir. Kaynakların bir kısmı da zaman içinde kamu hizmetinin merkezileşmesine bağlı olarak merkezi idareye devredilmiştir. Mahalli idareler, gelir kaynaklarını kaybettiği ölçüde hizmet görme imkânlarını da kaybetmişler, bu sebeple, geliri kendinde toplayan merkezi idare, hizmetleri de üstlenmek durumunda kalmıştır<sup>42</sup>.

Mahalli idare birimleri arasında ortaya çıkan gelir-gider farklılıkları da merkezileşmeyi doğurmaktadır. Gelir-gider farklılıklarının temelinde hizmet üretim ve sunumundan kaynaklanan kimi dış etkenler bulunmaktadır. Ayrıca sanayileşme ve kentleşme hızındaki farklılıklar da mahalli farklılıklar sorununun bir yansımasıdır. Bu farklılıklar, merkezi-mahalli idare birimleri arasında mali ilişkiler düzeninde ortaya çıktığı takdirde gelir ve giderlerde merkezileşme görülmektedir<sup>43</sup>.

## B. Bilimde Teknolojide ve Ulaşımındaki Gelişmeler

Bilim ve teknikte meydana gelen gelişmeler ulaşımda da etkisini göstermiş, ülkeler ve bölgeler arasındaki mesafeler kısalmıştır. Ulaşım teknolojisinde görülen ilerlemeler sayesinde nüfusun hareketliliği önemli ölçüde artmış; buna bağlı olarak yöreler arasındaki farklılıklarda çok radikal değişiklikler olmuştur. Birbirlerine yaklaşmaları sonucunda görgü, bilgi, kültür bakımından kendilerini ve çevresini daha iyi tanıyan insan, idareden daha kaliteli hizmet bekler hale gelmiştir<sup>44</sup>.

Bu gelişmelerin sonucunda, eskiden yerel kabul edilen birtakım hizmetler, merkezi bir nitelik kazanmıştır. Örneğin, turistik yörelerde ve sahillerde, mahalli idarelerin sağlık, konut ve temizlik gibi hizmetlerinin eskisi gibi mahalli bir hizmet olarak algılanması güçleşmiştir.

Teknik ve ekonomik alandaki gelişim, sosyal ve kültürel dokuların gelişmesine de yol açmış; bu durum, sorunların daha da karmaşık hale gelmesine sebep olmuştur. Mevcut imkânların yetersizliği ve gereken kaynaklarla donatılmama gibi nedenlerle, mahalli idareler yeni görevlerin üstesinden gelememişler, görevlerinin bir kısmını il veya başkent teşkilatı gibi daha üst merkezi idari birimlerine devretmek zorunda kalmışlardır. Yeni yeni mahalli ihtiyaçların ortaya

NADAROĞLU Halil, Mahalli İdareler, 5. Bası, İstanbul 1994, s. 70-71.

FALAY, s. 119.

AKTAN, s. 102; NADAROĞLU, s. 71.

çıkması, mahalli idareler arasında bunların yerine getirilmesi bakımından denge-sizlikler meydana getirmiş, mali yardımlar veya bağışlar dolayısıyla merkezi idare müdahale ve denetim yetkisini sürekli kendisinde görmüştür<sup>45</sup>.

### C. Göçler ve Kentleşme

Ekonomik ve sosyal nedenlerle köylerden kente yönelik nüfus akımı, kentleşmeye yol açmıştır<sup>46</sup>. Kentleşmenin en önemli özelliklerinden birisi, nüfusun artan oranlarda büyük kentleri seçmesi, orta büyüklükteki kentlere rağbet etmemesidir<sup>47</sup>. Kentleşmenin özünde sanayileşme yatar. Ancak, kentleşmeyi sadece sanayileşme ile özdeşleştirmek de mümkün değildir. Kırsal kesimde toprak üstündeki nüfusun baskısı, tarımda makinalaşma, toprağın küçük parçalara bölünmesi, kırsal alandaki ve özellikle ilçelerdeki sınırlı iş imkânları ile bunların sağladığı gelir düzeyindeki yetersizlikler, kentlere olan akımın diğer sebepleri-dir<sup>48</sup>. Gerçekten, sanayileşmiş toplumlarda, kentlerdeki iş imkânları, hayat standartları ve kentlerde üretilen mal ve hizmetlere duyulan talep, kırsal nüfusu kentlere çekmektedir<sup>49</sup>.

Kent idareleri için, nüfusun büyümesi, yeni ihtiyaçlar, yeni talepler, yeni sorunlar, yeni sorumluluklar ve buna bağlı olarak yeni politikalar, yeni hizmetler ve yeni ajanlar demektir.

Kentsel büyümenin sonuçlarından biri ve belki de en önemlisi, geniş alanlara yayılan ve sayısı artan nüfusun nitelik ve nicelik açısından kent yönetimlerinden daha çok hizmet istemesidir<sup>50</sup>. Böylece kentleşme, mahalli idarelerin hizmetlerinde ciddi bir genişlemeye yol açmakta<sup>51</sup>, eskiden karşılamakta güçlük çekmedikleri yerel hizmetleri, karşılayamaz hale gelmelerine sebep olmaktadır.

45 AKTAN, s. 113.

46 TACHAU Frank, *The Politics of Authority, Democracy and Development*, Praeger, 1984, s. 148.

47 Örneğin Türkiye'de "100.000 ve daha fazla nüfuslu kentlerin, kentli nüfus içindeki payı, 1960'da % 43.3'den, 1985 yılında % 64.9'a yükselmiştir. 2000 yılında ise % 75 olacağı tahmin edilmektedir. 1960-1985 döneminde, kentlere yeniden 18.5 milyon insan gelmiştir. 2000 yılında, kentli nüfusa 20 milyon insanın daha eklenmesi beklenmektedir. Bu 20 milyonun 18 milyonu 10.000 ve daha fazla nüfuslu kentlerde yaşayacaktır." KELEŞ Ruşen, *Türkiye'de Kent Yönetimi*, Ankara 1988, s. 9.

48 KAZANCI Metin, "1973 Sonrası Belediyeler ve Belediyelere İlişkin Sorunlar", in: *Belediye İşlevlerine Nicel Bir Yaklaşım*, Ed. TÜRKCAN Ergun *Belediyecilik Araştırma Projesi*, Türk İdareciler Derneği, Bilimsel Araştırma Dizisi-2, Ankara 1979, s. 240.

49 KELEŞ, *Kentleşme Politikası*, s. 9.

50 Kentsel büyümenin diğer sonuçları için bakınız: YAŞAMIŞ Firuz Demir, "Üçüncü Bin Yılın Yönetim Teknolojisine İlişkin Gereksinimleri ve Türk Belediyeleri", *Yeni Türkiye*, Yıl :1, Sy.1, Mayıs-Haziran 1995, s. 428.

51 SHARPE L. J., "Is There a Fiscal Crisis in Western European Local Government? A First Appraisal," in: *The Local Fiscal Crisis In Western Europe*, Ed. SHARPE L. J., London 1981, s. 18.

Büyük kentlerdeki tarihi, kültürel zenginlikler, sağlık, eğitim ve benzeri hizmetlerdeki göreceli üstünlükler, sadece buralarda yaşayanların yararlanacakları cinsten mahalli özellikler değildir. Ülke nüfusunun çoğunluğu bu imkânlardan yararlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, üniversitelerin, kültürel ve sanatsal faaliyetlerin, yeterli sağlık ve eğitim hizmetlerinin büyük çoğunluğunun büyük şehirlerde yoğunlaşması da göçün en önemli sebeplerindedir.

Büyük şehirlerde mahalli hizmetler, sayı, tür ve nitelik olarak da artmaktadır. Bunun ilk nedeni, büyük kentlerde yaşayan insanların, kırsal veya daha az nüfuslu yerlerde yaşayanlara oranla daha az kendi kendine yeterli (self-sufficient) olmasıdır. İkincisi, artan nüfus yoğunluğuna bağlı olarak evlerin, dükkanların, büroların ve fabrikaların birbirlerine yakın olması, bunun da bir takım ek mahalli hizmetlerin yerine getirilmesini gerektirmesidir. Üçüncüsü ise, kırsal alanlarda ortaya çıkmayan kollektif ihtiyaçların doğması; kentin büyümesiyle birlikte, cadde aydınlatması, kanalizasyon, cadde temizliği, kamu ulaşımı ve itfaiye hizmetleri gibi kentsel hizmetlerin sağlanmasında da artma söz konusu olmasıdır.<sup>52</sup>

Bütün bu ve buna benzer sebeplerle, özellikle eğitim, sağlık gibi hizmetler, yerel özelliklerini yitirmekte ve merkezi idare tarafından yürütülen ya da yürütülmesi gereken hizmetler haline gelmektedirler.<sup>53</sup>

#### **D. Kamu Hizmetlerindeki Gelişmeler**

Teknolojik gelişmeler sonucunda bazı hizmetlerde öylesine gelişmeler görülmüştür ki, bunlar mahalli idarelerin, hatta merkezi idarenin sınırlarını aşmış, devletlerarası ilişkilere konu olmuştur. Çevrenin korunması yolundaki çalışmalar bunun en güzel örneğidir.

Avrupa Topluluğuna üye devletler, 1973' te ortak bir çevre politikası uygulanması için bir takım ilkeler belirlemişler ve bu politikanın amacını şu şekilde açıklamışlardır: "İnsana mümkün olan en iyi yaşam koşullarını sağlayacak bir çevre vererek gelişmeyi insanın hizmetine sunmak ve bu gelişmeyi gittikçe daha büyük bir önem kazanan doğal ortamı koruma zorunluluğuyla bağdaştırmak için elbirliği ile çalışmak"<sup>54</sup>.

#### **E. Kamu Hizmetlerinin İdaresinin Rasyonel Esaslara Göre Düzenlenmesi Zorunluluğu**

Teknolojik gelişmelere paralel olarak, kamu hizmetlerinin de asgari bir ölçüğe göre teşkilatlandırılması suretiyle, daha rasyonel işletme ve idare usullerine göre yerine getirilmesi zorunludur. Bu asgari ölçük ise çoğunlukla mahalli ihti-

<sup>52</sup> SHARPE, s.19-20.

<sup>53</sup> NADAROĞLU, 71.

<sup>54</sup> Aynı konuda, Akdenizin kirlenmesini önleyecek ortak bir çözüm bulunması konusunda yapılan ve Türkiye'nin de dahil bulunduğu milletlerarası çalışmalar örnek olarak verilebilir

yaçlara göre değil, milli ihtiyaçlara göre belirlenecektir<sup>55</sup>. Böylece, bir kısım hizmetlerin merkezi idare tarafından yerine getirilmesiyle, mahalli idarelerin aynı hizmeti üstlenmesine oranla geniş ölçekli üretim ortaya konulmuş, maliyet tasarruflarından daha etkin ve verimli bir şekilde yararlanılmış olacaktır<sup>56</sup>.

#### F. Plânlamanın Daha Yaygın Bir Uygulama Alanı Bulması

Merkezileşmeyi teşvik eden diğer bir gelişme de, devlet hayatında plânlamanın, gittikçe daha yaygın bir uygulama alanı bulması olmuştur.

1930' lu yıllarda dünyayı etkisi altına alan ekonomik buhranı izleyen dönemde, ekonomideki yeni düzenlemelerin ve toparlanmanın, savaşın yaralarını sarmanın, insanlığın geleceğini daha mutlu ve güvenli bir düzeye ulaştırmanın, ancak, milli kalkınma plânlaması ile gerçekleşebileceği kabul edildi. Ancak, kalkınma plânlamalarının hazırlanması, işsizliğin önlenmesi, sosyal adaletin sağlanması, ekonomik büyümede istikrar, ödemeler dengesi, enflasyona yol açmayan sıhhatli bir para politikası, geniş kapsamlı amaçlarla, sınırlı kaynaklar arasında denge kurulması ve önceliklerin isabetli tesbit edilmesi, mahalli idarelerin değil, merkezi idarenin faaliyet alanı içinde görüldü<sup>57</sup>.

#### G. Mali Denge ve Sorumluluk

Mali denge, bireylerin, "ödedikleri şeyi elde etme" ve "elde ettikleri kadar ödeme" ihtiyacıdır<sup>58</sup>. Mahalli idareler arasındaki gelir-gider farklılaşması, bazı mahalli idarelerin, bir takım kamu hizmetlerini yerine getirememelerine, dolayısıyla mahalli halkın bu hizmetler açısından tatmin edilememesine yol açmaktadır. Mali açıdan güçlü mahalli idarelerde mali denge de sağlanmakta, yani hem hizmet yerine getirilmekte, hem de hizmetten yararlananlar tatmin edilmektedir. Kentin mahalli hizmetleri halka sunmasındaki mali denge ve sorumluluk sorunları da demokratik ve etkin kent idarelerine yönelik tehditlerdendir.

Mahalli halkla mahalli idarenin karşılıklı sorumluluklarını yerine getirememeleri de bir başka sorun olarak karşımıza çıkar. Genelde, mahalli meclislerin, çalışması için elverişli ortamın mevcut olmayışı, yönetim riskleri, kentin mevcut imkân ve araçlarının kentsel hizmetlere yetişememesi, mahalli halkın yönetime ilgisizliği, ekonomik tercihlerinden kaynaklanan göçler gibi birbiriyle ilgili konular, demokratik, etkin ve kendi kendine yeten bir mahalli idarenin gelişimini engellemekte, onun özerkliğini tehdit etmektedir<sup>59</sup>.

55 NADAROĞLU, s. 72.

56 ÖNCEL Yenal, Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul 1992, s. 37.

57 AKTAN, s. 113-114.

58 KARAMAN Zerrin-Toprak, "Türkiye'de Siyasetin Kent Yönetimine Etkisi", Yeni Türkiye, Y. 1, Sy. 4, Mayıs-Haziran 1995, s. 542.

59 KARAMAN, s. 542.

### III. MERKEZİLEŞME EĞİLİMİNE İKİ ÖRNEK: İNGİLTERE, ALMANYA

Son yıllarda Batı'da da Dünyadaki genel gelişime uygun olarak mahalli hizmetlerde merkezileşme eğilimleri görülmektedir.

İngiltere'de, kimi hizmetlerin mahalli idarelerden merkezi idareye devredilmesi, özel yardımların artırılması, mahalli idare harcamalarının ve yerel meclislerin vergileme yetkilerinin denetim altına alınması yolunda çalışmalar bulunmaktadır.

1970 ortalarına kadar olan dönemde, mahalli idareler üzerinde merkezin denetiminin yavaş yavaş artması ile ekonomik ve sosyal değişiklikler aynı zamana rastlamıştır. Ancak, bu değişikliklerin mahalli idare özerkliğini azaltma arzusuyla yapıldığı söylemek zordur<sup>60</sup>. Çünkü, bu dönemde, özel yardımların yerini genel yardımların alması, hükümetlerin mahalli idareleri eğitim ve diğer sosyal hizmetlerin sağlanması konusunda cesaretlendirmeleri, mahalli idarelerin harcamalarının genişlemesine neden olmuştur. Hatta bu dönemde, mahalli idareler, yerel olarak konan vergilerle finanse edilmişler ve genel yardımlar, mahalli otoritelere göreceli bir özgürlük vermiştir.

Mahalli idare özerkliğini azaltıcı eğilimler, 1970'li yılların ortalarında başlamış olmasına rağmen, muhafazakârların ve İşçi partilerinin yaklaşımları farklı olmuştur. İşçi partisi, merkezden yapılan genel yardımların miktarını azaltarak muhafazakârlar ise, özel yardımları istekle ve şevkle kullanmak suretiyle yerel meclisleri etkilemeye çalışmışlardır.

1980'li yıllarda, merkezi ve mahalli idareler arasındaki siyasi bölünmüşlük<sup>61</sup> yüzünden merkezi ve mahalli otoriteler arasında ortak hedef birliğinin bulunmaması, sosyal ve ekonomik amaçların başarılabilmesinin, mahalli otoritelerin zayıflatılmasıyla kolaylaşacağı düşüncesiyle<sup>62</sup>, merkezi hükümet tarafından mahalli idarelerin özerkliğini zedeleyici birtakım yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmüştür.

1980 tarihli Mahalli İdareler Plânlama ve Arazi Kanunu, merkezin, mahalli idareler üzerindeki etkisini artırmak için önemli bir adım atıyor ve "blok

<sup>60</sup> TRAVERS Tony, "The Threat to The Autonomy of Elected Local Government", in: The New Centralism, Ed. CROUCH Colin-MORQUAND David, 1989, s. 19.

<sup>61</sup> Aynı yıllarda iktidarda Muhafazakârların bulunmasına karşılık, mahalli meclislerde İşçi Partisinin ağırlığı bunuyordu.

<sup>62</sup> Muhafazakâr Hükümet, kamu hizmetlerinin en önemli sunucusu olmalarına rağmen, mahalli kurumların önemli ideolojik ve siyasî rollerinin bulunması ve bu kurumların önemli kamu harcamalarını yapmaları gibi nedenlerle, İngiliz toplumunu yeniden yapılandırmanın engelleri arasında mahalli idareleri de görüyordu. DUNCAN Simon - GOODWIN Mark, Local State and Uneven Development, 1988, s. 94.

yardımlar"ın dağıtılmasında "ihtiyaç" ve "kaynak" elemanlarına dayanılmasını öngörüyordu. Böylece, artan mahalli harcamaların kısılmasında blok yardımların kullanılması, mahalli idare özerkliğini azaltıcı sakıncalarına rağmen, kaçınılmaz bir çare olarak öngörülmüştü. Blok yardımlar, mahalli idare özerkliğinin sınırlandırılmasının ilk adımını teşkil etmiş, daha sonra bunlar, artan oranda cezalandırıcı amaçlarla kullanılmıştır<sup>63</sup>.

1979 yılından sonra Muhafazakâr hükümetler mahalli idarelerin kent kalkınmalarına yönelik yetkilerini geri alan politikaları benimsemiştir<sup>64</sup>. Özellikle, mahalli idare girişimlerinin sınırlanması için yasa yapma üstünlüğünü kullanılmış, kalkınma süreci üzerindeki yerel kontrol sınırlandırılmış, ayrıca, idarelerarası ortaklığa dayanan kentsel kalkınma programları üzerindeki merkezi denetimler de genişletilmiştir<sup>65</sup>. Bu stratejilerin devamı olarak, Kent Kalkınma Tüzelkişilikleri (Urban Development Corporations) kullanılmıştır<sup>66</sup>. Bu tüzel kişiliklere, kamu arazileri, dikkate değer mali kaynaklar ile plânlama ve ulaşım konusunda önemli yetkiler verilmiştir. Kentsel Kalkınma Tüzelkişilikleri mahalli idare özerkliğini önemli bir şekilde azaltmıştır<sup>67</sup>.

Almanya'da da son yıllarda merkezileşme eğilimlerine tanık olunmuştur. Federal Hükümet ile eyaletler arasında açık bir işbölümü tesis etmek zordur. Anayasa'ya göre, Federal Hükümet, dış politika, savunma, temel hak ve hürriyetler, milli para, federal sınırlar, demiryolları, hava taşımacılığı, posta ve kitle haberleşmesi ve merkezi polis gibi fonksiyonlardan tek başına sorumludur<sup>68</sup>. Federal hükümetin, görevli olduğu alanların dışında ve söz konusu alanların düzenleme hakkını, kendi yasama yetkisinin bulunduğu alana almadığı süreç, e-

63 TRAVERS, s. 10; DUNCAN -GOODWIN, s. 108.

64 HARDING Alan, "Central Control in British Urban Economic Development Programmes" in: The New Centralism, Ed. CROUCH Colin-MORQUAND David, 1989, s.31.

65 HARDING, s. 35.

66 Kentsel Kalkınma Tüzelkişilikleri, mahalli idarelerin kontrolünden çıkarılan önemli alanlarda kurulmuşlar ve Hazine'den finanse edilmişlerdir. Bunlar, Parlamente'ye karşı sorumlu olmuşlar ve ilgili bakan tarafından atanan kişiler tarafından idare edilmişlerdir. Mahallî otoritelerin kalkınma kontrol fonksiyonlarının yönetimini devralmışlardır. HARDING, s. 34.

67 TRAVERS, s. 13.

68 Federasyonun tek başına yasama yetkisine sahip olduğu hususlar; dışişleri, milli savunma, vatandaşlık, seyahat özgürlüğü, pasaport işleri, göç, suçluların iadesi, para, ölçü, ağırlık rejimi, zaman birimi tesbiti, gümrük ve ticaret işleri, demir ve hava yolları, posta ve telekomünikasyon işleri, Federasyona bağlı kamu kuruluşlarındaki görevlilerin personel rejimi, ihtira ve yayın hakları, adli polis, federal polis ve federal istatistik çalışmaları olarak Anayasa'nın 73. maddesinde onbir bent halinde tadadi (enumerativ) bir şekilde sayılmıştır. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art 73, s. 817-832; THIEME Werner, Verwaltungslehre, 2. Aufl., 1969, rdn. 567, 569, 811, 975, 981; ES-SER, s. 97.



yaletlerin her türlü yasama yetkileri mevcuttur<sup>69</sup>. Federal Devlet, eyaletlerin yasama yetkisi dahilinde olan şu üç alanda “federal yasamaya ihtiyaç olduğu ölçüde” yasama yetkisi kullanabilir: Eyalet kanunlarının etkili olmadığı durumlarda, eyaletin yapacağı kanunların diğer eyaletlerin veya tüm ülkenin menfaatini ihlal edeceği hallerde ve nihayet, Anayasa'nın, öngördüğü “hukuki veya ekonomik birliğin korunması, özellikle, eyalet üzerindeki hayat şartlarında ahengin sağlanması” ile ilgili konularda<sup>70</sup>. Üçüncü durumu, federal sistem içerisinde “merkezileşmenin truva atı” olarak değerlendirilmiştir<sup>71</sup>. Çünkü, bu hüküm gerçekte, Federal Hükümetin kendi görev ve sorumluluğu altına alacağı, dış politika ve hatta hukuki, ekonomik, tarımsal, taşıma ve sosyal politika gibi politika alanlarına temel teşkil edebilmektedir. Böylece, eyaletlere sadece eğitim politikaları ile idari yapı kalmış olmaktadır<sup>72</sup>.

Merkezileşme eğilimleri, 1966-67 ekonomik durgunluk dönemini takip eden yıllarda en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Ekonomiyi altüst eden ekonomik krizin üstesinden gelmek için, devlet, müdahaleciliği gerekli görülmüştür. Keynezyen mekanizmaların üretilmesinden, devletçi görüşte olan ticaret birliklerinin ve karar verme sürecinin güçlenmesinden sonra, gerçekleştirilen en önemli yenilik, daha fazla merkezîyetçilik ve federalizmin rasyonelleşmesi olmuştur. Bölgesel ve yerel kurumların ekonomik istikrarı bozucu etkisinin üstesinden gelmek amacıyla, özellikle, eyaletlerin ve mahalli idarelerin mali özerklikleri azaltılmış, merkezi hükümetin yasama ve idari yetkileri genişletilmiş ve yerel ve milli politikalar arasındaki koordinasyonun sağlanması için, “Mali Plânlama Konseyi”, “Ekonomi Yönetimi Konseyi” ve bölgesel plânlama kurumları gibi yeni merkezi kurumlarla birlikte, alt-düzey bölgesel ve mahalli otoritelerin plânlama ve idari yetkilerinin güvenlik altına alınması yoluna gidilmiştir. “Dikey politikaların entegrasyonu”nun en önemli sonucu olarak, tarımsal ve bölgesel ekonomik yapıların, yüksek öğretimin ve eğitim ve araştırma politikalarının düzeltilmesi için mahalli idarelere yönelik projeler üretilmiştir<sup>73</sup>.

Özetle, Almanya’da, 1980’li yıllarda Eyalet endüstriyel politika faaliyetleri genişlemiş, teknolojik gelişmelere paralel olarak, birtakım yenileştirme programları geliştirilmiştir. Devlet cihazında yapılan kurumsal ve usuli değişiklikler arasında yetki ve kararların merkezileşmesi de söz konusu olmuştur. Fonksiyonların merkezi devletten Eyaletlere transferi, bu yoldaki teze rağmen sürdürülememiştir. Federal Devlet, 1970’lerin ortalarında endüstriyel politika ve faaliyetle-

69 Anayasa m. 70/ (1) “Eyaletler, bu Anayasanın Federasyonun inhisarına bırakmadığı ölçüde yasama yetkisine sahiptirler”. Bkz. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art 70, s. 807-811.

70 Anayasa m.72.

71 ESSER, 97.

72 ESSER, 97.

73 ESSER, 98.

rini genişletmiştir. Kendi faaliyetlerindeki artışa rağmen, Eyalet ortaklaşa yapılan federalizmden feragat etmemiştir. Yeni anahtar teknolojilerin oluşturulması ve içeriğinin şekillenmesinde büyük şirketler stratejik olarak önemli rol oynamışlardır. Eyaletler ise bu firmaların faaliyetlerini yasaklamamışlardır<sup>74</sup>.

#### IV. MAHALLİ İDARE REFORMLARININ MERKEZİLEŞME ETKİSİ

Mahalli idareler son yıllarda ülkelerin bir çoğunda yeniden teşkilatlandırılmıştır. Bu yapısal gelişmenin en önemli müşterek sonucu, merkezileşme etkisi meydana getirmeleridir<sup>75</sup>. Gerçekten, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, gerek dünya'da ve gerekse Türkiye'de mahalli idare birimlerinde çok büyük gelişme ve değişimler olmuştur. Bu gelişmelerin ve değişmelerin en önemli sonucu, kendisini, mahalli idarelerin reorganize edilmesinde göstermiştir<sup>76</sup>. Bu gelişmeler, mevcut mahalli idare yapılarının yetersiz kalmasını sağlamış ve belediyeleşmeden ziyade millileştirme için bir sebep teşkil etmişlerdir<sup>77</sup>.

Mahalli idarelerin yeniden teşkilatlandırılmasının, ekonomik, sosyal ve siyasal şartlara bağlı, kalkınmış veya kalkınmakta olan ülkelerin her ikisinde de gözlemlenen yeniden teşkilatlandırılmalarının iki önemli esas sebebi, şehirleşme ve sanayileşmedeki gelişmelerdir<sup>78</sup>.

Ekonomik, teknolojik, siyasi ve psiko-sosyolojik sebeplere<sup>79</sup> bağlı olarak ortaya çıkan şehirleşmenin mahalli idareler bakımından ciddi sonuçları bulunmaktadır. Ülkeden ülkeye, hatta aynı ülkede yöreden yöreye değişmeye müsait ve etkileri çok büyük olan bu sonuçların en önemlilerinden birisi, şehir belediyesi nüfuslarının artması ve özellikle şehirde oturanlar ile mahalli idareler arasındaki uzaklıkların önemli ölçüde büyümesidir<sup>80</sup>. Gerçekten, gelişmiş olsun veya gelişmekte bulunsun, kapitalist veya sosyalist olsun bütün ülkeler şehirleşmenin sonuçlarının etkileriyle karşı karşıyadır. Birleşmiş Milletlerin tahminlerine göre, beş milyonu aşan şehirlerin sayısı ikibin yılında altmış'ı bulacaktır<sup>81</sup>. Şehirleşmenin ikinci önemli sonucu, metropolitan bölgelerin ortaya çıkmasıdır<sup>82</sup>. Çoğu

<sup>74</sup> ESSER, 107.

<sup>75</sup> ROWAT, Donald R., "Son Mahalli İdare Reorganizasyonlarının Merkezileşme Etkisi," İller ve Belediyeler Dergisi, Yıl:40, Sy. 459, Ocak 1984, 1390.

<sup>76</sup> ROWAT, 1390.

<sup>77</sup> LOUGHLİN, 7.

<sup>78</sup> ROWAT, 1390.

<sup>79</sup> Şehirleşmenin sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: KELEŞ, Kentleşme Politikası, 8 vd.

<sup>80</sup> ROWAT, 1390.

<sup>81</sup> KELEŞ, Kentleşme Politikası, 6-7.

<sup>82</sup> ROWAT, 1390.

durumlarda, mahalli idare metropoliten bölge içerisinde parçalanmıştır ve metropoliten idaresinin her şeye şamil bir birimi mevcut değildir. Hatta, metropole dahil yerler arasında hizmet dengesizlikleri bile giderilememektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, şehir hayatının gerektirdiği hizmetleri sunamayan bu idarelerin metropole dahil olan çevrelerin sorunlarını çözmesi mümkün olmamaktadır. Sanayileşmenin ortaya çıkışı ile, şehirleşmenin artması birbiriyle yakından ilgilidir. Sanayileşme ile, ülke ekonomisinde entegrasyon artmış ve mahalli değil, milli düzeyde halledilmesi gereken sorunlar ortaya çıkmıştır. Gerçekten, sanayileşme ile birlikte şehirleşmenin ortaya çıkardığı kişisel ve bölgesel farklılıkların giderilmesi, servetin vergilendirilmesi ve mahalli idareler vasıtasıyla yeniden dağıtımının sağlanması zorunluluğunun yanında, sosyal ve idari hizmetlerin ülkenin her tarafından asgari olarak sağlanması ihtiyacı doğmuştur. Böylece, tüm ülke düzeyinde, birörnekliliği, adaleti, etkinliği ve kalkınmayı teşvik etmek için merkezden yönetime doğru bir gelişme eğilimi ortaya çıkmıştır. Pek çok ülkede, tarımsal üretim yapısına göre kurulmuş mahalli idare birimlerinin, sanayileşme ve şehirleşme sonucunda boyutlarındaki büyüme nedeniyle, mahalli hizmetlerin yerine getirilmesinde yetersiz kaldıkları söylenebilir.

Son yıllarda mahalli idarelerde gerçekleştirilen reformların gerçek hedefi, mahalli idarelerin özerkliklerini artırmak, mahalli düzeyde karar vermek ve halkın yönetime katılmasını ve onunla diyalog kurmada kolaylıkların sağlanması gibi demokratik değerlerin teşvik edilmesinden ziyade, hizmetlerin götürülmesinde en fazla verimliliğin ve milli entegrasyonun sağlanması, ekonomik kalkınmanın teşvik edilmesi doğrultusunda olmuştur<sup>83</sup>. Gerçekten, mahalli idare reformlarının çeşitli ülkelerde gelişimi incelendiğinde görülmektedir ki, vatandaşın yönetime katılmasında teknik etkinlik üzerinde durulmuş ve merkezileşme teşvik edilmiştir. Özerk bölgesel mahalli idarelerin meydana getirilmesi ve mevcutlarının güçlendirilmesi çabalarının yanında, merkezi idarenin denetim derecesi artmış, mahalli idare özerkliği kısıtlanmış ve mahalli idareler vatandaştan daha da uzaklaşmıştır.

Mahalli idarelerin yeniden düzenlenmesi amacıyla, halktan kopuk, milli etkinliğe ağırlık veren reformların yapılması, bir ülkenin demokratik mahalli idare temellerini zayıflatacağı gibi, halktan uzak bir bürokrasinin oluşmasına hizmet edecektir. Rowat'ın dediği gibi, "etkinliğe verilen değer, demokrasi değerlerinin çiğnenmesi anlamına gelmemelidir"<sup>84</sup>.

Halkın idare ile diyalog kurabilmesi, yönetime katılabilmesi ve mahalli seviyede karar oluşturulabilmesi için yeni birtakım vasıtaların ortaya çıkarılması

83 ROWAT, 1391.

84 ROWAT, 1392.

gerekir. Diğer bir ifade ile, önemli kararların mahalli seviyede alınmadığı sürece gerçek mahalli idare özerkliğinin sağlanması mümkün değildir<sup>85</sup>.

## SONUÇ

Mahalli idarelerin özerkliği (yerel özerklik) birtakım tehditlerin altındadır. Mahalli idare birimleri gittikçe büyümektedir. Bu büyüme ise, örneğin belediyelerde, yerel halkın belde sorunları ile ilgilenmeleri ve mahalli sorunların çözümü ile ilgili faaliyetlere katılmak hususundaki şevk ve isteklerini kırmaktadır. Bu tehdidin ortadan kaldırılması için, mahalli idare birimlerinin alansal olarak büyümelerinin durdurulması yoluyla değil de, onlara yeterli mali özerklik verilmek suretiyle ve özellikle halkın mahalli sorunların çözümüne çeşitli şekillerde katılmasının hukuken öngörülmesi ile mümkündür.

Yerel ihtiyaçların mahalli idare birimleri tarafından hiç veya yeterince karşılanamaması hallerinde, bu ihtiyaçları karşılayan yerel hizmetlerin merkezi idareye aktarılması veya merkezi idare ile ortaklaşa yürütülmesi öngörülmektedir. Bu mahalli idare özerkliğine büyük bir tehdittir. Merkezi idareler, artan ve mahalli idarenin boyutlarını aşan yerel hizmetleri kendi uhdesine almak yerine, o hizmetin mahalli idare birimi tarafından yerine getirilmesini sağlayıcı kaynak transferini gerçekleştirmelidir.

Ayrıca, devlet, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetlerinde birlik ve ahenk sağlama düşünceleriyle de olsa mahalli idare özerkliğini tehdit edici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Zira, yerel özerklik düşüncesi doğrudan doğruya yerel halkı ilgilendiren sorunların yine kendilerin tarafından çözülmesi esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, merkezi idare, kamu hizmetlerinde birlik sağlamak gibi düşüncelerle mahalli idarelere müdahale etmek yerine, hizmet standartları getirmek ve bu standartta hizmet üretmeleri için mali imkân vermek suretiyle yerel özerkliğini korumak yoluna gitmelidir.

Egemenlik-üstü kuruluşların statüleri düzenlenirken veya devletler arasında anlaşmalar yapılırken, devletlere ve dolayısıyla mahalli idarelere çeşitli görevler vermektedirler. Bu durum ise, mahalli idare özerkliğine yönelik bir tehdit unsuru oluşturmaktadır. Bu nedenle, merkezi idareler, milletlerüstü kuruluşların yönelttiği tehditleri ortadan kaldırmak ve "hizmette halka yakınlık ve yerellik" ilkesini öngören hükümlerin uluslararası anlaşmalara konulması için merkezi idareler çaba harcamalıdır.

Son yıllarda hem ülkemizde ve hem de dünyada mahalli hizmetlerin tedricen merkezi idarelerin görevleri arasında yer almaya başladığı; mahalli idarelerin gelir, harcama ve hizmet unsurları açısından gittikçe merkezi idarenin kararlarına bağlı hale geldiği; mahalli idarelerin gelir kaynaklarının merkezileştiği; bilimsel

---

5 ROWAT, 1392.

ve teknolojik gelişmeler, göçler, kentleşme gibi nedenlerle, yerel kamu hizmetlerinin mahalli idarenin boyutlarını aştığı görülmektedir. Bu ve benzeri gelişmeleri ise, yerel kamu hizmetlerinde merkezileşmeyi doğurmaktadır. Merkezi idareler, her ne sebeple olursa olsun, yerel ihtiyaçları karşılayan hizmetleri kendi uhdesine almak yerine, mahalli idarelere yeterli kaynak sağlayarak, onların karşılıklı işbirliği içerisinde güçlerini birleştirmelerine vesile olarak veya birlik kurmalarını sağlayarak kendi sorunlarını kendilerinin çözmelerine yardımcı olmalıdırlar. Çünkü, çağımızda, mahalli idare özerkliğine yönelik en büyük tehdit, mahalli idarelerce yerine getirilemeyen yerel kamu hizmetlerinin merkezileşmesidir.

Günümüzde mahalli idareler, hem sayıca hem de fiziki ve fonksiyonel açıdan gittikçe büyümektedirler. Bu büyüme, yerel halkın belde sorunları ile ilgilenmek ve mahalli sorunların çözümü ile ilgili faaliyetlere katılmak hususundaki sevk ve isteklerini kırmaktadır. Bu tehdidin ortadan kaldırılması, mahalli idare birimlerinin alansal olarak büyümelerinin durdurulması yoluyla değil, onlara yeterli idari-mali özerklik verilmesi ve özellikle halkın mahalli sorunların çözümüne çeşitli şekillerde katılımını sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla mümkündür.

Yerel ihtiyaçların, mahalli idare birimleri tarafından hiç veya yeterince karşılanamaması hallerinde, bu hizmetlerin merkezi idareye devredilmesi veya merkezi idare ile ortaklaşa yürütülmesi, mahalli idare özerkliğine büyük bir tehdittir. Merkezi idareler, artan ve yerel boyutlarını aşan hizmetleri, kendi uhdesine almak yerine, o hizmetin mahalli idare birimi tarafından yerine getirilmesini sağlayıcı kaynak transferini gerçekleştirmeli; onların karşılıklı işbirliği içerisinde güçlerini birleştirmelerini veya birlik kurmalarını sağlayarak kendi sorunlarını kendilerinin çözmelerine yardımcı olmalıdır.

Devlet, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetlerinde birlik ve ahenk sağlama düşünceleriyle de olsa mahalli idare özerkliğini tehdit edici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Zira, yerel özerklik düşüncesi doğrudan doğruya yerel halkı ilgilendiren sorunların yine kendilerin tarafından çözülmesi esasına dayanmaktadır.

Merkezi idareler, milletler-üstü kuruluşların yönelttiği tehditleri ortadan kaldırıcı ve "hizmette halka yakınlık ve yerellik" ilkesini öngören hükümlerin uluslararası anlaşmalara konulması çaba harcamalıdır. Çünkü, çağımızda, mahalli idare özerkliğine yönelik en büyük tehdit, mahalli idarelerce çeşitli sebeplerle yerine getirilemeyen yerel kamu hizmetlerinin merkezileşmesidir.



## ANAYASA MAHKEMESİNDE İPTAL DAVASI AÇILMASI USULÜ

Doç. Dr. Yavuz ATAR\*

### I. GENEL OLARAK

İptal davası (soyut norm denetimi), belirli organların, kamu otoritelerinin veya kişilerin bir kanunun aleyhine, anayasaya aykırılık davası açması ile yetkili mahkemece yapılan anayasaya uygunluk denetimidir<sup>1</sup>. İptal davasının, genel korunma davası ve organ davası olmak üzere iki türü vardır. *Genel korunma davası*, belli bir menfaat şartı aranmaksızın, herhangi bir kanunun anayasaya aykırılığı iddiasıyla yetkili kılınan kişi veya organlarca açılabilen bir davadır. *Organ davası* ise, belirli organ ve kurumlar tarafından, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlardaki kanunların anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davadır.

İptal davası, doğrudan doğruya kişilerin menfaatlerinin korumasını değil, anayasaya aykırı normların iptaline imkan hazırlayarak hukuk düzenini bu kuralardan arındırmayı ve anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirmeyi amaçlayan bir dava türüdür. Bu nedenle iptal davasının kamusal bir amacı ve niteliği vardır.

Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması usulüne ilişkin kurallar Anayasa ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği bazı uygulamalar da bulunmaktadır.

### II. İPTAL DAVASI AÇMAYA YETKİLİ OLANLAR

Anayasa, iptal davası açabilme yetkisini herkese değil, sadece belli makam, kurum ve topluluklara tanımış, bunun yanısıra bu davanın açılmasını bir takım şartlara bağlamıştır.

1982 Anayasası iptal davası olarak genel korunma davasını düzenlemiş, organ davasına yer vermemiştir. Buna göre, kanunların, kanun hükmünde karar-namelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün tamamının veya bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaya yetkili kişi ve organlar *Cumhurbaşkanı, iktidar* (iktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma yetkisini en fazla üyeye sahip olan parti kullanır) ve *anamuhalefet partileri meclis grupları ile TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri* olarak sayılmıştır (m.150). Kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal

---

\* S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Kıratlı, Metin: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966, s.28.

davası açma yetkisi ise sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tamsayısının beşte biri tutarındaki üyelere tanınmıştır (m.148,f.2).

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası iptal davasını açmaya yetkili olanlar bakımından 1961 Anayasasına göre sınırlandırma getirmiştir. 1961 Anayasasına göre "...kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversiteler... Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler" (m.149). 1982 Anayasası, 1961 Anayasasındaki bu hükme yer vermeyerek organ davasını kaldırmıştır. Organ davası soyut norm denetiminin yapılmasında önemli bir fonksiyona sahiptir. Bu davada dava açmaya yetkili olan kuruluşlar kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda anayasaya aykırı gördükleri normlar hakkında dava açabileceklerinden daha hassas davranacaklardır. Genel korunma davasını açmaya yetkili olanların bu organların varlık ve görev alanlarını ilgilendiren konularda aynı hassasiyeti gösteremeyeceklerini kabul etmek gerekir. 1961 Anayasası döneminde organ davası açabileceklerin dar tutulması özellikle baro ve sendikaların bu yetkiden mahrum edilmesi bile eleştirilmişken, 1982 Anayasasının söz konusu düzenlemesinin yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>2</sup>.

İptal davasını açmaya yetkili olanlar, iptal davasının konusu, davayı görmeye yetkili mahkeme veya mahkemeler, dava açma süresi ve yargılama usul ve esasları ile iptal kararlarının nitelik ve sonuçları ayrıntılı olarak anayasa ve ilgili kanunlarla düzenlenmiştir.

### III. İPTAL DAVASINDA SÜRELER VE SÜRELERLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

İptal davasının belli bir süre içinde açılması gerekir. İptal davasının süreye bağlanması, usul hukukunun bir gereğidir. Her şeyden önce bir kanunun uzun bir süre iptal tehdidi altında kalması, kanuna karşı var olan güveni sarsar. Kanunlara karşı duyulan güven toplumda hukuki istikrarı sağlamaya yardım eder. İptal davasının konusuna giren hukuk kuralları kişi, toplum ve devlet organlarının çeşitli faaliyet alanlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyip, söz konusu faaliyetlerin sonuçlarını da hükme bağlamaktadır. İşte bu faaliyetlerin güven ve istikrar içinde yürütülebilmesi, hukuk kurallarının da istikrarlı olmasına bağlıdır. Bu bakımdan belli ölçüde hukuk kurallarının istikrarını belirleyecek olan iptal davasının süreye bağlı olması, belirsizlik döneminin mümkün olduğu kadar kısa olmasını sağlama amacına yöneliktir.

İptal davasındaki sürelerin bir diğer yararı da davaların kısa zamanda sonuçlanmasını sağlamasıdır. İptal davası açılmasının süreye bağlanması kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından bir sakınca ortaya çıkarmaz. Çünkü kişi



hak ve hürriyetlerini ihlal edebilecek hukuk kurallarının itiraz yoluyla denetim sürecine sokulması her zaman mümkündür.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasında olduğu gibi, iptal davasının açılmasında, davaya konu olan hukuk kuralının niteliğine ve yapılması istenen denetimin türüne (esas ve şekil bakımından) göre değişen bir takım süreler öngörülmektedir. Ancak 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak süreleri daha kısa tutmuş ve şekil bakımından denetimde anayasa değişiklikleri ve kanunlar için on günlük bir süre öngörmüştür.

Anayasaya göre, anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden anayasaya aykırılığı iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma yetkisi, bunların Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak on gün (AY.m.148, f.2); kanun hükmünde kararnamele TBMM İçtüzüğü'nün veya bunların belli madde ve hükümlerinin esas ve şekil, kanunların ise sadece esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma yetkisi, bunların Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak altmış gün sonra düşer (AY.m.151; 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Kanun, m.22).

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, 1961 Anayasasında doksan gün olan iptal davası açma süresini altmış güne indirmiştir. Bu değişiklikte anayasa yargısı süreci hızlandırılmak istenmiştir. Nitekim Anayasanın 151 inci maddesinin gerekçesine göre, "Anayasaya aykırı görülen bir hükmün uzun süre uygulanmasını önlemek için doksan günlük süre altmış güne indirilmiştir". 1961 Anayasasından farklı olan bir husus da, kanunlar hakkında esas ve şekil bakımından açılacak iptal davaları arasında, dava süresi bakımından ayırım yapılarak önceden şekil bakımından da doksan gün olan bu sürenin, 1982 Anayasasında on güne indirilmiş olmasıdır. Şekil bakımından açılacak iptal davaları için öngörülen on günlük süre istisnai bir düzenlemedir ve yorumla genişletilemez<sup>3</sup>. Bu nedenle şekil bakımından açılacak iptal davalarında on günlük süre söz konusu hükümde belirtilen kanunlar (ve anayasa değişiklikleri) için geçerli olup, kanun hükmünde kararnamele ve TBMM İçtüzükleri için süre genel kurala göre belirlenir ki, bu da altmış gündür. Nitekim 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun da bu şekilde bir düzenleme yapmıştır (m.22).

Anayasaya göre (m.149,f.2), şekil bozukluğu iddiasına dayalı iptal davaları öncelikle incelenerek karara bağlanır. Ancak, bir kanunun esas ve şekil bakımından Anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde on günlük ve altmış günlük dava açma sürelerinin ayrı ayrı hesaplanması ile şekil aykırılığının esastan ayrılıp öncelikle incelenerek karara bağlanmasında Mahkeme bazı güçlüklerle karşılaşabilir. Bir görüşe göre, bu durumda, Anayasa Mahkemesi şekil unsurunu ayırıp on

<sup>3</sup> Aliefendioğlu, Yılmaz: "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s.113.

günlük dava açma süresine bağlayamayacağı gibi, öncelikle de inceleyemez. Davanın esas ve şekil bakımından bir bütün olarak incelenmesi gerekir<sup>4</sup>. Kanaatimizce, dava açma sürelerinin hak düşürücü niteliği gözönünde tutulduğunda, şekil aykırılığının on günlük sürenin dolmasından sonra, esas yönünden aykırılık iddiasına dayalı iptal davasında ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira anayasa yapıcı, kanunların şekil aykırılığı nedeniyle uzun süre iptal tehdidi altında kalmasını önlemek için on günlük kesin bir süre koymak yoluna gitmiştir. Bununla birlikte, aynı kanun hakkında on günlük süre içinde açılan şekil aykırılığına dayalı bir iptal davasından sonra, esas yönünden aykırılık iddiasıyla ayrı bir iptal davası açıldığında Anayasa Mahkemesi bu iki davayı birleştirerek inceleyebilmelidir. On gün içerisinde açılacak hem esas hem de şekil aykırılığına dayalı bir iptal davasında ise aykırılık iddiaları birlikte incelenecektir. Öncelikle inceleme kuralının ise, sadece şekil bozukluğuna dayalı bir dava açılması halinde işletilmesi mümkün gözükmemektedir.

İptal davasındaki *sürelerin hesaplanması ve uzaması* konusunda genel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde ciddi bir şekilde tartışılmamıştır. Bu konuda görüş belirten bir yazara göre<sup>5</sup>, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü<sup>6</sup> buna imkan vermektedir. Bu nedenle gerekli olan hallerde genel kuralların uygulanması gerekir. Böylece Borçlar Kanununun 74 üncü maddesi ve devami hükümleri; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 79 ucu maddesi ve devami hükümleri ile 161 inci maddesi ve devami hükümleri; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 39 uncu maddesi ve devami hükümleri iptal davası bakımından (özel hüküm olan haller dışında) uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır.

Anayasa Mahkemesi ise zikredilen bu görüşe ters düşen bir karar vermiştir. Bir davada iptal davası süresinin hesabında Resmi Gazetede yayım gününün dava süresine dahil olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmış ve Mahkeme aşağıdaki gerekçelerle yayım gününün süreye dahil olduğunu belirterek, bu gibi konularda genel kuralların uygulanamayacağına karar vermiştir: “Anayasanın 150 (1982 AY.m.151) ve 44 sayılı Kanunun 22 nci maddelerinde (2949 sayılı Kanun, m.22) Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptali istenen kanunun veya içtüzüğün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak doksan gün (1982 AY.m.151; altmış gün) sonra düşeceği yazılıdır. Bu açık ve kesin anlatıma göre doksan günlük sürenin tespitinde, Resmi Gazetede yayımlanma gününün de hesaba katılmasının zorunlu olduğu ortaya çıkar. Yasanın mutlak deyimle doksan günlük süre içine aldığı yayım gününü, bir günün 24 saat olduğu esasına dayanarak ve

4 Teziç, Erdoğan: “1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.203; Ayrıca bkz. Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s.130.

5 Armağan, Servet: Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s.68-70.

6 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne göre (m.1/2), “Mahkeme, çalışma esasları ve usulleri hakkında kanunlarda ve bu içtüzükte hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarını uygular.”

yayım saati üzerinde faraziyeler kurarak hesap dışı bırakmaya yer verilemez. Öte yandan sürelerde kimi günlerin hesaba katılması öngörülmüşse kanun koyucu ereğini şimdiye kadar hep açık ve özel hükümlerle belli edegelmiştir. Borçlar Kanunu (m.76), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (m.161), Ceza Muhakemeleri Usul kanunu (m.39), İcra ve İflas Kanunu (m.19), Vergi Usul Kanunu (m.18) bu tutumun başlıca örnekleridir. Yukarıda sayılan kanunlarda ve benzerlerinde akdin, tefhim veya tebliğin yapıldığı, yahut sürenin başladığı günlerin hesaba katılmayacağına dair hükümler, ancak o yasaların kapsamına giren işlere inhisar eder. Hele Anayasanın 150 nci maddesi gibi açıklık ve kesinlik bulunan yerlerde bu çeşit hükümlerin, uygulama alanlarını açacak şekilde destek yaparak, yeni yorum ve manalandırmalara gidilmesi caiz görülecek bir davranış olamaz”<sup>7</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında değinilen gerekçeler, iptal davasında özel bir hüküm bulunmayan hallerde genel kuralların uygulanmaması için tatmin edici nitelikte gözükmemektedir. Her şeyden önce, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü genel kuralların uygulanabileceğini öngörmektedir. Bu kural bir içtüzük hükmü olduğundan tek başına yeterli sayılmayabilir. Ancak anayasa yargısı da hukuk sisteminin bir parçası olduğuna göre, bu alandaki boşlukların genel kurallarla doldurulabilmesi gerekir. Öte yandan, sağlıklı ve eksiksiz bir anayasa yargısı usulünün gelişebilmesi için de gerekli olan durumlarda genel hukuk kurallarından yararlanabilmek mümkün olmalıdır.

O halde, iptal davası süreleriyle ilgili bazı konularda Anayasa ve 2949 sayılı Kanunda ayrıntılı hüküm olmadığından İdari Yargılama Usulü Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun sürelerine ilişkin düzenlemelerinden yararlanılabilir. Bu durumda iptal davası süresinin hesabında Resmi Gazetede yayımlanma gününün dikkate alınmaması gerekir.

İptal davası süresinin niteliğine gelince, bu süre hak düşürücü bir süredir<sup>8</sup>. Çünkü hem Anayasa hem de 2949 sayılı Kanun, sürenin geçmesi halinde davanın düşeceğini belirtmektedir (AY.m.151; 2949 sayılı kanun, m.22). Bu süre içinde gerekli işlemler yapılmadığı takdirde bir daha yapılamaz ve genellikle süreyi kaçıran taraf (dava açma yetkisi olanlar) aleyhine sonuçlar doğurur. İptal davası bakımından bunun anlamı artık dava açılmasının mümkün olmamasıdır. İptal davası süresi usul hukuku anlamında kanuni bir süredir ve kesindir. İptal davasının bu süre içinde açılıp açılmadığını Anayasa Mahkemesi re’sen gözönünde tutar. Sürenin son günü resmi bir tatil gününe (örneğin; Cumartesi, Pazar) rastlarsa, dava süresi, takip eden işgününün mesai saati sonunda dolmuş olur<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> E. 1968/5, K.1966/45, K.T. 8.12.1966, AMKD., Sayı: 4, s.227 vd.

<sup>8</sup> Armağan: s.72.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesinin bu konudaki bir kararı için bkz. E.1973/19, K.1975/87, K.T. 15.4.1975, AMKD., Sayı: 13, s.424.

#### IV. İPTAL DAVASI AÇILMASINDA UYULACAK ESASLAR

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 27 nci maddesine göre, Anayasa değişiklikleri ile kanunların, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davası, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterinin dava dilekçesini kaleme havale ettiği anda açılmış sayılır ve Genel Sekreterlikçe davayı açanlara, davanın açıldığına dair bir belge verilir.

Dava, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri tarafından açılmakta ise, dava dilekçesinde, davayı açan üyelerin ad ve soyadlarının, seçildikleri bölgelerin ve imzalarının sıra numarası altında yer alması ve bu dilekçenin her sayfasının, TBMM Başkanı veya Başkanca belirlenecek görevli tarafından imza ve mühür konulmak suretiyle onaylanmış olarak Genel sekreterliğe verilmesi zorunludur. Dava, siyasi parti grupları tarafından açılmakta ise, grup genel kurulu kararının tasdikli örnekleri ile dava dilekçesinde imzası olanların, grup başkanı veya vekili olduklarını belirleyen onaylı belge örneklerini dava dilekçesi ile birlikte Genel sekreterliğe vermeleri gerekir.

Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açanlar anayasaya aykırılığını ileri sürdükleri hükümlerin Anayasanın hangi maddesi veya maddelerine aykırı olduğunu ve iddialarını dayandırdıkları gerekçelerin nelerden ibaret bulunduğunu açıklamak zorundadırlar.

Dava dilekçesinin bu hususları ihtiva edip etmediği Anayasa Mahkemesince dilekçenin kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir. Dilekçede noksanlıklar varsa bu durum kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek mehil içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur. Dava, TBMM'nin üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri tarafından açılmışsa, noksanlıkların tamamlanmasına ilişkin tebligat, tebligat için belirlenen iki üyeye (bunlar belirlenmemişse dilekçenin en başındaki iki üyeye) yapılır.

Anayasa Mahkemesince verilen en az onbeş günlük süre içinde noksanlıkların tamamlanmaması halinde iptal davası açılmamış sayılır. Davanın açılmamış sayılması hakkındaki karar Anayasa mahkemesince verilir ve ilgililere tebliğ olunarak Resmi Gazetede yayımlanır.

İptal davasını açan, her şeyden önce iptalini istediği hukuk normunu veya normlarını kuşkuyla yer vermeyecek bir şekilde belirtmelidir. Anayasa Mahkemesi istemle bağlı olduğundan, konunun belirlenmesinde, Anayasa Mahkemesine bir takdir hakkı kullanma imkanı verilmesi mümkün değildir.

Ayrıca iptali istenen hükmün Anayasanın hangi maddesine aykırı bulunduğu açıkça belirtilmelidir. Madde belirtilmeden ilkelerin belirtilmesi de yeterlidir. Dilekçede, Anayasanın herhangi bir maddesinin zikredilmemiş olması halinde, aykırılık iddiasının Anayasanın temel ilkelerine, ruhuna ve sistemine aykırılık

şeklinde anlaşılması gerekir. Anayasa Mahkemesi ise bu durumu bir eksiklik olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, “Dilekçede iptali istenen kanunun... Anayasanın hangi maddesine aykırı bulunduğu gösterilmediğinden bu cihetin aynı sürede açıklanması...” gerekir <sup>10</sup>.

Gerekeç gösterme zorunluluğu, iptal davası yolunun gelişigüzel kullanılmasını önleyeceği gibi, anayasaya aykırılık iddialarına ciddilik ve hukukilik niteliği kazandırır. Ayrıca iptal davasının konusunun açıkça tespit edilmesine de yardımcı olur. Anayasa Mahkemesi iptal davasında gerekeç gösterilmemesini bir eksiklik sayarak tamamlattırılmasına karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi bir davada şu kararı vermiştir: “Dava dilekçesinde... hükümlerin tümünün ne sebeple iptalinin istendiğinin gerekçeleriyle açıklanmadığı ve sadece Anayasanın 110 uncu maddesine aykırı bulunduğunun belirtilmesiyle yetinildiği görülmüş ve davanın gerekli açıklığa kavuşabilmesi için tamamlayıcı açıklamaların işin bu safhasında dahi davacıdan istenmesine... karar verilmiştir”<sup>11</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal davası dilekçesine eklenmesi gereken belgelerin eksik olması durumunda, mehil vererek eksik belgelerin tamamlanmasını istemektedir. Eksik belgelerin tamamlanmaması halinde ise davayı açılmamış saymaktadır<sup>12</sup>.

İptal davasında davacı, aynı dilekçe ile birden fazla kanun hakkında iptal talebinde bulunabilir. Bu gibi hallerde Anayasa mahkemesi, incelemenin kolaylaşmasını sağlamak amacıyla, her kanun hakkında ayrı dosya açtırmaktadır<sup>13</sup>. Aynı şekilde Mahkeme bazen de, gene incelemeyi kolaylaştırmak için aynı kanun hakkında açılan birden fazla iptal davasını aynı dosyada birleştirebilmektedir<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması herhangi bir resim ve harca tabi değildir (2949 sayılı Kanun, m.52).

Anayasa Mahkemesi kural olarak dosya üzerinden inceleme yapar. Ancak gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir. Bu konuda bir zorunluluk olmayıp Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>15</sup>. İlgililerin sözlü açıklama konusunda yapacakları müracaatlar talep niteliğindedir. Sözlü açıklama talebi iptal

10 E.1963/336, K.1967/29, K.T. 26.9.1967, AMKD., Sayı: 6, s.7.

11 E.1963/67, K.1966/19, K.T. 14.4.1966, AMKD., Sayı: 4, s.39; Aynı nitelikte, E.1963/130, K.1965/50, K.T. 30.9.1965, AMKD., Sayı: 3, s.189.

12 Anayasa Mahkemesinin bu uygulamasını gösteren bir karar için bkz. E.1969/25, K.1969/45, K.T. 30.9.1969, AMKD., Sayı: 7, s.388-391.

13 Bu uygulama için bkz. E.1963/174, K.1963/115, K.T. 20.5.1967, AMKD., Sayı: 2, s.3.

14 Bkz. E.1968/39-42, 45, 54, 68 ve 1969/6, K.1969/15, K.T. 3.4.1969, AMKD., Sayı: 7, s.260.

15 Bu konuda bkz. E.1967/13, K.1969/5, K.T. 14-16.1.1969, AMKD., Sayı: 7, s.154.

davası dilekçesiyle yapılabileceği gibi, davanın açılmasından sonra da yapılabilir<sup>16</sup>. Ancak, Anayasaya göre (m.149,f.4), siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasının dinlenmesi zorunludur.

## V. İPTAL DAVASI AÇILMASINDA TEMSİL

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 26 ncı maddesi iptal davasının açılmasında temsille ilgili bazı esaslara yer vermektedir. Buna göre kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ya da hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak iptal davası, iktidar ve anamuhalefet partileri meclis grupları genel kurullarının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine, grup başkanları veya vekilleri tarafından açılır (m.26/1).

Davanın TBMM'nin üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerince açılması durumunda dilekçede, kendilerine mahkemece tebligat yapılmak üzere, iki üyenin gösterilmesi gereklidir (m.26/2).

Bu düzenlemenin amacı, belirtilen kurum ve kuruluşların başında bulunanların kendi başlarına hareket etmelerini önlemektir. İktidar ve anamuhalefet partileri meclis gruplarını temsil eden grup başkanları veya vekillerinin bu temsil yetkisi kanundan kaynaklandığından, grup başkanları veya vekillerine özel olarak temsil yetkisi verilmesi zorunlu değildir.

Bir kanunun kabulünde lehde oy kullanmış olan parti grubunun, aynı kanunun aleyhinde iptal davası açmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Davanın, TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri tarafından açılması halinde, bütün üyelerin iptal davasının konusu üzerinde anlaşmış olmaları zorunludur. Buna karşılık aynı zorunluluk davanın gerekçesi bakımından aranmaz<sup>17</sup>.

2949 sayılı Kanun, iptal davası açılmasında ve işlemlerin yürütülmesinde vekil tayin edilmesine de imkan tanımaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisine sahip olanlar, kendilerini, noterden tasdikli özel vekaletnameli bir veya birkaç avukat tarafından temsil ettirebilirler. Ancak, Cumhurbaşkanı adına Anayasa Mahkemesinde sözlü açıklama yapılması gerektiğinde, bu açıklamayı Cumhurbaşkanı'nın belirleyeceği görevli yapar (m.32).

16 Hocaoğlu, A.Şeref - İsmet Ocakçioğlu: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara 1971, s.121.

17 Hocaoğlu-Ocakçioğlu: s.113.

**İPTAL DAVASI DİLEKÇE ÖRNEĞİ**<sup>18</sup>**ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA****ANKARA**

**İPTAL DAVASINI AÇAN** : (Davayı açan makam, kurum, kuruluş veya kişilerin adı-soyadı ve adresleri).

**DAVANIN KONUSU** : ...tarihli ..... sayılı kanunun/ kanun hükmünde kararname-nin/ içtüzüğün/ Meclis kararının tümü veya belirli maddeleri-nin iptali istemi.

**OLAYLAR** : 1) ...

2) ...

3) ...

Yukarıda belirtilen sebeplerle iptal isteminin konusunu teşkil eden .....nın, Anayasanın ..... hükümlerine uygun düzenlen-mediklerinden bu iptal davasının açılması gerekmiştir.

**DELİLLER** : TBMM Tutanak Dergileri, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili ..... tarihli ..... sayılı kararları, bilimsel öğretilerdeki gö-rüşler ve diğer deliller.

**HUKUKİ SEBEPLER** : Anayasanın ..... maddeleri, 2949 sayılı Kanunun ..... mad-deleri ve ilgili mevzuat hükümleri.

**SONUC** : .... tarihli .... sayılı kanunun/ kanun hükmünde kararname-nin/ içtüzüğün/ Meclis kararının (tümü veya .... hükümleri-nin) Anayasanın özellikle .... maddelerine aykırı oldukları-nan iptaline karar verilmesi...

**EKLER** :

İptal Davasını Açan/Açanlar

(Tarih ve İmza)

<sup>18</sup> Tikveş, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982, s.435.





## SINIRAŞAN AKARSULARIN KİRLİLİĞİ VE SORUMLULUK<sup>1</sup>

Doç. Dr. Enver BOZKURT\*

### GİRİŞ

Dünyada globalleşme, çevrede daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Devletler arasındaki ilişkilerin temelinde iyi komşuluk ve dostluk ilkesi yatmaktadır. Yani barışçıl düzen, olması gerekli bir yapıdır. İnsanların ve devletlerin barış içerisinde bile olsa, yaşadıkları ortamların devamlı bir değişiklik ve olumsuz etkiler doğurması gündeme gelmektedir. Nüfusun az olduğu dönemlerde bu olumsuz etkilerin pek hissedilmemesi nedeniyle çevrenin korunması ile ilgili düzenlemeler yapılmamıştır. Günümüzde insanlık savaşa başvurmaksızın kendi sonunu hazırlamayı durdurmak için çevreye verilen zararları önlemek amacıyla gerek ulusal hukuk sistemlerinde gerekse uluslararası hukuk sistemlerinde hukuکی düzenlemeler yapılmaktadır.

Akarsular, eski dönemlerde medeniyetin doğuş yerleri olmuştur. Çünkü insanlar yaşayabilmek için suya ihtiyaç duymuşlardır. Bu nedenle gerektiğinde gıda deposu olarak kullanılan; gerektiğinde ise, insanın en temel ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılan akarsularda kirliliğin önlenmesi gerekmektedir. Bir devletin içerisinde doğup denize dökülen akarsular uluslararası hukuk bakımından sadece kirlenme durumunda deniz çevresinin korunması ile ilgili hükümler çerçevesinde ele alınabilecektir. Birden çok devleti geçip veya iki devlet arasında sınır oluşturup, denize dökülen akarsularda ise, sahildevletlerin bir takım etkilerinin diğer sahildevletlere zarar vermesi gündeme gelebilecektir. İşte verilen bu zararlar belirli ölçüde de olsa giderilmelidir. Biz bu çalışmamızda ulaşım amacıyla kullanılan akarsulardan ziyade ulaşım elverişli olmayan akarsularda kirlenme halinde devletlerin sorumluluğunu incelemeye çalışacağız.

### I. SINIRAŞAN AKARSULARIN KİRLENMESİ

Akarsu kirlenmesi, su kirlenmesinin bir alt kavramıdır. Su kirlenmesi denildiğinde su kaynaklarının kullanılmasını etkileyecek ölçüde organik, inorganik, biyolojik, radyoaktif maddelerin suya karışması ile suyun doğal yapısının kullanma amacının dışına çıkacak biçimde bozulması anlaşılmaktadır. Suyu kirleten maddeler çok fazladır. Çünkü su genel temizlik maddesi olduğu gibi; havaya, toprağa yapılan etkiler daha sonra suya geçmektedir. Uygulamada en çok görülen

<sup>1</sup> 23 Kasım 1996 tarihinde Ankara'da düzenlenen "I. Ulusal Çevre Hukuku Kongresi"nde sunulan "Milletlerarası Akarsuların Kirlenmesinden Dolayı Devlet Sorumluluğu" konulu bildirimizde, Fırat-Dicle sorununa da kısaca yer vermiştik. Fakat bilgilerin yetersiz olması, o bölümü çıkarmamıza neden oldu. O günden bu yana ortaya çıkan gelişmeler de burada işlenmeye çalışılmıştır.

\* Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

kirleticiler, dahili atıklar, endüstriyel atıklar, tarımsal atıklar, ısı kirlenmesi, radyoaktif kirleticiler, taşıyıcı araçlar, petrol, civa ve kurşun, diğer muhtelif unsurlar şeklinde sınıflandırma yapılabilir<sup>2</sup>. Bunlardan önemlileri şunlardır:

İçsel atıklar, kasabaların, şehirlerin kanalizasyon suları genellikle bir akarsuya veya göle boşaltılmasında akarsular bakımından en önemli kirlenme çeşidini oluşturmaktadır. Kanalizasyon atıklarında, sabun, deterjan, sentetik maddeler, sebze atıkları, hayvan atıkları, toz ve bir çok kirletici kimyasal maddeler bulunmaktadır. Bunların hepsi suyu kirletici özelliğe sahiptir. Milli akarsulara dahi boşaltım yapıldığında, akarsuyun daha sonra denize dökülmesi sonucunda uluslararası hukuk deniz kirlenmesi deniz kirlenmesi nedeniyle konuyla ilgilenebilmektedir. Sınırşan akarsularda zaten birden çok devlet arasında sınır oluşturma veya birden çok devleti kesip geçme nedeniyle uluslararası unsur bulunmakta ve konu uluslararası hukukun ilgi alanına girmektedir<sup>3</sup>.

Endüstriyel atıklar, sanayileşmenin ilk devrelerinde daha ucuz su elde etmek nedeniyle fabrikaların genellikle akarsu ve göl kıyılarına kurulması sonucu günümüzün en büyük kirleticileri olarak ortaya çıkmıştır. Günümüzde en büyük su kullanıcıları sanayiciler olduğundan, bu sahada kirlenme önemli ölçüde ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>. Bilhassa Avrupa nehirlerinde kirlenmenin tehlikeli boyutlara ulaştığı söylenebilir. Örneğin, Ren nehri ile ilgili bir çok Avrupa devletinin ve uluslararası örgütün çalışmaları halen devam etmektedir. Tarımsal atıklar, endüstri sektöründen sonra en büyük su kullanıcı sektör olması nedeniyle, önemli ölçüde akarsularda da kirlenme hissedilmektedir. Sulama sonucunda suyun tuzluluk oranı arttığı gibi; tarımsal üretim sürecinde, hayvan atıkları, ürün atıkları ve erozyon sonucunda suyun önemli ölçüde kirlendiği görülmektedir<sup>5</sup>.

Uluslararası hukukta kirlilikle ilgili genel düzenlemeler ve genel sorumluluk teorisi konuyla ilgili bulunmaktadır. Fakat sınırşan akarsuların kirlenmesi ile ilgili ve bundan dolayı sorumluluk kuralları konusunda, anlaşmalar dışında genel kural yoktur.

İlk Avrupa uygulamasında, endüstriyel ve tarımsal kirlenmenin yerel kullanıma ve akarsu balıkçılığına zarar verdiği gerekçesiyle yasaklama getirilmesine rastlanmaktadır. Fakat akarsulardan faydalanmanın talep dengesine göre değişmesi, bu katı yaklaşıma daha değişik bir yol açmıştır. Ren'de olduğu gibi daha

<sup>2</sup> Kirlenmenin kaynakları konusunda değişik bir sınıflandırma için bkz. Lester, Antony, "Pollution", in Gatesson, A. H.; R. D. & Olmstead, R. J., *The Law of International Drainage Basins*, 1967, 90-91; Chauan, B. R., "Settlement of International Water Law Disputes in International Basins", 1981, 107-116; Dickstein, H. L., "National Environmental Hazards and International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23 (1974), 429-434.

<sup>3</sup> Chauan, supra note 2, 111-112.

<sup>4</sup> ibid, 112.

<sup>5</sup> ibid, 113.

çok endüstri nehirlerinde daha sonraki andlaşmalar açıkça kirletici kullanımlara büyük ölçüde tolerans göstermişlerdir. Kuzey Amerika uygulaması da benzer bir eğilim takip etmiştir. Sınır sularının kirlenmesine ilişkin bir yasaklama katı bir biçimde uygulanmıştır. 1909 Sınır Suları Andlaşmasında açıkça yerel ve sağlıkla ilgili kullanımlara öncelik verilmesine rağmen, büyük göllerdeki endüstri ve tarımsal kirlenme 1972’de yeni bir düzenleyici rejim kabul edilinceye kadar devam etmiştir. Hiçbir andlaşma ile salt kirlilik yasaklanmamıştır. 1960 Indus Akarsuyu Andlaşması, endüstriyel kullanımları sınırlamış ve kirlenmeden etkilenen diğer menfaatlerin gözönüne alınmasını ve kirliliğin önlenmesini, tedbirlerin alınmasını istemiştir<sup>6</sup>.

Ulaşımaya elverişli olmayan uluslararası akarsuların hukuki rejimi ile ilgili çeşitli görüşlerden bugün hakim olan, hakkaniyete uygun kullanım veya adil kullanım görüşüdür<sup>7</sup>. Bu görüşe göre, her havza devletinin kendi sınırları içinde, uluslararası akarsuların sularından faydalanmasında makul ve hakkaniyete uygun bir hakkı bulunmaktadır<sup>8</sup>. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1991 Taslağının 6. maddesinde<sup>9</sup> ve 1994 Taslağının 5. ve 6. maddelerinde<sup>10</sup> de yine hakkaniyete uygun kullanım görüşüne göre düzenlemeler getirilmektedir. Kirlenme konusunda oluşan örf ve adet kuralları da bu görüş çerçevesindedir.

Uluslararası andlaşmalara baktığımızda; devletlerin geçmişte ve bugün sınıraşan akarsuların kirlenmesine karşı andlaşmalarla kendilerini bağladıklarını görmekteyiz. Sarıh ya da zımnı olsun, bağlayıcı olsun olmasın sınıraşan akarsulardaki kirliliğin önlenmesine ilişkin andlaşma hükümleri, bundan sonra bağımsız andlaşma hükümleri olarak incelenecektir. Bu hükümler, sınıraşan akarsulara ilişkin kirliliğe devletlerin ortak korumaları; kirlilik dolayısıyla ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözüm usulleri ve kirlenmenin yol açtığı zararların tazmini gibi konuları içeren anlaşma hükümlerinden ayrılmalıdır<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Birnie, Patricia W. & Boyle, Alan E., *International Law and the Environment* 1992, 225-226.

<sup>7</sup> 21 Mayıs 1997 tarihinde imzalanan, Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışında Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme’nin 5. Maddesi de bu görüşü benimsemiştir. Türkiye tarafından kabul edilmeyen Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Bozkurt, Enver, *Türkiye’nin Uluslar arası Hukuk Mevzuatı*, 2. Baskı, Ankara 1999, 166-180.

<sup>8</sup> Ulaşımaya elverişli olmayan akarsuların hukuki statüsü ile ilgili görüşler hakkında ve hakkaniyete uygun kullanım görüşü hakkında geniş bilgi için bkz. Bozkurt, Enver, “Ulaşımaya Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Uluslar arası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 203-213.

<sup>9</sup> İbid, 213-214.

<sup>10</sup> ibid, 214.

<sup>11</sup> Birnie & Boyle, supra note 6, 228-229.

1994 Taslağında koruma, saklama ve işletme ana başlığı ile, 20. madde<sup>12</sup> ekosistemlerin korunması ve muhafazası adı altında şoye dzenleme getirilmiştir: Sahildar devletler, teker teker veya birlikte uluslararası suların ekosistemlerini koruyup, muhafaza edeceklerdir”<sup>13</sup>.

1994 Taslağında ve asıl Sözleşmede bir diğer dzenleme ise, 21. Madde, kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü başlığı altında yapılmaktadır. Bu maddeye göre:

“Kirlenmenin engellenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi

1- Bu maddenin amacı için, “uluslararası bir su yolunun kirlenmesi” uluslararası bir su yolunun niteliğinde ya da bileşiminde doğrudan veya dolaylı olarak insan davranışının sonucu olan her türlü zararlı değişiklik demektir.

2- Su yolu Devletleri, tek başlarına ve, uygun olması halinde, ortaklaşa olarak, insan sağlığı ve güvenliğine, suların herhangi bir faydalı amaç için kullanımına veya su yolunun yaşayan kaynaklarına zarar da dahil olmak üzere diğer su yolu Devletlerine, onların çevresine önemli zarara neden olan uluslararası bir su yolunun kirlenmesini engeller, azaltır ve kontrol ederler. Su yolu Devletleri bu bağlamda kendi politikalarını harmonize etmek (uyumlulaştırmak) için adımlar atarlar.

Su yolu Devletleri, aralarından herhangi birinin isteği üzerine, uluslararası bir su yolunun kirlenmesinin engellenmesi, azaltılması ve kontrolü için karşılıklı olarak anlaşılabilir önlemler ve metotlara, aşağıda sayıldığı gibi, ulaşmak için danışmalarda bulunurlar:

a) Su niteliğine ilişkin ortak amaçlar ve kriterler kurmak;

b) Belli bir noktadan kaynaklanan veya belli bir noktadan kaynaklanmayan kirlenmeye yönelik teknikler ve uygulamalar tesis etmek;

c) Uluslararası bir su yoluna atılması yasaklanacak, sınırlanacak, araştırılacak ya da izlenmesi gereken maddelerin listelerinin tesis edilmesi.”<sup>14</sup>.

## II. ULUSLARARASI HUKUKTA SORUMLULUK KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Her hukuk dzenini için beklenmesi gereken bir huşus da, söz konusu hukuk dzeninin kişilerinin, kendilerinden istenen yükümlülüklerine aykırı hareket et-

<sup>12</sup> Bu madde asıl sözleşme metninde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Metin için bkz. Bozkurt, supra note 7, 173.

<sup>13</sup> Bozkurt, Enver, “Milletlerarası Akarsuların Kirliliği ve Milletlerarası Hukuk”, JESS / ÇSBD Vol.1, No. 1-2 (1996), 70.

<sup>14</sup> ibid, 72; Bozkurt, supra note 7, 173.

meleri halinde sorumlu tutmasıdır. Böyle bir beklenti, hukuk düzeni olmanın da bir gereğidir. Uluslararası hukuk bakımından da, uluslararası hukukun kişilerinden, özellikle devletlerden hukuk kurallarına uymaları beklenir, aksi takdirde hukuki sorumlulukları söz konusu olur.

Devletlerin, kural olarak uluslararası hukuk kurallarına aykırı her davranışı bir haksız fiil oluşturur. Devlet, bu davranışından ya da haksız fiilinden doğan zararı gidermek zorundadır. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı bu mecburiyeti Alanya ile Polonya arasındaki Chorzow Fabrikası Davası ile ilgili 26 Temmuz 1927 tarihli kararında açık bir şekilde dile getirmiştir: “Bir taahhüt ihlal edildiği zaman, bunu uygun bir şekilde tamir etmek bir Devletler hukuku prensibidir; dolayısıyla tamir, bir sözleşmenin uygulanmasında, bu sözleşmede yazılı olmasına lüzum bulunmaksızın bir tamamlayıcı (şarttır)”<sup>15</sup>.

Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında hukuka aykırı fiiller yanında, belirli alanlarda uluslararası hukuka uygun faaliyetlerden doğan bazı zararlar bakımından da sorumluluğun varlığı kabul edilmektedir. Ama her iki halde de sorumluluk kurumunun amacı, zarar gören uluslararası hukuk kişinin zararını ortadan kaldırmaktır<sup>16</sup>.

Uluslararası sorumluluk kurumu, devletler ve uluslararası örgütler gibi sadece uluslararası hukukun kişileri arasında işletilebilmektedir. Bu anlamda bireylerin savaş suçu, barışa ve insanlığa karşı suç, soykırım suçu gibi fiillerden dolayı uluslararası sorumluluk doğmaz, bireyler bakımından cezai ve hukuki sorumluluk doğabilir<sup>17</sup>.

## B. Kusurlu Sorumluluk

Devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için, her şeyden önce uluslararası hukuk bakımından bir haksız fiilin varlığı aranır. Bu anlamda uluslararası ahlaka, uluslararası nezaket kurallarına aykırı fiiller, devletin sorumluluğunu gerektirmez. Yine uluslararası hukuka uygun ama iç hukuka aykırı fiiller bakımından da sorumluluk doğmaz<sup>18</sup>.

Roma hukukunda temelini bulan “kusur” kavramı, uluslararası hukukta sorumlu tutulan kişinin fiilinin bir kusurdan doğmuş olmasını ifade eder. Başka

15 Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, 3. Bası, Ankara 1968, s. 626; Lammers, J., *Pollution of International Watercourses*, 1984, 600-601.

16 Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, III. Kitap, 3. Bası, Ankara 1999, 153-154.

17 *ibid*, 154.

18 *Ibid*, 155; Meray, *supra* note 15, 627; Goldie, L. F. E., “Liability for Damage and the Progressive Development of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14 (1965), 1196-1197.

bir deyişle herhangi bir kusurlu davranışa bağlanamayan bir zararın varlığı kendi başına uluslararası sorumluluk nedeni olamaz<sup>19</sup>.

Kusur oluşturan fiil bir aktif davranış olabileceği gibi, pasif bir davranış da olabilir. Kısaca, tekrarlamak gerekirse, uluslararası hukuka aykırı her davranış kusur oluşturabilecektir.

Kusurlu sorumluluğun ikinci şartı ise, uluslararası hukuka aykırı davranışın bir uluslararası hukuk kişisine isnat edilebilmesidir. Bu anlamda devletlerin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları eliyle işlediği fiillerinden dolayı sorumluluk söz konusu olabilmektedir<sup>20</sup>.

### C. Kusursuz Sorumluluk

Özellikle 20. Yüzyıl başlarında uluslararası hukuk doktrini, sorumluluğu daha objektif verilere dayandıracak bir değerlendirme çabası içerisine girmiştir. Fransız hukukçu Duguit'nin görüşlerini uluslararası hukuka uyarlamaya yönelik bu çaba, uluslararası sorumlulukta zarar ile zarara neden olan kişi arasında doğrudan bir illiyet bağının aranması sonucuna götürmüştür. Buna göre, belirli bir fiil bir zarar doğuruyorsa uluslararası sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>21</sup>.

Kusursuz sorumluluk anlayışına göre, belirli bir faaliyetten yarar sağlayan kişi, söz konusu faaliyetin olumsuz etkilerine de katlanmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla belirli bir faaliyeti yaşıyan kişi, belirli bir riski de göze almak durumunda kalmakta, sorumluluk bu riske dayanmaktadır<sup>22</sup>.

Bugünkü uluslararası hukuk uygulamasında kusursuz sorumluluk hallerinin kesin olarak kabul edildiği faaliyet alanları ve doğacak zarar türleri şunlardır: Nükleer enerjinin barışçı kullanımı, denizlerin hidrokarbürlerle kirlenmesi ve uzay araçlarının neden olduğu zararlar<sup>23</sup>.

### D. Uluslararası Hakemlik ve Yargı Organı Kararlarından Örnekler

Danzig'teki Polonya Vatandaşlarına Yapılan Muamele uyuşmazlığında iştirari mütalaa veren Uluslararası Adalet Divanı, devletin uluslararası sorumluluğunun, anayasasının ve diğer kanunların uluslararası yükümlülüklerle aykırı olması halinde de söz konusu olacağını belirtmiştir<sup>24</sup>.

19 Pazarıcı, supra note 16, 155.

20 Meray, supra note 15, 629.

21 Pazarıcı, supra note 16, 156.

22 İbid, 155.

23 ibid, 156; Goldie, supra note 18, 1215-1218.

24 Meray, supra note 15, 630.

Uluslararası sorumluluk doğuran zararın uluslararası hukuka aykırı fiilin doğrudan neden olduğu zarar olması gerektiğine ilişkin olarak, ABD ile İngiltere arasındaki 1872 tarihli Alabama Davası çerçevesinde hakemlik mahkemesi, İngiltere tarafından silahlandırılan ve Güneylilere satılan Alabama gemisinin ABD'ye verdiği gemilerin kaybedilmesi gibi doğrudan zararları uluslararası sorumluluk içerisinde görürken, gemi sigorta fiyatlarının artması gibi ikincil zararları değerlendirme dışı tutmuştur<sup>25</sup>.

### III. AKARSULARIN KİRLENMESİNDEN DOLAYI DEVLET SORUMLULUĞU

#### A. Akarsuların Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Sorumluluk İlişkisi

Akarsuların hukuki rejimi ile ilgili olarak değişik görüşler vardır. Sorumluluğun açıklanabilmesi için bu görüşleri kısaca incelemekte yarar bulunmaktadır.

Mutlak ülke egemenliği görüşü, genel bir tanımla yukarı sahildevletinin, aşağı sahildevletinin etkilenmesini gözönüne almadan akarsularını dilediği gibi kullanması, dilediği gibi havzasını değiştirebilmesidir. Yani yukarı sahildevletine her türlü su kullanımının gerçekleştirilmesi özgürlüğünü veren görüşdür<sup>26</sup>. Bu görüşe göre, yukarı sahildevlet, akarsuyu tüketici faaliyetlerde bulunabileceği gibi; aşağı sahildevletinin talep ve zararlarını da dikkate almak zorunda değildir. Mutlak egemenlik görüşü, her devletin kendi ülkesinde bulunan uluslararası nitelikteki sulara istediğini yapabileceği sonucuna varmaktadır<sup>27</sup>. Bu görüş Harmon Doktrini olarak da adlandırılmaktadır.

Harmon Doktrini her şeyden önce sadece tek bir devletin mutlak egemenliğini benimsediğinden oldukça eleştirilmiştir. Çünkü diğer komşu devletlerin hakları, bu doktrinde bir kenara itilmiş olmaktadır. Egemenliğin sadece haklar vermeyip, yükümlülükler de getirdiği dikkate alınmamaktadır<sup>28</sup>. Yukarı sahildevletinin bu konudaki egemen haklarının belirli ölçüde sınırlandırılması ile aşağı sahildevletlerinin korunması ve hakkaniyetin sağlanması amaçlanmıştır<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Pazarıcı, supra note 16, 155-156; Lammers, supra note 15, 602.

<sup>26</sup> Akmandor, Neşet, "Su Sorununun Fiziksel Boyutları", Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu. TESAV. Ankara 1994, 15; Birnie / Boyle, supra note 6, 218; Lester, supra note 2, 82.

<sup>27</sup> Pazarıcı, Hüseyin, "Su Sorununun Hukuksal Boyutları", Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu. TESAV. Ankara 1994, s. 42; Dickstein, supra note 2, 490-491.

<sup>28</sup> Bir, Mustafa, Akarsulardan Faydalanma ve Türkiye'nin Uluslar arası Hukuku İlgilendiren Akarsuları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1986, 84-85.

<sup>29</sup> İnan, Yüksel, "Sınırşan Suların Hukuksal Boyutları" (Fırat ve Dicle), SBF, C. 49, S: 1-2 (1994) (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan), 249.

Sorumluluk ile bu görüşü bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü sorumluluğun doğabilmesi için yukarı sahildar devletin hareketinin uluslararası bir yükümlülüğü ihlal etmesi gerekir. Halbuki, Harmon Doktrininde yukarı sahildar devletin egemenliği sözkonusu olduğundan faaliyetleri hiçbir zaman hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Zaten bu görüş, günümüzde hukuki olmaktan ziyade siyasi olarak bazı üst sahildar devletlerce çeşitli zeminlerde dile getirilmesine rağmen o devletlerce bile inandırıcı gözükmektedir.

Sınırlı ülke egemenliği görüşüne gelince, uluslararası hukukta ülke egemenliğinin devletlerce mutlak ve sınırsız bir hareket özgürlüğü tanımadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, devlet kendi ülkesinde ülke egemenliğine dayanan hak ve yetkilerini kullanırken, uluslararası hukuk kurallarının getirdiği sınırlamalara uymak zorundadır. Bu sınırlamanın başında ise, ülke egemenliğine dayanan hakların, başka devletlerin çıkarlarına zarar verecek şekilde kullanılmasını öngören ve “malını ve hakkını başkasına zarar vermeden kullanmalısın” sözü ile anılan genel nitelikteki teamüli kural gelmektedir. Devletin sorumluluğu, uluslararası hukukta bir hakkın kötü kullanımı neticesinde doğmaktadır. Devletin yükümlülüğü komşu devletin zararına olacak şekilde akarsuyun akışına müdahale etmek değildir<sup>30</sup>.

Bu görüş kusursuz sorumluluk çerçevesinde atmosferde, fezada ve su altında nükleer silah denemelerinin yasaklanması hakkındaki andlaşmada yer almıştır. Fakat akarsuların kirlenmesi bakımından hiçbir kurtuluş karinesi getirilmemesi yönünden uygulanması mümkün değildir.

Doğal durumun bütünlüğü görüşü ise, aşağı sahildar devletlerin, sınıraşan akarsulardan faydalanmasına imkan vermek amacıyla ortaya atılmıştır. Kökeni “Common Law Sistemi”ndeki “Sahildar Hakları” Doktrinine dayanmaktadır. “Sahildar Hakları Doktrini”ne göre, sahildar, araziye giren akarsuyun doğal durumunu koruyarak, hiçbir değişikliğe uğratmadan akmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Sınıraşan akarsuların da katettikleri devletlerin ülkelerinden geçerken, doğal durumlarını bozmamak zorundadırlar. Bu görüş, tamamen aşağı sahildar devletleri korumaktadır. Yani, bu şekliyle yukarı sahildar devlete, akarsuyun doğal akışını değiştirmemek, olduğu gibi muhafaza etmek yükümlülüğü getirmektedir. Bu görüşe göre, yukarı sahildar devletin yapacağı değişiklikler için aşağı sahildar devletin rızasını alması gerekmekte ve aşağı sahildar devlete bir çeşit veto hakkı tanımaktadır. Ayrıca, aşağı sahildar devletin gelecekteki kullarımlarının korunması da bu görüşün diğer bir özelliğidir<sup>31</sup>.

30 Sar, Cem, Uluslar arası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara 1970, 211-212; Griffin, William L., “The Use of Waters of International Drainage Basins Under Customary International Law”, AJIL, Vol. 53 (1959), 59; Birnie /Boyle, supra note 5, 219.

31 Sar, supra note 30, 216-219; Bir, supra note 28, 85-86.



Uluslararası hukukta aşağı sahildevletleri savunan bu görüş, yukarı sahildevletinin en ufak bir müdahalesinin dahi hukuka aykırı olması nedeniyle sorumluluğunu doğuracağından, sorumluluk kavramıyla bağdaştırılması oldukça güç olacaktır.

Ön kullanımın üstünlüğü görüşüne göre ise, arazisindeki suları diğer sahildevletlere göre daha önce kullanmaya başlayan sahildevletinin, bu kullanımı devam ettiği sürece, bu sular üzerinde bir çeşit kazanılmış hakkı bulunmaktadır. Diğer sahildevletlerin, aynı sulardan yararlanırken ilk kullanan sahildevletinin bu mutlak kazanılmış hakkını etkilememeleri gerekir. Bu kavram “doğal ya da tarih”, “kazanılmış” ve “kadim” haklar gibi değişik terimlerle de ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Ön kullanımın üstünlüğü görüşü herhangi bir sahildevletinin diğerlerinden önce başlattığı faydalanmalara mutlak ak tanımaktadır. Böylece sözkonusu devletler, akarsudan önce faydalanmaya başladıkları için, kazanılmış bir hak elde ederler. Ancak bu kazanılmış hak kapsamına ülke sularına akan bütün sular girmez. Sadece fayda sağlayan, başka bir ifadeyle, fiilen ön kullanıma konu olan sular girer<sup>33</sup>.

Kazanılmış haklar kavramı, akarsuların kullanımı bakımından pek mümkün değildir. Bu görüşün de devlet sorumluluğunun uygulanması bakımından yukarı devlete bir takım yükümlülükler getirdiğinden ve aşağı sahildevletlere yukarı sahildevletinin sınırları içerisindeki akarsularda hak iddia etmeleri nedeniyle mümkün değildir.

Adil kullanım doktrini olarak anılan hakkaniyete uygun kullanım görüşüne göre, her havza devletinin, kendi ülkesi içinde, uluslararası akarsuların sularından faydalanmasında makul ve hakkaniyete uygun bir hakkı bulunmaktadır<sup>34</sup>. Uluslararası hukukta bu adı ilk zikreden Amerikalı hukukçu Eagleton’dur<sup>35</sup>.

Hakkaniyete uygun kullanım görüşü, günümüzde uluslararası hukukun bir kuralı haline gelmektedir. Hakkaniyet ise, yukarı sahildevletlerin faydalanırken, aşağı sahildevlet devlet veya devletlere esaslı zararlar vermemesi şeklinde anlaşılmaktadır<sup>36</sup>.

32 Sar, supra note 30, 272; Bir, supra note 28, 91.

33 Sar, supra note 30, 275; Bir, supra note 28, 91-92.

34 Adil kullanım görüşünün değişik tanımları için bkz. Griffin, supra note 30, 69-72; Dickstein, supra note 2, 492.

35 Bir, supra note 28, 98. Bu ilkenin uygulandığı uyuşmazlıklar olarak; Colorado ve Tijuana uyuşmazlığı; Rio Grande uyuşmazlığı; Nil Akarsuyu uyuşmazlığı sayılmaktadır. İnan, supra note 29, 250.

36 İnan, supra note 29, 250; Birnie / Boyle, supra note 6, 219-222.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1994 Taslağında hakkaniyete uygun kullanma 5. Madde ile düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, su yolu devletleri kendi ülkelerinden geçen sınıraşan su yollarını makul ve eşitçe bir tarzda kullanacaklardır. Özellikle, uluslararası bir su yolu, su yolu devletlerince bundan optimal yararlanma ve fayda elde edilirken bu su yolunun da korunması sağlanarak kullanılacaktır. Su yolu devletleri eşit ve makul bir usulle uluslararası bir su yolunun korunmasını, geliştirilmesini ve kullanılmasını birlikte sağlayacaklardır. Bu ortaklık ilgili mevcut maddeler gereği, hem kullanma hakkına, hem de su yolunun korunma ve geliştirilmesi görevlerine yöneliktir<sup>37</sup>.

Sözleşmenin ve Tasarının 6. Maddesinde hakkaniyete uygun kullanımla ilgili unsurlar düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, bir uluslararası su yolunun 5. Maddede gösterilen hakkaniyete uygun bir şekilde kullanımını etkileyen unsur ve durumlar şunlardır:

- a) Coğrafi, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve doğal yapının diğer etkenleri,
- b) Su yolu devletlerinin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları,
- c) Her su yolu devletinde su yoluna bağımlı nüfus,
- d) Su yolunun bir su yolu devleti tarafından kullanımının ya da kullanımlarının diğer su yolu devletine etkileri,
- e) Su yolunun mevcut ve potansiyel kullanımı,
- f) Su yolunun su kaynaklarının muhafazası, korunması, geliştirilmesi ve ekonomik kullanım ve bunların maliyeti,
- g) Planlanan veya mevcut bir kullanımın maliyetinin karşılanması veya bunun alternatiflerinin uygulanabilirliği, hakkaniyete uygun kullanımda su yolu devletine gerektiğinde işbirliği içerisinde görüşmelere gireceği düzenlenmektedir<sup>38</sup>.

Doktrinde ve uygulamada bu görüş benimsendiğinden aşağıda yapacağımız açıklamalarda hakkaniyete uygun kullanım göz önünde bulundurulacaktır.

---

37 United Nations, Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses Adopted on Second Reading by the International Law Commission at its Forty-Sixth Session, 2-3.

38 İbid, 3; Bozkurt, supra note 8, 169.

## B. Akarsuların Kirlenmesinden Dolayı Devlet Sorumluluğu

### 1. Devlet Sorumluluğunun Şartları

#### a. Uluslararası Hukuk Gereğince Devlete Atfedilebilir Bir Hareket

Devletlerin sorumluluğu ancak kendi hareketleri nedeniyle ortaya çıkar<sup>39</sup>. Kirlenmede kirlenmeye sebebiyet veren kişi ya da kurumların o devletin mensubu ya da kuruluşu olması veya o devletin ülkesinde koruma, önleme yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması devletin sorumluluğu için yeterlidir<sup>40</sup>.

Kirletme atık suların biriktirilip her hangi bir koruyucu önlem alınmadan akarsulara boşaltılması gibi dolaylı şekilde de devletten kaynaklanabilir. Bazen de devlet yasalar ve kurumlarla gerekli önlemleri almış ancak icracı organların uygulamadaki ihmalleri kirlenmeye neden olmuş olabilir<sup>41</sup>.

Burada söz konusu devlet organlarının, kişilerin ve kuruluşların anlamları devletin iç hukukundan doğan statüleri çerçevesinde anlaşılmalıdır. Ayrıca merkezi hükümet yetkilerini kullanan organların yanında federal bir devletin eyaletleri, belediyeler gibi yerel yönetimler de sorumluluk içinde değerlendirilebilir. Bu durum doğaldır ki, sınır ötesi olaylarda söz konusudur. İç sulardaki olaylarda yerel yönetimler münferiden sorumludurlar. Örneğin Federal Almanya'da iç sularda meydana gelen bir olayda federal hükümet değil eyaletler sorumlu olmaktadır<sup>42</sup>.

Uluslararası hukuk açısından ise federal hükümet yerel hükümetlerin sınır ötesi hareketlerinden ilke olarak sorumludur. Bu yüzden Smelter Davasında Kanada Federal Hükümeti, sınır ötesi hava kirliliğiyle ilgili gereken dikkati göstermek konusunda yükümlü tutuldu. Halbuki bölge İngiliz Kolombiyası yerel hükümetinin kontrolü altındaydı<sup>43</sup>. Federe devletin sorumluluğu ise ancak bu devletin federasyon dışında kendi başına bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması halinde söz konusudur<sup>44</sup>.

#### b. Uluslararası Bir Yükümlülüğün İhlali

Devlete atfedilebilecek hareketler bir uluslararası yükümlülüğün ihlali şeklinde ortaya çıkabilir. Bu yükümlülükler uluslararası anlaşmalardan ve karar-

<sup>39</sup> Çelik, Edip F., "Milletlerarası Mes'uliyet", İHFD, C. 21 (1955), 73-75.

<sup>40</sup> Lammers, supra note 15, 588.

<sup>41</sup> İbid, 588.

<sup>42</sup> İbid, 588-589.

<sup>43</sup> İbid, 589; Lester, supra note 2, 105.

<sup>44</sup> Lammers, supra note 15, 589; Pazarıcı, supra note 16, 164-165.

lardan, uluslararası örf ve adet hukukundan, uygar devletlerin tanıdığı genel ilkeler veya uluslararası hukukun diğer herhangi bir kaynağından doğabilirler<sup>45</sup>.

Sahildar devletin öncelikli yükümlülüğü, sınıraşan akarsuların kirlenmesini önlemek ve azaltmaktır. Bir devletin bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek suyun kalitesinde önemli zararlara yol açması halinde zarar gören diğer sahildevletleri bu devletten kirlenmeyi azaltıcı önlemleri almasını makul bir süre tanıyarak isteyebilecektir. Bu durumları önceden kontrol edebilmek için su kalite standartlarının, bu standartları sağlamak için gerekecek zamanın belirlenmesi ve bu yolda sahildevletlerinin aralarında bağlayıcı uluslararası kurumlar ve anlaşmalar oluşturmaları gereklidir<sup>46</sup>.

Devletin hareketinin yanlışlığı, bazen uluslararası bir yükümlülüğün ihlali şeklinde görünmese de bazı özel durumlarda sınıraşan akarsuların kirlenmesi devletin rıza gösterdiği bir hareket sonucu olmuşsa söz konusu olabilir. Uluslararası Hukuk Komisyonuna göre, bu rızanın açık ve devlete atfedilebilir şekilde olması ve buna bağlı hareketin zarar doğurması gerekir. Benzer durumlarda rıza, sınıraşan akarsuların kirlenmesinden dolayı sorumluluğun şartlarını kuvvetlendirici etkiyi doğurabilir<sup>47</sup>.

Kirlenme sırasında bir sahildevletinin sessiz ya da hareketsiz kalması da kirlenmeye yol açan kabul ya da zımni rıza olarak değerlendirilebilir. Bu konuda görüş ayrılıkları da vardır. Zımni kabulün ve rızanın sorumluluk şartı olarak açık ve açıklanmış olma koşullarından yoksun bulunması şüphe doğurur. Bizce zımni rızanın sonuçlarla birlikte değerlendirilerek kirlenmenin nitelik ve derecesine göre sorumluluğa sebep tutulması uygundur<sup>48</sup>.

Diğer bir etken de özel bir örf adet hukuku kuralının veya bir emrin yerine getirilmesi halleridir. Bunlar Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hatalı hareketler olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca kirlenmeye ilişkin bir uluslararası özel örf ve adet hukuku kuralının veya bir hakkın oluşumu süreci içerisinde devam etmekte olan bir kirlenmeden de devletin sorumlu tutulması beklenmez<sup>49</sup>.

Mücbir sebep ve zaruret hali de sorumluluğu ortadan kaldırır. Bu durumlarda devlet, hareketinin bir yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel olduğunu bilmesine imkan tanımayan ya da uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmesine madden engel olan veya zorlaştıran öngörülemez bir dış olay veya karşı konulamayacak bir güç karşısındadır. Burada devletin hareketi aslında gönülsüz

45 İbid, 589-590: Birnie / Boyle, supra note 6, 230-232.

46 Lammers, supra note 15, 590.

47 İbid, 591.

48 İbid, 592.

49 İbid, 592.

veya en azından kasıt yoktur. Maddi imkansızlık halleri tabiattan (tabii afet, hastalık) ya da insandan (egemenliğin veya ülkenin bir bölümünde kontrolün yitirilmesi gibi) kaynaklanabilir. Maddi imkansızlık hali sürekli ya da geçici karakterlerde olabilir. Sınır aşan akarsuların kirlenmesi kötü hava şartları nedeniyle meydana gelen bir deniz kazası sonucu bir gemiden ya da bir deprem sonucu zarar gören boru hatları ya da konteynerlerden yayılan kirletici maddeler yüzünden de olabilir. Zaruret hali bir devletin veya özel bir şirketin diğer bir sahildevletinin ülkesinde uluslararası su yolunun kirlenmesine yolaçacak zarar vermesi sonucunu doğuracak bir hareketinin önceden öngörülememesi ve beklenmemesi şeklindedir. Zaruret hali ise çok kesin şartlarda aslında hukuka aykırılık teşkil edecek bir hareketin kusur kabul edilmesini engeller<sup>50</sup>. Tehlike halinde devlete emanet edilmiş bir can ya da fiziksel bütünlüğün korunması söz konusuysa ihtiyaç halinde devletin kendisi, varlığı, çıkarları, ekonomik veya siyasal geleceği, iç barışı, ülkesinin tamamının veya bir kısmının ekolojik muhafazası gibi konular tehdit altındadır. Örneğin Mura akarsuyunun Avusturya kesimindeki hidroelektrik tesislerinden tahliye edilen birikmiş çöküntüler ve çamur Yugoslavya'da kağıt fabrikalarında ekonomik kayıplara ve balıkçılıkta zarara neden olmuşsa da bu tahliye ve hidroelektrik santral faaliyetleri büyük sellerin önüne geçebilmek amacıyla yapılmış olduğundan zaruret hali içinde değerlendirilir. Bir devletin zaruret hali bazı istisnai olaylarda uluslararası hukukun sınır suları kirlenmesine ilişkin ilke ve temel kurallarına aykırı olabilir. Bu kurallar ve bunların ihlali konularında sınır aşan akarsuların kirlenmesinin veya kirlenmenin yol açacağı zararların en aza indirgenmesi dikkate alınmalıdır<sup>51</sup>.

Sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birisi de önemli zarar vermeme halidir. Hakkaniyete uygun kullanım görüşünü tamamlayan önemli ilkelerden biri olana zarar vermeme ilkesi Sözleşmenin ve 1994 Taslağının 7. Maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, su yolu devletleri bir uluslararası su yolundan yararlanmaya yönelik faaliyetlerini diğer su yolu devletlerine zarar vermeyecek şekilde yürüteceklerdir. Bu faaliyetlere bağlı olarak başka bir su yolu devletinin zarar görmesi durumunda, kullanımı zarara yol açan devletin, bu kullanımı sonucu zarara ilişkin bir anlaşmanın yokluğu halinde, kullanımın; a) 6. Maddede sayılan faktörler içinde yer alan eşit ve makul kullanım (hakkaniyete uygun kullanım) olup olmadığına, b) Kullanımına neden olunan zararın belirlenmesine, giderilmesine veya azaltılmasına yönelik bir ad hoc yargıçlığa konu olacağı düzenlenmektedir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Birnie / Boyle, supra note 6, 143; Pazarcı, supra note 16, 170-171.

<sup>51</sup> Lammers, supra note 15, 592-595.

<sup>52</sup> United Nations, supra note 37, 3-4; Bozkurt, supra note 7, 169.

### c. Kusur

Yazarlar, uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinde devletin sorumlu tutulabilmesi için “kusur”un kurucu unsur (önşart) olup olmayacağını tartışmaktadırlar. Bu nedenle kusurdan ne anlaşıldığını araştırmalıyız. Bazen kusur psikolojik açıdan ele alınır, devletin kendine yüklenmiş bir uluslararası yükümlülüğü bilinçli ve niyetli olarak ihlal etmesi ya da buna organları aracılığıyla izin vermesi gibi. Bir sınıraşan akarsuyun kirlenmesine neden olan bir büyük atık su tahliyesinin veya benzer hareketlerinden dolayı sähildar devletleri uluslararası anlamda sorumlu tutabilmek için sübjektif psikolojik açıdan “kusur”un tespitinin gerekliliğı açıktır. Yine de, sübjektif psikolojik kusur devlet uygulamalarında veya uluslararası hakem ya da yargı kararlarında normalde aranmamaktadır. Kusur kavramı daha çok objektif açıdan ele alınabilir. Örneğın bir devletin ihlali veya öncelikleri ihmali sırasında başvurabileceğı yollar, alabileceğı önlemler açısından hangi uluslararası yükümlülüğünü hangi şartlar altında getirmediğinin belirlenmesinde olduğı gibi. Kusur kavramı aynı zamanda uluslararası bir yükümlülüğün ihlaliyle de eşanlamli kullanılmaktadır. Bu halde kusur biraz gereksiz şekilde devletin sorumluluğı açısından ayrı bir kurucu unsur olarak kabul edilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Taslağında kusur ayrı bir unsur olarak görülmemektedir. Kusur yine de devlet sorumluluğunu doğuran dolaylı bir unsur kabul edilebilir ve o sorumluluk gerektiren ihlallerde uluslararası hukukun kural veya ilkeleri içerisinde dikkate alınabilir<sup>53</sup>.

### d. Zarar

Zarar ya da hasar (fiziksel, ekonomik veya manevi), devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için bulunması gerekli ayrı bir kurucu unsur olarak görülmektedir. Sınır oluşturan bir suyun diğeri bir devlette maddi bir zarara yol açacak şekilde kirlenmesini önleme ya da azaltma yükümlülüğü dikkat veya gayrete bağı bir yükümlülüktür. Bu diğeri yandan, sınırötesi suyun kirlenmesinden doğan maddi zararın, devletin kirlenmeye ilişkin bir uluslararası yükümlülüğün ihlali anlamına gelmeyeceğini gösterir. Bazen tartışıldığı gibi, sırf uluslararası bir yükümlülüğün yerine getirilmesindeki başarısızlıktan bir devleti sorumlu tutma gibi, bir zararı mevcut olmayan şikayetçi devletin de karşı harekete geçmekte hukuki yararı bulunmayacağı fikri doğru değildir. Şikayetçi devletin sahip olduğı hukuki yarar (menfaat) şikayet olunan devletin hukuk dışı hareketinin engellenmesiyle elde edeceği menfaattir. Sınırötesi kirlenme olaylarında şikayetçi devletin kendi ülkesinde meydana gelecek maddi zararı önlemekte açık hukuki yararı vardır<sup>54</sup>.

53 Lammers, supra note 15, 595-596.

54 İbid, 596.

Bu nedenlerle, maddi zararın meydana gelmesi, şüphesiz tazminatın belirlenmesi durumu hariç, bir devletin sınıraşan bir akarsuyun kirlenmesinde yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için şart oluşturmayacaktır.

## 2. Devlet Sorumluluğunun Sonuçları

Uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal ederek sorumlu olan bir devletin zararı giderme yükümü altına gireceği genel olarak kabul edilir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanının Chorzow Davasında da bildirdiği gibi bu zorunluluk uluslararası hukukun hatta hukukun genel bir ilkesidir.

Divan bu davadaki kararında onarmanın şekli olarak iade veya bedelin tazminini kabul etmekle birlikte onarmanın aynı zamanda tatmin olmanın bir biçimi olduğunu genel olarak ortaya koymaktadır. Aşağıda onarmanın biçimlerini daha yakından inceleyeceğiz.

### a. Eski Halin İadesi

İade, özel çeşitleriyle hatalı hareket olmadan önce mevcut olan durumun tekrar kurulmasıdır. Chorzow Fabrikası Davasında Uluslararası Sürekli Adalet Divanı iadenin hukuka aykırı hareketin bütün sonuçlarını mümkün olduğunca silmesi gerektiğini belirtmiştir. Devam etmekte olan kabul edilemez bir sınırötesi kirlenmeye neden olan harekete her şeyden önce bir son vermek ve hukuka uygun hali sonuçlarıyla birlikte yeniden kurmaktır. Hukuk dışı hareketin kesilmesi yine de nadiren eski halin tamamen yeniden kurulabilmesini sağlamaktadır. Ancak, ek önlemlerin alınması da gerekebilir, balık sayısını artırmak, su yolu yatak ve kıyıların temizlemek gibi. Uzun süren kirlenmelerde hukuka aykırı hareketin kesilmesiyle akarsuların kirlenme öncesi doğal ve dinamik yapısını tekrar oluşturmak oldukça zor olabilir. Burada hakem mahkemeleri ve divanların kararlarının önemi ortaya çıkar. Kirlenme olmadan önceki halin iadesinin mümkün olduğu hallerde bile bunun için gereken süre içerisinde balıklar ölmekte, kamu sağlığı zarar görmekte veya su kullanılamamakta ya da belli amaçlarla kısmen kullanılamamaktadır ve bu zararlı etkilerin geriye çevrilemeyeceği çok açıktır<sup>55</sup>.

### b. Tazminat

Gördüğümüz gibi iade çoğunlukla imkansız ya da kısmen imkansız oluyor. İmkan dahilinde olduğundaysa mağdur devlet bunu istemeyebiliyor veya sadece mağdur devlet mensubu yerel otorite veya şahısların zararlarını karşılayabiliyor. Dahası eski halin iadesi mümkün olsa bile, olaydan dolayı kesin kayıpların tespitiyle bunların hiç yaşanmamış olması sağlanamıyor. Burada tazminat gündeme geliyor. Chorzow Fabrikası Davasında Uluslararası Sürekli Adalet Divanı "iadenin sağlayabileceği yararın maddi karşılığı ve iadeyle karşılanamaya-

<sup>55</sup> İbid, 596-597.

cak zarar ve kayıplar arasındaki bağlantıyı” dile getirmiştir. Bu hüküm hemen hemen tüm olaylarda tazminin parasal tazmin olacağını gösterir. Yine de devletlerin aynen tazmin üzerinde anlaşmalarını engelleyen bir hüküm yoktur ve uygulamada bunun örnekleri görülmektedir. Yine Chorzow Davasında Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tazminin temel amacını gösterir, buna göre; “mümkün olduğunca, hukuk dışı hareketin tüm sonuçlarını silmektir. Tazminatta akla gelen diğer bir konu tazmine konu olacak zararın kirlletici hareketten kaynaklandığının belirlenmesidir. Zararla hareket arasındaki bağın tazminatın kabul edilebilmesi için ortaya konması gerekir. Devletlerin onarım yükümlülüğü buna göre belirlenen sınırlara kadar olacaktır. Hakem kararlarında sorumluluğun sınırı (hukuka aykırı) gayri hukuki hareketin normal veya doğal sonuçlarından kaynaklanan zarara mümkün olduğunca yaklaşabilmektedir. ABD-Alman Komisyonu bu kuralı (en yakın sebep kuralı) şöyle açıklar:Almanya'nın hareketiyle zarar arasındaki ilişkinin halka halka açıkça hatasız ve ayrıntılarıyla belirlenmesi imkanı da yoktur. Şikayet olunan hareketin sonuçlarıyla Almanya'nın ilişkisinin sebep-sonuç ilişkisi içinde belirlenebilmesi bu Divanın görevi değildir. Bütün dolaylı zarar Almanya'nın hareketinin etkili ve illi olduğu ölçüde hukuki gerekçelerle giderilmiştir. Eski hakem kararlarında tazminde dikkate alınan dolaylı zarara belirlenebilir kar kaybı olarak sıkça rastlanmaktaydı. Değişik bir bakış açısıyla da olsa böyle bir çok eski hakem kararı yazarlarca desteklenmektedir. Yeter ki, şikayet olunan hareketle talep edilen arasında kesilmez bir illiyet bağı bulunsun ve afaki, spekülatif olmasın. Ayrıca tazminin zarara maruz kalan üçüncü kişiler için söz konusu olduğu akıld tutulmalıdır.

Üçüncü kişilerin zararlarının tazmininin reddedilmesi bazen zararın çok cüzi olması nedeniyle. Bazen yine de bu üçüncü kişilerin (alacaklı, hissedar veya sigortacı) hakları değil ama yalnızca menfaatleri gayri hukuki hareketle ihlal edilmektedir. Sınırötesi suların kirlenmesi veya diğer benzer çevre olaylarında uygun bir neden sonuç ilişkisinin varlığının aranması, bir devletin kabul edilemez bir zarar içinde kalmasında bunun kirlletici faaliyetleri olan birden çok devletin bulunması halinde özel problemler doğurmaktadır. Bir müteselsil zarar durumunda uluslararası nitelikte hatalı hareketi yüzünden sorumlu olan her iştirakçi devletin diğer devletlerle birlikte neden olduğu kabul edilemez zararın tümünü tam olarak tazmin etmesi veya her bir devletin zarara katkıları oranında ödenecek tazminatın bir kısmını karşılaması halinde zararın tamamını karşılayan iştirakçi devletin diğer iştirakçi devletlere rücu etmesi mümkün müdür? İştirakçi devletlerin ferdi katkıları nedeniyle bir taleple karşılaştıklarında, yine her bir iştirakçi devletin yalnızca söz konusu zarara katkılarına karşılık gelen tazminat payını ödemekle yükümlü olup olmadığı veya diğer iştirakçi devletlere rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla tazminatın tümünü mü ödeyeceği sorusu gündeme gelir. Uluslararası genel hukuk günümüzde bu soruya bir yanıt bulamamıştır. Şikayetçi devletin hukuka aykırı hareket ettiğinin tespit ettiği iştirakçi devletlerden her hangi birinden tazminatın tümünü talep edebilmesini savunan görüş ağırlık kazanmıştır. Şikayetçi devletin iştirakçi devletlerden birine başvurabilmesi şikayetçi devletin



kabul edilemez zararlar arasında düzgün bir illiyet bağının bulunması, bu devletin ferdi hareketinin müşterek zararın bir parçası olduğunu bilmesi veya bilmesi gerektiği ya da öngörmesi gerektiği için kabul edilir. Yine de diğer iştirakçi devletlere rücu etme hakkı bulunsa bile, tüm tazminatı bir iştirakçi devletin ödemekle zorunlu olması aleyhine fikirler de desteklenmektedir. Her şeyden önce müşterek sebep halinde, kabul edilemez zararın ancak her bir iştirakçi devletin payıyla meydana geldiği ve gelebileceği gerçeği söz konusudur. Ülkesinde özel şahıs ve kuruluşların kirleticilerin boşaltılmasını önlemekte gerekli dikkati göstermemesi nedeniyle meydana gelen zararlar devlet arasında illiyet bağının kesildiği için devlet sorumlu tutulamaz. Mutlak sorumluluğu gerektiren istisnai olaylar dışında böyle devletler şikayetçi devlete tazminatın tümünü ödemekle yükümlü olmayacaktır<sup>56</sup>.

Bu arada şikayetçi bir devlete diğer iştirakçi devletlerle birlikte hukuk dışı hareketleri bulunduğu için tazminatla sorumlu tutulan bir iştirakçi devletin müştereken meydana getirilen hukuk dışı kirlenmeyi azaltmak için ne ölçüde tedbirler alması gerektiği sorusu da akla gelir. Burada her iştirakçi devletin müşterek sebep olunan hukuk dışı kirlenmenin azaltılması için kirlenmeye katkısı oranında tedbir almakla sorumlu tutulması uygun olacaktır. Yukarıda dediğimiz gibi, iştirakçi devletin tazminattan tümüyle mi yoksa zarara katkısı oranında mı sorumlu olacağı sorusuna açık bir yanıt verilmemiştir. Müşterek zarar verme halinde her bir iştirakçi devletin şikayetçi devlete tazminatın bir kısmını ödemekle yükümlü olmasını yani zarara neden olan değişik çeşitlerde kirletici maddeyi boşaltan iştirakçi devletlerin veya devlet gruplarının arasında toplam tazminatın eşit olarak bölüşülmesini düşünmek uygun olacaktır. Yine de kirletici maddelerin nitelik ve etkileri oranında bu paylar belirlenirken, boşaltılması hukuka uygun maddeleri, boşaltan iştirakçi devletler ayrıca dikkate alınacaktır.

Aynı prensipler tazminatın tamamını şikayetçi devlete ödeyip, diğer iştirakçi devletlere başvuran iştirakçi devletin rücu hakkında da uygulanacaktır. Şikayetçi devlet aynı zamanda kirlenmeye kaynaklık eden devletin kabul edilemez zararı meydana getirmeye tek başına yeterli olabilen bir iştirakçi devlete bu yolda bir hukuki karineye dayanarak o anki zarar dolayısıyla sorumluluk yükleyebilir. Bu devlet daha sonra şikayetçi devletin aynı zamanda kendisinin kamu otoritelerinin kirleticileri boşalttığını veya kirleticiler özel kişi ve kurumlarca boşaltılmışsa buna engel olmadığını tespit etmesiyle de tam zarardan sorumlu tutulacaktır. Yine karineyle sorumlu tutulan iştirakçi devlete zarara sebep olmadığını veya zarara bir ya da daha çok iştirakçi devletin katılımıyla sebep olduğunu ispatlayarak karineyi çürütme hakkının tanınması hakkaniyete uygun görünmektedir. Zarar sebep olunmaması halinde parasal sorumluluk ortadan kalkar. Diğer haldeyse daha önce değindiğimiz müşterek sorumluluk söz konusudur. Sınır ötesi kirlenmelerde düzgün sebep sonuç ilişkisi kirlenmede bir çok devletin katkısının bu-

lunması nedeniyle güçl¼kle tespit edilebilir. Bu ilişkinin kurulması kirlenmede diğer bazı etkenlerin varlığı halinde de problemlili hale gelir. Trail Smelter Olayında hakem divanı hava kirliliği nedeniyle de olsa çeşitli kanıtlanmış zararlar için kısmi tazminatı kabul etmiştir. Zarar kısmen ya da tamamen, kirlenmenin kaynaklandığı ya da paylaşıldığı devletlerin hareket ya da önlemlerine göre tespit olunabilir. Sınır ötesi kirlenmelerde dolaylı zarar sorunları da görülür. Trail Smelter Davasında Divan, iş kaybı ve iyiniyetin bozulması dolayısıyla zararın tazminine karar vermemiştir. Bu davada dolaylı zararın işadamlarının üçüncü kişiler olarak, zarar gören fertlerle iş bağlantıları kuramamaları nedeniyle mahrum kaldıkları kar gibi dolaylı zararın özel bir çeşidi olduğu akıldaki tutulmalıdır<sup>57</sup>.

Sonuç olarak sınır ötesi çevre karışıklıkları yüzünden ödenecek zarar karşılamalarının çoğunlukla tahmini veya yaklaşık olduğu söylenebilir. Devam etmekte olan bir sınır ötesi kirlenmede devletlerin periyodik bir zarar ödeme üzerinde anlaşmaları da tabii ki mümkündür.

### c. Özur Dileme

Özur dileme, bir devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ağır şekilde ihlali dolayısıyla meydana gelen manevi veya siyasi zarara çare oluşturacak iade ve tazminat gibi üçüncü bir yoldur. Çağdaş uluslararası hukuk ve uygulamasında tatmin genellikle resmi bir üzüntü ve özür dileme sunuluş şekli olarak görülmektedir. Bunun yanında suçlu makamlara karşı cezai veya disiplin önlemleri veya uluslararası bir mahkeme ya da hakem divanının uluslararası nitelikte hatalı bir harekette bulunulduğu şeklindeki açıklamaları da özür dileme çerçevesindedir. Özur dileme aynı zamanda sınır ötesi su kirlenmeleri veya benzer çevre olaylarında kirlenmenin azaltılması ya da önlenmesi yükümlülüğünün ihlali halinde de kullanılabilir. İsviçre'nin Lihnstayn ülkesinde kazara toprakların ateşlenmesi dolayısıyla özürlerini sunması bir örnektir. Yine sınır ötesi çevre olaylarında özür dileme önemi az bir çare olarak kalmıştır<sup>58</sup>.

### d. Kirlenmenin Uluslararası Suç Sayılıp Sayılmayacağı

Devlet Sorumluluğu Taslağı 19. Maddesinde Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası nitelikteki hatalı hareketleri, uluslararası suçlar ve uluslararası hatalar şeklinde iki kategoriye ayırmıştır. Bunlardan ikinci ve daha önemlisi uluslararası suç olarak görülemeyecek olan uluslararası nitelikte hatalı hareketlerin oluşturduğu gruptur. Komisyon uluslararası suçu şöyle tanımlar: "Uluslararası toplumun temel menfaatlerinin korunması için getirilen bir uluslararası yükümlülüğü suç teşkil edecek ve bu suç bu toplum tarafından uluslararası suç kabul edilecek şekilde ihlal eden bir devletin uluslararası hatalı hareketidir". Komisyo-

57 İbid, 597.

58 İbid, 598.

nun önemli uluslararası yükümlülüklerin ciddi ihlallerine ilişkin uluslararası suçları gruplandırmasında yalnızca uluslararası barış ve güvenliğin devamı, milletlerin self determinasyonu veya insanın güvenliğine, korunması hakkındaki ihlaller değil aynı zamanda “İnsan çevresinin muhafazası ve korunması için hayati önem taşıyan atmosferin veya denizlerin ağır şekilde kirlenmesini yasaklayan uluslararası yükümlülüğün ciddi şekilde ihlali” de yer alır. Burada akla gelecek soru bir sınıraşan akarsuyun kirlenmesi de uluslararası suç kabul edilecek mi? Eğer kabul edilecekse bu konuda benimsenen uluslararası hata derecesinde öngörülen özel devlet sorumluluğu rejiminin uluslararası suçlara ilişkin olarak nasıl uygulanacağı ve nelerin değişeceği. Biz burada bir devletin uluslararası suç kavramının uluslararası hukukta kabul edilmiş olup olmadığını tartışacak değiliz. Böyle bir kavram henüz kabul edilmemiş veya yalnızca birkaç olayda gündeme gelmiş olsa bile “uluslararası toplum bir bütün olarak” bu tür yeni bir kavramı yaratmak ve şuan mevcut olan benzerlerinin arasına koymak durumunda kalacaktır. Bir uluslararası suç her zaman uluslararası bir yükümlülüğün ihlaline ilişkindir ve her uluslararası yükümlülüğün ihlali yerine uluslararası yükümlülüğün ihlali yerine uluslararası toplumun temel çıkarlarının korunmasına ilişkin olanlarında gündeme gelir.

Yukarıda bahsedilen Uluslararası Hukuk Komisyonu 19. Taslak maddesinin 3 (d) paragrafında sınır ötesi su kirlenmesini azaltmak veya önlemek yükümlülüğüne değinilmemiştir. Yine de, bu sınır ötesi bir suyun hukuka aykırı ciddi bir şekilde kirletilmesi olayının uluslararası suç teşkil etmeyeceği anlamına gelmez. Diğer bir soru da sınır ötesi su kirlenmesini azaltmak veya önlemenin atmosfer veya denizlerin ağır şekilde kirletilmesinin yasaklandığı şeklinde insan çevresinin korunması ve muhafazası için hayati önem taşıyan uluslararası yükümlülüklerden sayılıp sayılmayacağıdır. Uluslararası hukukun özellikle atmosfer ve denizlerin ağır kirlenmesiyle ilgili uluslararası yükümlülükleri içinde bu tür spesifik konulara yer verilip verilmediği şüphelidir. Uluslararası hukuk deniz ve atmosferde büyük çaplı zararlara yol açan mevcut kirlenmeleri yasaklamaktadır. Bu yasaklamayla birlikte kesin sınırlar belirlenmiştir. Aynı şekilde bu boyutta sınır ötesi su kirlenmelerinin aynı çerçevede değerlendirilebileceği söylenebilir. Yine de bu, bu tür kirlenmelerin bir uluslararası çevre suçu şeklinde kabul edilmesi demek değildir. Buna göre, sınıraşan su yollarının da yalnızca insan çevresinin korunması ve muhafazasının hayati önemi içinde değerlendirilebileceği durumlarda atmosfer ve denizlerle birlikte ele alınabileceğini söyleyebiliriz. Küçük önemdeki, çevreyle ilgili olmayan hatalı hareketler ise suya dönüşecek nitelikte bir uluslararası yükümlülük ihlali olarak görülmeyecektir. Ağır, atmosfer ve denizler terimlerinin kullanılması kirlenmenin coğrafik anlamda büyük ölçekli bir kirlenme ve çok sayıda devletin menfaatlerini doğrudan etkileyen kirlenmeye somut olaylarda bir arada rastlanabilir ama zorunlu değildir. Uluslararası yükümlülüklerin ihlalinin ciddi olması gereği kirleticilerin zarar verici niteliği, kirlenmenin sürdüğü zaman süreci, sorumlu devletin kısmi kusurunun oranı gibi diğer faktörleri de gündeme getirir. Bunlara göre, sınıraşan akarsuların büyük öl-

çekli kirlenmeleri insan ve hayvan hayatı ya da sağlığına ciddi zararlar vermeleri halinde uluslararası suçlar kategorisine girebilirler<sup>59</sup>.

Yine de, uluslararası toplumun bir bütün olarak varacağı yargı bir kirlenmenin uluslararası suç sayılıp sayılmayacağını belirleyen en önemli faktör olma-ya devam ediyor. Dediğimiz gibi sonuç olarak sınır ötesi su kirlenmelerinin ciddi boyutlardaki örneklerinin, zamanla bir uluslararası suç statüsü gerektireceğini kabul etmemek mümkün değildir. Milli hukuka göre belirlenen bu kurtuluşun uluslararası hukuk düzeyinde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Yine de daha önce dediğimiz gibi, devletlerin sınır ötesi zarar doğuran çok tehlikeli hareketleri nedeniyle mutlak sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk düzenlemeleri hala yapılması mümkün değildir. Uluslararası uygulama bu sorumluluğu da şekillendirecektir.

### SONUÇ

Devletlerin sınır ötesi su kirlenmesini önlemek veya azaltmak yükümlülükleri, gördüğümüz gibi dikkat veya gayret gerektiren borçlardandır. Bu kusurun önüne geçen veya başka bir devlette mevcut zararları bunu önlemek veya azaltmanın sosyo-ekonomik maliyetleri arasında büyük bir oransızlık bulunduğu hallerde kesin bir limite kadar koruyucu veya çare tedbirlerin alınmasını gerektirmez. Bu olaylarda bu tür önlemlerin alınmasında gösterilen ihmal uluslararası anlamda hatalı bir hareket oluşturmaz. Burada diğer devletlerde esaslı zarar doğurmayan sınır ötesi su kirlenmeleriyle ilgili ana ilkeye getirilen bir istisnayla karşı karşıyayız.

Hakkaniyet ve sosyo-ekonomik beklentilere göre oluşan istisnai serbestinin bedeli fail devlet için milli değerlendirmelerle tespit edilmemiş olan sınır ötesi su kirlenmeleri sonucu meydana gelmiş esaslı zarar için tazminat ödenmesine yönelik uluslararası hukuk gereği bir borç doğurur. Böyle bir paralel borç mutlak sorumluluğa bağlanır.

Gördüğümüz gibi, mutlak sorumluluk için genel desteğe bir kerede yapılan veya devam eden ülkelerarası zarar doğuran herhangi faaliyetler için milli hukukun genel bir ilkesi ve Trail Smelter Davasının sonucu olarak rastlarız. Uluslararası, devlet uygulamalarında ülkelerarası zarar doğurma riskini taşıyan çok tehlikeli faaliyetlerle ilgili kısımlar nükleer kazalar dışında belirgin değilken ulusal hukuk sistemlerinde de çok tehlikeli faaliyetlerden doğan olaylarda mutlak sorumluluğa yer vermek yönünde açık bir eğilim vardır.

Yazarlar uluslararası örnek olayların bu faaliyetlere bağlanacak mutlak sorumluluğun boyutlarını belirlemediği veya buna rastlamanın Trail Smelter Davasında mümkün olduğu konusunda bölünmüş durumdadırlar. Aslında fail devletle-

59 İbid, 600.

rin ülkelerarası esaslı zarar doğuran boyutlarda sınır ötesi zarara kazın yolaçabilecek hukuka uygun hareketlerde gerektirmeyen düzenlemenin inandırıcı bir sebebi yoktur. İki halde de mutlak sorumluluk esaslı zarar doğuran faaliyetlerin hukuk dışı devamı nedeniyle ödenmesi gereken güncel ve adil bedelinden başka bir şey anlamına gelmez.

Mutlak sorumluluk çok tehlikeli faaliyetlerin yol açtığı olaylar için henüz tam anlamıyla getirilmedikçe, mağdur devletin pozisyonu çok çeşitli yollarda değişecektir.

Gördüğümüz gibi, bir devletin kendi ülkesi içinde uyguladığı münhasır ülke kontrolü Korfu Kanalı Davasında Uluslararası Adalet Divanına göre bir sorumluluk getirmediği gibi, ülkesinde gerçekleşen diğer devletlere zarar getiren olay ya da faaliyetlere ilişkin bir ispat yükü de getirmez. Mağdur devletler, yine de bir uluslararası yükümlülüğün fail devlet tarafını ispatlamakta daha serbest ve kolaylıklarsa sahip olmalıdırlar. Yine de, gerekli olarak çok tehlikeli faaliyetler nedeniyle mutlak sorumluluğu düzenleyen bir milli hukuk genel ilkesinin varlığını kabul etmek için erken olsa da bu faaliyetlere taraf olanlara kusurları ölçüsünde mutlak sorumluluğun atfı için ortak minimum bir milli hukuk ilişkisinin kabulü hukuka uygun görülmektedir.



## DIE STELLUNG DER “MINDERHEITEN” IM TÜRKISCHEN RECHT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER PROBLEMATIK DER MULTIKULTURALITÄT

von Izzet ÖZGENÇ\*

### I. DER BEGRIFF “MINDERHEIT”

Der Begriff “Minderheit” ist kein juristischer Begriff : er ist ein sozial-politischer Begriff mit sehr verschiedenen Erscheinungen und unterschiedlichen Belangen. Der genannte Begriff befindet sich seit seiner Entstehung bis heute in ständiger Veränderung. Dieser in seinem historischen Verlauf anfangs in Zusammenhang mit solchen gesellschaftlichen Gruppen, in welchen unterschiedliche religiöse Überzeugungen vorhanden waren, angewendete Begriff wurde auch allmählich in Bezug auf rassenbedingte unterschiedliche Merkmale aufweisende Gruppen gebraucht.

Aus diesen Gründen werden wir uns damit begnügen, auf einige Merkmale dieses rechtlich nicht umfassend definierbaren Begriffs hinzuweisen.

Um mit den Soziologen von einer “Minderheit” sprechen zu können, ist es notwendig, daß die sich in der Minderheit befindliche Sozialgruppe eine sich von der Mehrheit der Gesellschaft unterscheidende Volksgruppe bildet. Weiter muß diese Gruppe spezielle kulturelle Verhaltensweisen, konkrete und leicht erkennbare Eigenschaften aufweisen, welche sich von denen der Gesellschaftsmehrheit unterscheiden.

Diese Gruppe darf sich nicht auf eine handvolle Menschen beschränken, die sehr mit ihrer Tradition und Sitte verbunden sind; sie sollte eine Zahl haben, die gewährleistet, daß ihre Eigenheiten bewahrt bleiben. Sie darf aber auch keine zahlenmäßige Gleichheit mit der Mehrheit haben, da in diesem Fall von “zusammenlebenden Gruppen” zu reden ist. Unberücksichtigt bleiben regionale Bevölkerungskonzentrationen. Generell kann nämlich eine Gruppe, die sich im Hinblick auf die Gesellschaftsmehrheit in der Minderheit befindet, in manchen Regionen des Landes die Majorität stellen.

Die Angehörigen der sich von der Mehrheit bildenden Gruppe der Gesellschaft unterschiedenden Gruppe werden generell daran gehindert, sich an der Führung der Gesellschaft zu beteiligen und gesellschaftliche Möglichkeiten gleichberechtigt zu beanspruchen. Die Minderheitsgruppe ist allgemein ärmer und politisch schwächer. Deshalb sollte die soziologisch als “Minderheit” bezeichnete Gruppe nicht die dominierende Kraft im Lande sein.

---

Dr.iur., Universität Selçuk, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht (Konya/Türkei).

## Die Stellung Der "Minderheiten" Im Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität

Die als "Minderheit" titulierte Gruppe sollte die Angehörigkeit des betreffenden Staates besitzen. Die Angehörigen anderer Staaten, die sich im Lande aufhalten, sind keine "Minderheit", sondern besitzen den "Ausländer"-Status, der ein rechtlicher Begriff ist.

Die als "Minderheit" betrachtete Gruppe sollte den Willen, ihre spezifischen Eigenschaften zu schützen und zu bewahren, also das "Minderheitsbewußtsein" haben. Eine Gruppe, welche gemeinsame spezifische Eigenschaften hat, aber sich in zahlenmäßiger Unterlegenheit befindet, kann nur dann als "Minderheit" erwähnt werden, wenn sie diese ihre Eigenheiten schützen und fortbewahren will.

Die Angehörigen der Mehrheit sollten diese Gruppe diskriminierend oder ignorierend behandeln. Anders ausgedrückt: Der "Minderheit"-begriff wird auftauchen können, wenn es einen gegen sie gerichteten "Druck" gibt. Wo das Druckmerkmal enfällt, ist es richtiger, statt von einer "Minderheit" von einer "unterschiedlichen Gruppe" zu sprechen.

### II. DIE "MINDERHEITEN"PROBLEMATIK IN DER OSMANISCHEN GESELLSCHAFT

Der Osmanische Staat brachte in seinem Territorium seit seiner Gründung immer religiöse Gruppen (Nichtmuslime), die im Hinblick auf die Mehrheit in der Minderheit waren, unter. Die Zahl dieser Gruppen erhöhte sich aufgrund der vom Staat verfolgten Eroberungspolitik ständig. Die im andalusisch-umajjadischen Staat mit den Muslimen friedlich zusammenlebenden Juden waren gezwungen, nach dem Niedergang dieses Staates ihr Land alle zusammen zu verlassen. Diese Meschen, deren Zahl Hunderttausende, sogar Millionen überstieg, wurden in den Osmanischen Gebieten angesiedelt, wo sie Schutz gefunden hatten.

Weil im Osmanischen Staat bei der Bestimmung des Rechtes die Islamische Religion die Grundlage bildete, wurden die die Bevölkerung ausmachende Menschen nicht nach ihrer ethnischen Abstammung in Türken, Araber oder Bulgaren, sondern nach ihrer religiösen und konfessionellen Angehörigkeit in "islamische Nation", "griechische Nation" oder "jüdische Nation" unterschieden.

Die Osmanen haben diesen Menschen, die in den eroberten Gebieten ansässig oder in sie eingewandert waren und unterschiedlichen Religionen und Kulturen anhängen, Lebensrecht mit der Bewahrung ihrer Religionen unter dem Schutz des Staates gewährt. Die Osmanen verfolgten keine Politik der Assimilierung dieser als "*Dimmi*" bezeichneten Menschen. Diese Gruppen lebten vielmehr in der Osmanischen Gesellschaft unter Bewahrung ihrer ganz



unterschiedlichen und ihnen den Minderheitsstatus verleihenden spezifischen Eigenschaften jahrhundertlang nebeneinander aber in getrennten Gemeinden.

Diese in der Osmanischen Gesellschaft lebenden nichtmuslimischen Gruppen waren im Bereich des *Privatrechts* den sozialen Lebensregeln ihrer jeweiligen Religion unterworfen.

Die Nichtmuslime in der osmanischen Gesellschaft waren intern nach den Regeln ihrer eigenen Religion organisiert. Jede "Nation" hatte ein von der eigenen Gemeinde gewähltes religiöses Oberhaupt. Das Erziehungswesen jeder "Nation" und die privatrechtlichen Angelegenheiten wurden von den von diesen religiösen Oberhäuptern geführten und verwalteten Organisationen wahrgenommen.

Mit der Bekanntgabe der durch den "*Tanzimat Edikt*" eingeleiteten politischen Reform im Jahre 1839, welche als Beginn des Prozesses der Abrückung von der Islamischen Religion als der Grundlage der Rechtsbestimmung des osmanischen Staates gilt, wurde auf die religiös begründete "Nation"-Unterscheidung verzichtet und wurde stattdessen der Begriff des "Osmanischen Bürgers" eingeführt. Die rechtlichen Statusunterschiede der Nichtmuslime als "*Dimmi*" wurden beseitigt. Bezweckt war, wenn auch nur im Privatrecht, das beschlossene einzige und gemeinsame Rechtssystem ohne Mehrheit-Minderheit-Unterscheidung auf alle anzuwenden. Deshalb wurden viele Gesetze aus dem Westen rezipiert. Bei der Einstellung im öffentlichen Dienst wurde die Muslim-Nichtmuslim-Unterscheidung abgeschafft. Auch Nichtmuslime bekamen die Möglichkeit, ihre Vertreter in verschiedene politische Entscheidungsgremium (Land und Kreistage) zu entsenden. Die Nichtmuslime bekamen auch die Möglichkeit, an den zur Anwendung der aus dem Westen übernommenen Gesetze gegründeten Gerichten als Richter rechtzusprechen. Ferner wurde darauf verzichtet, an den Nichtmuslimen unterschiedlichen Bezeichnungen Sonderabgaben zu erheben.

Das mit dem im Jahre 1856 erlassene "*Islahat Edikt*" verfolgte einzige Zweck war die Gleichstellung der Nichtmuslime mit den Muslimen in allen Rechten und Pflichten. Aber mit diesem Erlaß wurden die Privilegien der Nichtmuslime im Privat-, Familien- und Erbrecht nochmals bestätigt. Aus diesem Grund war dies ein Schritt rückwärts in Bezug auf die Beseitigung der auf der religionsbedingten Zugehörigkeit basierenden rechtlichen Statusunterschiede und in Bezug auf die Herstellung der Rechtsgleichheit zwischen den Muslimen und den Nichtmuslimen. Mit der Annahme und der Inkraftsetzung der ihre innere Angelegenheiten regelnden "Verordnungen"

# Die Stellung Der "Minderheiten" Im Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität

bekamen die Nichtmuslime im Vergleich zu den Muslimen einen privilegierten Status<sup>1</sup>.

Die westlichen Staaten, die die Schwäche des im Niedergangsprozeß befindlichen Osmanischen Staates ausnützen, übten ständig Druck bei der Bestimmung der Nichtmuslimepolitik auf diesen Staat aus<sup>2</sup>. Aufgrund dieses Drucks wurde der Osmanische Staat gezwungen, die den Ausländern mit den Konzessionen verliehenen Handelsrechte auch den nichtmuslimischen Untertanen des Staates zu gewähren. Auch hier hatten die Nichtmuslime somit mehr Privilegien im Vergleich mit den Muslimen.

Die nationalen Unabhängigkeitsgefühle der von der Französischen Revolution beeinflussten nichtmuslimischen Untertanen wurden von den westlichen Staaten ständig angeheizt. Im Endergebnis konnte die große Mehrheit der im Osmanischen Staatsgebiet lebenden Nichtmuslime auf dem Territorium des Osmanischen Reiches unabhängige Staaten gründen.

Auch wenn die Osmanische Führung 1914 die Abschaffung der auch von den nichtmuslimischen Untertanen genützten Konzessionen ankündigte, konnte sie diese wegen des Widerstandes der westlichen Staaten nicht durchsetzen.

Im den Osmanischen Staat zerschlagenden "Vertrag von Sevr" vom 10. August 1920 ist ein Abschnitt über die Rechte der im Osmanischen Territorium lebenden Nichtmuslime enthalten. Im Vertrag wurde die Notwendigkeit bekräftigt, daß sich die Osmanische Führung, von der behauptet wurde, sie würde seit 1. November 1914 von einem "Terrorregime" beherrscht, aller als Angriff gegen jüdische und armenische Untertanen anzusehenden Aktivitäten enthält. Das Legislativorgan des neuen Türkischen Staates, dessen Gründung noch nicht vollzogen worden war, (TBMM) hat diesen Vertrag nicht ratifiziert.

### III. DIE RECHTLICHE LAGE IN DER REPUBLIK DER TÜRKEI

Nach dem "Befreiungskrieg" wurde am 24.7.1923 der "Vertrag von Lausanne", dessen eine Vertragspartei der neugegründete Türkische Staat ist, unterzeichnet<sup>3</sup>. Da das vom neuen Türkischen Staat anzunehmende

- 
- 1 Die griechisch-patriarchische Verordnung wurde 1862, die armenisch-gregorianische Verordnung wurde 1863, und die jüdische Verordnung wurde 1865 beschlossen. Diese von den eigenen Kommissionen jeder "Nation" entworfenen Verordnungen wurden von der Osmanischen Führung genehmigt und in Kraft gesetzt.
  - 2 Der nach dem osmanisch-russischen Krieg 1877-78 unterzeichnete Berliner Vertrag von 1878 enthielt Bestimmungen zum Schutz der Rechte der im Osmanischen Territorium lebenden Nichtmuslime.
  - 3 Dieser Vertrag ist noch in Kraft.

Rechtssystem *offiziell* noch nicht klar war, wurden Bestimmungen über die Nichtmuslime (“Minderheiten”), die als Bürger dieses Staates anerkannt wurden, in den genannten Vertrag aufgenommen. In den Artikeln 38-45 des die Konzessionen (Kapitulationen) gänzlich beseitigenden Vertrages wurden die Rechte der “Minderheiten” geregelt. Nach diesen Vertragsbestimmungen sind “Minderheiten” in der Türkei ausschließlich Nichtmuslime (Christen und Juden). Obwohl der “Minderheit”-status nur auf der Grundlage der Religionsunterschiedlichkeit definiert wurde, werden die Muslime im neuen Türkischen Staat vom “Minderheit”-status ausgenommen. Somit kann kein einziger muslimischer türkischer Staatsbürger die vom “Lausanner Vertrag” gewährten “Minderheit”-rechte beanspruchen.

Mit diesem Vertrag sind für die aus Griechen, Juden, Armeniern und Bulgaren bestehenden “Minderheiten” unter Garantie genommen:

- a. der Schutz aller Rechte und Freiheiten als türkische Staatsbürger,
- b. gleiche Inanspruchnahme aller zivilen und politischen Rechte wie die Muslime,
- c. Recht auf Eröffnung von Schulen zweck Erziehung in ihrer eigenen Sprache dort, wo sie zusammenleben.

Nach diesem Vertrag sollten diese Nichtmuslime frei in der Ausübung ihrer Tradition und Gebräuche sowie in ihren Personen- und Familienrechtsangelegenheiten sein (Art. 42). Nachdem aber später viele Gesetze und insbesondere das Zivilrecht aus den westlichen Gesetzen übernommen worden waren, akzeptierten die nichtmuslimischen türkischen Staatsbürger das Befolgen dieser Gesetze.

Auch wenn bei der Feststellung der “Minderheiten” im Vertrag der Religionsunterschied zum Kriterium gemacht worden war, wurde im neu gegründeten Staat der Republik der Türkei keine Verknüpfung zwischen der Staatsbürgerschaft, der Religion und der Rasse hergestellt. Jeder, der dem Staat der Republik der Türkei mit der Staatsbürgerschaft verbunden ist, ist “Türke”, gleich welcher Religion und Rasse er ist (Art 66 der Verfassung 1982)<sup>4</sup>. Alle Bürger sind ohne Unterschied im Hinblick auf Sprache, Rasse, Geschlecht, politische Überzeugung, philosophische Anschauung, Religion, Konfession und ähnliche Gründe vor dem Gesetz gleichgestellt (Art. 10 der Verfassung 1982)<sup>5</sup>.

Art. 88 der Verfassung 1924; Art. 54 der Verfassung 1961.

Art. 69 der Verfassung 1924; Art. 12 der Verfassung 1961.

## Die Stellung Der “Minderheiten” Im Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität

In den Jahren nach dem zweiten Weltkrieg wurde das “Minderheiten”-Problem im türkischen Recht, parallel zu den internationalen in Kraft gesetzten Verträgen, unter dem Aspekt des Schutzes der Menschenrechte behandelt. Der Schutz der Rechte der “Minderheit” wollte man nicht durch die Gewährung von Sonderprivilegien, sondern durch das Verbot von Diskriminierungsverhalten verwirklichen (Art. 10 der Verfassung 1982)<sup>6</sup>.

Allerdings enthält das türkische Recht Bestimmungen, die nicht geeignet sind, daß manche Gesellschaftsteile, die zur Mehrheit der Landesbevölkerung ethnische und rassische Unterschiede aufweisen, ihre Eigenheiten und ihre kulturelle Identität bewahren und weiter entwickeln.

Nach der Verfassung von 1982 ist die “offizielle Sprache” des türkischen Staates das Türkisch (Art. 3)<sup>7</sup>.

Indem die Verfassung die Sprache der Erziehung und Schulung auf das Türkische beschränkt, wird den Bürgern mit einer anderen Muttersprache als Türkisch keine Gelegenheit eingeräumt, in ihrer eigenen Muttersprache zu erziehen und auszubilden. Nach der Verfassung von 1982 “*darf keine andere Sprache als Türkisch den türkischen Bürgern als Muttersprache an den Bildungs- und Erziehungsstätten unterrichtet und gelehrt werden*” (Art. 42). Mit der Bemerkung in der Verfassung “die internationale Vertragsbestimmungen bleiben unberührt”<sup>8</sup>, wurde die im “Lausanner Vertrag” den nichtmuslimischen Staatsbürgern gewährte Möglichkeit<sup>9</sup>, in ihrer Sprache zu unterrichten, jedoch aufrechterhalten.

Nach Art. 26 der Verfassung mit der Überschrift “*Meinungsäußerungs- und Verbreitungsfreiheit*” darf bei der “*Äußerung und Verbreitung der Meinungen keine vom Gesetz verbotene Sprache gebraucht werden*” (Abs. 3). Nachdem in die Verfassung die Beschlagnahme von gesetzwidrig gedruckten Büchern, Zeitungen und Zeitschriften usw aufgenommen worden war, sind auch die Art und Grundlage der Konfiszierung detailliert geregelt<sup>10</sup>.

---

6 Art. 69 der Verfassung 1924; Art. 12 der Verfassung 1961.

7 Art. 3 der Verfassung 1961.

8 Art. 12 der Verfassung 1982.

9 Art. 41 des Vertrages von Lausanne.

10 “Die wider dieses Gesetz gedruckten und geschriebenen Werke, Platten, Ton- und bildliche Wiedergabebänder sowie die dazu gehörigen Geräte und Anlagen werden auf ordnungsgemäß ergangenen richterlichen Beschluß oder bei Gefahr in Verzug auf Anordnung der gesetzlich zuständigen Behörde beschlagnahmt. Die die Beschlagnahme anordnende Behörde hat ihren Beschluß innerhalb von 24 Stunden dem zuständigen Richter mitzuteilen. Der Richter hat über diesen Beschluß innerhalb von 3 Tagean zu befinden” (Art. 26 der Verfassung).

Auch nach dem zweiten Abs. des Art. 28<sup>11</sup> der Verfassung, welche die Pressefreiheit regelt, *“darf in keiner vom Gesetz verbotenen Sprache veröffentlicht werden”*.

Aufgrund dieser Bestimmungen der neuen Verfassung wurde das Gesetz mit der Nr. 2932 vom 19.10.1983 über die *“Veröffentlichungen in anderen Sprachen als Türkisch”* erlassen<sup>11</sup>.

Mit diesem Gesetz waren *“die Äußerung, die Verbreitung und die Veröffentlichung von Meinungen in einer Sprache verboten, die keine erste offizielle Sprache der vom Türkischen Staat anerkannten Staaten ist”* (Art. 2), wobei die Bestimmungen der Verträge, bei denen die Türkei Vertragspartei ist, ausgenommen wurden. Gleich zu bemerken ist hierzu, daß nur Art. 39 des Lausannenvertrages diesbezüglich eine Bestimmung enthält. In diesem Artikel ist die *freie Sprachauswahl* der nichtmuslimischen türkischen Bürger im Rahmen der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit gewährleistet.

In diesem Gesetz war bestimmt, daß *die Muttersprache aller türkischen Staatsbürger ohne Unterschied von Rasse und Ethnie das Türkisch ist* (Art. 3). Deshalb war *“jegliche Aktivität zum Gebrauch und zu Verbreitung anderer Sprachen als der Muttersprache Türkisch”* verboten worden (Art. 3).

Später wurde dieses Gesetz mit dem *“Terrorbekämpfungsgesetz”*<sup>12</sup> (Nr. 3713, mit dem Datum 12.4.1991) außer Kraft gesetzt (Art. 23). Auch wenn die oben erwähnten Verfassungsbestimmungen noch in Kraft sind, ist keine gesetzliche Regelung mehr vorhanden, welche deren Anwendung ermöglicht.

Das die Monopolstellung des Staates im Rundfunk und Fernsehen in der Türkei abschaffende *“Gesetz über die Gründung und Sendung der Rundfunk- und Fernsehanstalten”*<sup>13</sup> (Nr. 3984, vom 13.4.1994) ordnet an, daß im Rundfunk und Fernsehen Türkisch gesendet wird (Art. 4, Abs. t). Aber das Gesetz ermöglicht auch *“zwecks Erlernung der zur Entstehung der internationalen Kultur- und Wissenschaftswerke beitragenden Fremdsprachen oder zwecks Nachrichtenübermittlung in diesen Sprachen den Gebrauch dieser Sprachen”* (Art. 4, Abs. t).

Das *“Politische Parteiengesetz”*<sup>14</sup>, Nr. 2820, vom 22.4.1983 läßt keine Gründung der auf der Religions-, Sprache-, Rasse- und irgendeiner

11 Staatsanzeiger vom 22. Oktober 1983, Nr. 18199.

12 Staatsanzeiger vom 12. April 1991, Nr. 20843 Wiederholungsgabe.

13 Staatsanzeiger vom 20. April 1994, Nr. 21911.

14 Staatsanzeiger vom 24. April 1983, Nr. 18027.

Die Stellung Der "Minderheiten" Im Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität

Ethniediskriminierung basierenden politischen Parteien zu (Art. 78, Abs. a, b). Ferner dürfen *"keine politische Parteien gegründet werden, die den Namen Kommunist, Faschist, Anarchist, theokratisch, national Sozialist, Religion, Rasse, Konfession und Region oder gleichbedeutende Namen tragen oder diese Wörter in ihren Namen verwenden"* (Art. 96, Abs. 3).

Das Gesetz enthält außerdem folgende Bestimmungen:

*"Politische Parteien*

a. dürfen nicht behaupten, daß es auf dem Territorium der Republik der Türkei nationale oder religiöskulturelle oder konfessionelle oder auf Rassen- und Sprachunterschiedlichkeit beruhende Minderheiten gibt.

b. dürfen kein Ziel verfolgen, das die Einheit der Nation gefährdet, indem sie auf dem Territorium der Republik der Türkei durch die Verbreitung, die Entwicklung und den Schutz anderer Sprachen und Kulturen als der türkischen Sprache und der türkischen Kultur Minderheiten schaffen, und keine Aktivitäten zu diesem Zweck entfalten.

c. dürfen keine andere Sprache als Türkisch im Druck und in der Veröffentlichung ihrer Satzungen und Programme, auf ihren Kongressen, freien oder geschlossenen Saalversammlungen, in ihren Meetings, in ihren Werbungen gebrauchen. Die in einer anderen Sprache als in Türkisch geschriebenen Plakate, Tafeln, Ton- und Bildbänder, Broschüren und Erklärungen dürfen weder gebraucht noch verteilt werden. Sie dürfen auch nicht zulassen, daß diese Aktivitäten und Vorgänge von anderen vorgenommen werden. Möglich ist aber, daß ihre Satzungen und Programme in eine Fremdsprache, die nicht vom Gesetz verbotenen ist<sup>15</sup>, übersetzt werden" (Art. 81).

Auch das "Vereinsgesetz"<sup>16</sup> von 6.10.1983, Nr. 2908 enthält diesbezüglich Bestimmungen. Dem Gesetz nach *"ist es verboten, zu behaupten, daß auf dem Territorium der Republik der Türkei auf Rasse-, Religions-, Konfessions-, Kultur- und Sprachunterschiedlichkeit beruhende Minderheiten existieren, oder Vereine zur Minderheitsschaffung durch Schutz, Entwicklung und Verbreitung der Kulturen und Sprachen als der türkischen Sprache und Kultur zu gründen"* (Art. 5, Abs. 6).

15 Wie oben erwähnt, gibt es in unserem Land kein Gesetz mehr, das den Gebrauch einer bestimmten Sprache verbietet.

16 Staatsanzeiger vom 7. Oktober 1983, Nr. 18184.

Ebenfalls ist der Gebrauch der vom Gesetz verbotenen Sprachen<sup>17</sup> in den Satzungen, in der Abfassung anderer Vereinsvorschriften und deren Veröffentlichungen, in den Vollversammlungen, in privaten und offiziellen, freien und geschlossenen Versammlungen, in den vom Verein organisierten oder in den im Namen des Vereins beteiligten freien und geschlossenen Versammlungen Gebrauch der in den vom Gesetz vorgeschriebenen Plakaten, Tafeln, Platten, Ton- und Bildbänder, Broschüren, Handzettel, Erklärungen und ähnlichen *verboten* (Art. 4, Abs. 3, 4).

#### IV. UNSERE RECHTLICHE SICHTWEISE

1. Das Denken ist der Prozeß des seiner Existenz bewußten Menschen, die Vorgänge und Gegebenheiten in seiner Umgebung wahrzunehmen und daraus bestimmte Schlußfolgerungen zu ziehen. Um denken zu können, ist zunächst die Entwicklung des Fassungs- und Wahrnehmungsvermögens des Menschen notwendig.

Eine der Spiegelungen der Gedanken nach außen ist deren Äußerung mit Worten. Weil das Denken ein natürliches Recht für den Menschen ist, ist die Äußerung des Gedachten ein unverzichtbares Ergebnis dieses natürlichen Rechts des Menschen. Allerdings kann nicht gesagt werden, daß die Meinungsäußerungsfreiheit uneingeschränkt ist.

Ohne den Rahmen unseres Themas zu sprengen, können wir in Bezug auf die Meinungsäußerungsfreiheit folgendes sagen: Durch die Meinungsäußerung dürfen die Menschen nicht zum Begehen von Straftaten aufgerufen und angestiftet werden. Sie dürfen nicht zum gegenseitigen Haß und zur gegenseitigen Feindschaft aufgerufen werden. Straftäter und Straftaten dürfen nicht gelobt werden. Infolgedessen können die Provokation und die Anstiftung der Menschen gegeneinander aufgrund des Vorhandenseins von religiösen oder rassischen sowie sozialen oder wirtschaftlichen Unterschieden von der Meinungsäußerungsfreiheit nicht als gedeckt betrachtet werden.

2. Der die organisierte Form der Gesellschaft darstellende Staat verdient die Bezeichnung *Rechtsstaat* nur dann, wenn er die öffentliche Macht auf der rechtlichen Grundlage benutzt. Im Rechtsstaat sollen die staatlichen Institutionen in Bezug auf ihre Arbeitsweise und ihre Funktionen an das Recht gebunden sein. Anders ausgedrückt, ist der Rechtsstaat ein Staat, in dem bei der Anwendung der öffentlichen Macht der Mensch in den Mittelpunkt gerückt wird, und die Werte, die der Mensch aus seinem Menschsein heraus hat, beachtet werden.

17 Siehe die Fußnote 15.

## Die Stellung Der "Minderheiten" Im Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Problematik Der Multikulturalität

Die Menschen haben das Recht auf ein Leben in einer Gesellschaftsordnung, in der das Recht als Grundlage gilt. Aus diesem Grund können Ideen, die auf den Umsturz der rechtsgebundenen Gesellschaftsordnung oder auf die Separation der menschlichen und territorialen Integrität des von dieser Ordnung beherrschten Rechtsstaates abzielen, keine Berechtigung haben. Solche Organisierungen dürfen nicht geduldet werden. In der rechtsgebundenen Gesellschaftsordnung können die individuelle und die abstrakte Äußerungsweise solcher Gedanken toleriert werden; auch wenn die Äußerung der Gedanken auf solche Weise und mit solchen Inhalten nicht berechtigt sein soll. Jedoch stellen die systematischen Propagandaaktivitäten, die auf den Umsturz dieser Rechtsordnung oder die Separation der menschlichen und territorialen Integrität des Staates abzielen, und die auf den Umsturz dieser Ordnung hinarbeitenden Organisationen für die auf Gerechtigkeit beruhende Gesellschaftsordnung eine konkrete Gefahr dar.

Jedoch bringen wir sofort zum Ausdruck, daß bei all unseren Bewertungen der Ausgangspunkt der Rechtsstaat ist, in dem die rechtsgebundene Gesellschaftsordnung gilt. Dabei verstehen wir unter dem *Rechtsbegriff* nicht die in einem Land geltenden Gesetze, also keine positiven Regelungen. Dieser Begriff drückt *de lege ferenda* also das, was sein sollte, das ideale Recht aus.

3. Aus diesem Grunde kann die Kritik an geltenden Gesetzen, die die Menschen an der Inanspruchnahme ihrer Rechte aus dem Menschsein heraus hindern, oder an der Nichteinhaltung der Rechte der Menschen, die einer bestimmten Religion oder Rasse angehören, eine bestimmte Sprache sprechen, von den die öffentliche Gewalt ausübenden politischen Machthabern und den Verantwortlichen nicht als ein Propagandaakt zur Zerstörung der Einheit des Landes bewertet werden. Nur, wie wir feststellen, die Menschen dürfen dadurch nicht zum Haß und zur Feindschaft gegeneinander aufgerufen werden; sie dürfen nicht aufgrund der vorhandenen religiösen oder rassischen sowie sozialen oder wirtschaftlichen Unterschiede zum gegenseitigen Haß und zur gegenseitigen Feindschaft aufgewiegelt und angestiftet werden.

Ebenfalls sind die Meinungsäußerungen, welche die Menschen, die in der Gesellschaft sozial und wirtschaftlich vernachlässigt sind, und bei der Inanspruchnahme der öffentlichen Leistungen nicht gleich behandelt werden, darauf abzielen, daß sie ihre menschseinbedingten Rechte tatsächlich wahrnehmen, sind rechtmäßiges Verhalten, solange nicht zur Gewaltanwendung und zum Begehen von Straftaten aufgehetzt und angestiftet wird.

4. Es darf nicht zugelassen werden, daß Organisationen, die zum Zwecke der Separation des menschlichen und territorialen Bestandes des von der



rechtsgebundenen Gesellschaftsordnung beherrschten Rechtsstaates gegründet sind, aktiv sind.

Die bei der Bevölkerung auf die Erweckung des Eindrucks abzielende Propagandaaktivitäten, daß eine zum Begehen der Straftaten im allgemeinen, zur menschlichen und territorialen Separation des von einer rechtsgebundenen Gesellschaft beherrschten Rechtsstaates gegründete Organisation eine legale Aktivität entfalte, dürfen nicht erlaubt werden. Außerdem kann das Gutheissen der Mitglieder dieser Organisation oder der von ihnen begangenen Taten nicht im Rahmen der freien Meinungsäußerung betrachtet werden.

5. Die Sprache ist ein Mittel, das der Mensch zum Ausdruck seiner Gefühle und Gedanken braucht. Der Mensch kann seine Gefühle und Gedanken am besten in seiner Muttersprache ausdrücken. Deswegen sollten alle in einer Gesellschaft lebenden Menschen ohne Unterschied die Möglichkeit haben, ihre eigene Muttersprache zu lernen, zu gebrauchen und zu entwickeln. Die Festschreibung einer bestimmten Sprache als "offizielle Sprache" in einem Lande stellt keinen Grund dar, daß den Menschen die Möglichkeit des Lernens und des Gebrauchs ihre eigenen Muttersprachen verwehrt wird. Dieses Recht ist auch nicht dadurch in anspruchgenommen, wenn die Menschen ihre eigene Muttersprachen in der familiären Umgebung oder auf der Straße lernen und sprechen können. Die Menschen sollten ihre Muttersprachen in einem institutionalisierten Rahmen an den Erziehungs- und Bildungsstätten nach wissenschaftlichen Kriterien lernen können. Diesbezüglich sollte der Staat die Menschen im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten gerecht unterstützen.

6. Die Menschen sollten sich zum Schutz ihrer kulturellen Eigenheiten und zu ihrer Entwicklung in Form von Vereinen und Stiftungen organisieren können. Die Angehörigen einer bestimmten Glaubensgemeinschaft sollten in die Lage gesetzt werden, sich um diesen Glauben zu organisieren. Die Religionsfreiheit umfasst auch die Gewährung der Möglichkeit der Organisation der Menschen um ihren religiösen Glauben. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ist die Einschränkung der Organisationsfreiheit der Menschen um ihren religiösen Glauben mit dem Rechtsstaat unvereinbar.



# HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZANIN AMACI VE İNFAZI SİSTEMLERİ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÖKCEN\*

## I- Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Tarihsel Gelişimi

### 1. Batı Hukuku

Tarihsel süreç içinde hürriyeti bağlayıcı ceza aşamasına gönüllü sürgünlük, suç failinin toplumdaki kovulması veya mağdurun ailesine teslim edilmesi, kısas ve uyuşma (diyet) kurumlarından sonra geçildiği görülmektedir.

İlkel dönemlerde toplumun az gelişmiş olmasından veya siyasi iktidarın mutlak oluşundan dolayı yaptırımlar salt cismani cezalardan ibaretti.

Hapis cezası ilkel toplumlara yabancı bir kurumdu. Hapis ancak suçlunun tutulması işlemini yerine getiriyordu. Roma hukukunda sadece köleler için kabul edilen hapis cezasının infazı cezaevinde değil, bir işyerinde çalıştırılmak suretiyle gerçekleştirilirdi. Hakimin ölüm cezasını infaz etmediği durumlarda suçlunun ömür boyu hapisteye kalması mümkündür. Hapis cezasını geliştiren kilise olmuştur. Kilise hukukunda ceza cismani bir azaptan ziyade bir yoksunluk şeklinde tecelli ediyordu. Kiliseye göre rahibin yükselebilmesi için yalnızlık gerekiyordu. Bu yüzden kilisenin egemen olduğu dönemlerde hapis cezası manastırlarda özel olarak ayrılan bölümlerde çektirilirdi.

Hapis cezaları, 15. yüzyılda bütün Avrupa'da hafif suçlara, zabıta düzen ve emirlerini de kapsamına alacak şekilde sık sık uygulanmıştır. Hapis cezasının cezalandırma sisteminin esas haline gelmesi ise, Fransız İhtilali ile birlikte özgürlüğün insan için vazgeçilemeyecek bir değer oluşunun anlaşılması sonucu gerçekleşmiştir. Hapis cezalarının infazında korkutma ve ödetme düşüncesi tamamen geçerliliğini yitirmediklerinden basit hapis yetersiz görülerek buna örneğin angarya eklenmiştir.

### 2. Türk Hukuku

#### A- Eski Türk Devletlerinde

Hapis cezasına eski Türk Devletlerinden Hun Devleti'nde rastlanmaktadır. Hun Devleti göçebe olduğundan, sürekli cezaevleri inşa edilmek istenmiyordu. Bu nedenle hapis cezaları sadece 10 güne kadar verilmekteydi.

## B- Osmanlı Devletinde

Osmanlı Devleti'nde hapis cezası 1256-1267 ve 1274 tarihli Ceza Kanunnamelerinde öngörülmüştür. 1274 tarihli Ceza Kanunnamesine göre, hürriyeti bağlayıcı cezalar kürek cezası (müebbed veya muvakkat [3 - 15 yıl arası] olabilen kürek cezası suçlunun ayaklarında demir olduğu halde meşakkatli işlerde çalıştırılmak suretiyle icra olunurdu. Bu cezaya mahkum edilen kişi hakkında teşhir usulü de uygulanırdı), kalebentlik cezası (kalebentlik devletçe tayin olunan kalelerin birinde hapis olarak kalmaktır. Muvakkat olduğunda 3 yıldan 5 yıla, müebbed olduğunda ölünceye kadar devam eder) ve hapis cezasından [24 saat ile 3 sene arası] ibaretti. Hürriyeti kısıtlayıcı cezalar ise, nefy cezası (suçlunun devletçe belirlenen bir yere gönderilmesidir. Bu ceza müebbed ya da muvakkat olabilir. Muvakkat ceza 3 aydan 3 yıla kadar sürebilir) ve Zabtiye Nezareti altında bulundurulmak cezasından oluşmaktaydı.

## II- Hapis Cezalarının Tarihçesi ve Çeşitli İnfaz Sistemleri

Bugünkü gelişimine kadar hürriyeti bağlayıcı cezalar çeşitli safhalardan geçmiştir. Hemen belirtelim ki, hapis cezasının gayesinin değişmesiyle bu cezanın infaz şekli de bir değişiklikte uğramıştır.

### 1. Topluluk Sistemi

İlk cezaevleri hürriyetin kısıtlanması cezasının müşterek hapis şeklinde infazını sağlayan yerler olarak kabul edilir. Ceza, mahkumların birlikte bulundurulması şeklinde infaz edilirdi : Müşterek hapis, topluluk sistemi=systeme commun. Mahkumların gruplar halinde gece gündüz birlikte bulundurulmasının en eski örneğine 1596'da Amsterdam'da inşa edilen erkek cezaevinde rastlıyoruz<sup>1</sup>. Bu müessesede infaz 1603 yılından itibaren mahkumların geceleri ayrılması, gündüzleri ise çalışmak üzere birarada bulundurulmaları suretiyle gerçekleştirilmiştir.<sup>2</sup> İptidai bir infaz usulü olan müşterek hapsin sakıncaları uygulamada kendini göstermekte gecikmedi. Bu nevi infaz usulünün ilk olumsuz neticeleri mahkum çocukların büyüklerle birlikte bulunmasından kaynaklanmıştır. Çocukların cezalarının kendilerine mahsus yerlerde infazı, acı tecrübelerden sonra uygulanabilmiştir.<sup>3</sup> Bir arada ve devamlı temas halinde bulunan mahkumlar, cezae-

1. Güran, Sakıp. Cezanın İnfazı, Ankara 1942, s.9.

2. Dönmezer-Erman, 12.bası, s.622.

3. Çocukların kişiliklerine uygun bir biçimde büyüklerden ayrı bir infaz rejimine tabi tutulmaları zorunluğu çocuk ıslah evlerinin meydana gelmesini sonuçladı. İtalya'da ilk çocuk ıslah evi Filippo Franci tarafından kuruldu. Daha sonra 1703'de Papa Clément I Roma'da ikinci bir ıslah evi tesis etti. Bu müesseselerde çocuklara sanat öğretiliyor, dini terbiye veriliyordu. Gözetim vazifesi ise rahipler tarafından yerine getiriliyordu. Saint Michel adıyla meşhur olan bu müesseseye yalnız mahkum çocuklar değil, yetimler, öksüzler, ihtiyaçlar ve fakir kadınlar da kabul olunuyordu. Ancak mahkum çocuklarla birlikte barındırılmayan bu gruplar, müessesenin hususi kısımlarına kabul olunuyordu. Bkz.Güran,s.10.

vinden manen ve maddeten daha perişan bir biçimde ve tekrar oraya dönmek üzere çıkıyorlardı. Mahkumların birbirleriyle temasına engel olmak için konuşma yasağı getirildi. Ancak bu usul de, cezaevinde kat'î bir konuşmamayı temin edemediği gibi, beraberliğin meydana getirdiği sakıncaların ortadan kalkmasına engel olamadı. Sükutun temini için ağır cismani cezalar tatbik edildiyse de, hiç bir zaman konuşma yasağı mutlak anlamda gerçekleşmedi.

Topluluk sisteminin sakıncaları<sup>4</sup> olarak şu hususlar ileri sürülmüştür:

a. "Müşterek hapis"te temas halindeki mahkumlar, en azılı olanların etkisi altında kalırlar. İlk defa suç işleyen mahkumların, ahlaki kötülüğü olanlarla bir arada bulunmaya zorlanmaları adil değildir. Suçu itiyad edinenlerle ilk defa suç işleyenlerin bir arada bulunmaları kötü etkileşmelere sebep olur. Pişmanlık elde edilmez. Ayrıca koğuştta gösteriş yapma arzusu disiplini zayıflatır.

b. İdareciler mahkumları bir bütün olarak gözönüne almak zorunda olduklarından iyiyi kötüden, ıslah olamı olmayandan ayıramazlar.

c. Suçlular diğerlerini dert ortağı olarak gördüklerinden eğilimlerini, tehlikeli uzmanlıklarını birbirlerine naklettikleri gibi tavsiyelerde de bulunurlar. Bu tür davranışlar cezanın ıslah edici etkisini neticesiz bırakır.

d. Aynı koğuştta kalan suçlular tahliyelerinde diğer suçlularca tanınma utanç ve tehlikesine maruz kalırlar. Bu hal onların topluma uyumlarını önler.

e. Müşterek hapis cezaevinde düşünülen ve fakat fiili imkansızlık nedeniyle işlenemeyen suçların tahliyeden sonra iştirak halinde işlenmesini kolaylaştırır.<sup>5</sup>

## 2. Pensilvanya Sistemi

Müşterek hapsin bu sakıncaları karşısında mahkumların birlikte bulunmaması düşünülerek ceza infaz usulünde Pensilvanya sistemi de denen hücre sistemine = Systéme cellulaire geçildi. Sisteme Pensilvanya denilmesinin sebebi 1790 yılında Franklin tarafından Pensilvanya'da bir hücre cezaevinin inşa edilmiş olmasındandır<sup>6</sup>. Önce Kilise ve daha sonra Hollanda ve İtalya'nın laik hapisanelerinde uygulanan bu sistem, suçlunun cezaevinde gece gündüz bir hücreye tek başına konulmasından, ibaretti.1829 yılında Filadelfiya'da kurulan cezaevinde 1913 yılına kadar yürürlükte kalan bu sistem şu şekilde uygulanıyordu: Cezaevine girdikten sonra hücrelerine gönderilen mahkumun diğer mahkumlarla temasına imkan verilmezdi. Mahkumlar dini telkin yapan rahibin sesini du-

Bazı müellifler topluluk diye ayrı bir infaz rejiminin bulunmadığını, suçluların gece gündüz birarada bulundurulmalarının başka bir rejimin tatbikinin imkansızlığından doğan bir zorunluğa dayandığını ileri sürerler. Bkz. Dönmezer-Erman, II, s.624, dn.18 ve oradaki müellifler.

Güran, s.11,12; Dönmezer-Erman,II, s.624, dn.18; Gülşen, s.14.

Voulet, s.13.

yabilirler ancak onu göremezlerdi. Mahkumlar hücrelerinde ayakkabıcılık, dericilik gibi işlerde çalıştırılırlardı.<sup>7</sup>

*Howard* “Cezaevlerinin Durumu” adlı eserinde hücrenin cezanın gayesinin elde edilmesi hususundaki rolünü şu şekilde ifade etmektedir: “İnziva (tek başına yaşama) ve sükût (susma, konuşmama) suçun en büyük düşmanıdır. İnsan düşünceye ve düşündükçe nedamete sevkeder. İnziva ve sükût en şiddetli cezalardan, en ulvi dini telkinlerden daha ziyade insanı iyiliğe ve dürüstlüğe kavuşturur.”<sup>8</sup> Bununla beraber ıslahın ancak hücreyle sağlanabileceğini savunan ve dolayısıyla ceza infazında hücreyi esas kabul eden *Howard*, bazı sınıf mahkumların ayırık tutulması dışında mutlak tecridin, müşterek hapis kadar kötü neticeler oluşturduğunu belirtmektedir.<sup>9</sup> Müellifin bu düşüncesine ileride tekrar değineceğiz.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından tavsiye edilen sistemin lehinde olarak şu düşüncelere yer verilmiştir:

a. İnfazın korkutucu olması suç işlemeyi önleyici etki yaratır.

b. Suçluların cezaevlerinde birbirini tanımalarının sakıncası ortadan kalktığından, cezaevi ilk defa suç işleyenler için okul olmaktan çıkar.<sup>10</sup>

Sisteme şu eleştiriler yapıldı:

a. Suçluyu umutsuzluğa sevkeden sistem akıl hastalıklarına sebep olur.

b. Sosyal hayat itiyatlarının kaybına yol açtığından suçlunun topluma yeniden uyumunu güçleştirir.

c. Hücrede mahkumun çalışması ancak küçük el sanatlarıyla sınırlı kaldığından, diğer bir anlatımla organizasyonu icabettiren işlerin hücre hapsi ile elde edilmesi imkansız olduğundan, suçlunun çalıştırılması imkanı çok azalır ve zorlaşır.

d. Maddi bakımdan suçlunun tam manasıyla tecridi mümkün değildir. Suçluların hücredeki su borularına vurmak suretiyle hiç düşünülmeyen temas usullerini icat ettikleri görülmüştür. Kaldı ki, suçluların cezaevi yönetimiyle temasları zorunludur.

e. Böyle bir rejimin uygulanacağı cezaevi binasının inşaatı çok pahalıdır.

f. Hücre usulünden umulan neticenin alınabilmesi fazla miktarda iyi personelin mevcudiyetine bağlıdır.<sup>11</sup>

---

Dönmezer-Erman,II,s.625.

Güran,s.12.

Güran,s.52.

Dönmezer-Erman,II,s.624,625.

### 3. Auburn Sistemi

Müşterek hapis ve hücre hapsi sistemlerinin sakıncalarının ortadan kaldırılması, avantajlarının biraraya getirilmesi için karma bir sisteme başvuruldu (Auburn Sistemi). İlk defa 1816 yılında inşa edilen Auburn Cezaevinde uygulandığından bu adı alan sisteme göre<sup>12</sup>; mahkumlar geceleyin tek başlarına bırakılmakta, gündüzleri ise atölyelerde konuşma yasağı uygulanarak birarada çalıştırılmaktaydılar. Yasağın temini hükümlülerin önlerine bakmaları, sessizce yürümeleri, işyerinde birbirlerinin karşısında oturmamaları suretiyle sağlanmaya çalışılırdı. Bu hükümlere uymayanlara çeşitli kırbaç cezaları verilirdi. Bununla beraber uygulamada tüm çabalara rağmen sükût kuralına tam anlamıyla uyulmadığı gözlenmiştir.<sup>13</sup> Belirtelim ki, "Auburn Sistemi" tamamen yeni bir infaz şekli sayılamaz. Gerçekten çok daha önceleri Amsterdam Çocuk Islah Müessesesinde, Roma'daki St.Michel Cezaevinde, Gand Hapishanesinde sistemin tatbikini görüyoruz. 1772'de Gand Cezaevinde gündüzleri birarada çalıştırma sistemi uygulanmış, çalışmaya yiyecek verilmemesi, suçluların ahlaki derecelerine göre sınıflandırılması, birbirleriyle konuşturulmamaları ilkesi benimsenmiştir. Howard bu sistem hakkında şöyle demektedir: "Bir suçluyu ıslaha başlamadan evvel onun olduğundan daha düşkün bir vaziyete gelmesine engel olmak gerekir. İslahta her şeyden evvel nazara alınması icap eden cihet budur ve bu ancak hücre ile temin olunabilir. Fakat bazı sınıf mahkumlar ayırık olmak üzere mutlak bir tecrit, müşterek hapis kadar zararlı neticeler meydana getirir. Geceleri tam ve mutlak bir hücre hapsi, gündüzleri bazı şartlara bağlı müşterek bir hapis gayeyi temin edebilir".<sup>14</sup>

Auburn Sisteminin lehinde olarak şu hususlar ileri sürülmüştür:

- a. Gündüz mahkumlar atölyelerde birarada bulduklarından bu rejim çalışmanın düzenlenmesini kolaylaştırır<sup>15</sup>.
- b. Konuşma yasağı mahkumların birbirlerini kötü yönde etkilemelerine engel olur.
- c. Hücre sisteminin kötü sonuçları bu sistemde gerçekleşemez ve cezanın infazının mahkumu sosyal olmaktan çıkarma etkisi azalır.
- d. Mahkumlar arasında eşcinselliği önler<sup>16</sup>.

Dönmezer-Erman, II, s.625; Güran, s.12.13.

Belirtelim ki, Auburn Cezaevinde ilk önce her hücreye iki mahkum konulmuştu. Ancak bu usul özellikle ahlaki bakımdan kötü neticeler verdiği için cezaevine 80 kadar hücre ilavesiyle her mahkumu yalnız olarak hücreye koyma imkanı sağlandı. Bkz. Güran, s.53.

Gülşen, s.19.

Güran, s.52.

Garraud, II, s.155.

Dönmezer-Erman, II, s.626.

Sisteme getirilen eleştiriler şu şekilde özetlenebilir:

a. Sistem adeta iki çeşit cezaevinin birlikte inşasını gerektirdiğinden, sistemin uygulanacağı cezaevinin inşası çok pahalıya mal olur.

b. Mahkumların birbirleri ve cezaevi yöneticileriyle konuşmalarının sağlanması mümkün değildir. İmkansız bir hususun temini ise, çok geniş bir personel kadrosunu ve masrafı gerektirir. Diğer taraftan yasak, suçluyu konuşmaya da teşvik ettiğinden onun amacına ulaşmak için her türlü yola başvurmaya neden olur.

c. İnfazın amacı suçlunun iyileştirilmesi olduğundan, iyileştirme onun sosyal hayata yeniden uyumunu sağlayacak şartlara tabi tutulması suretiyle gerçekleşebilir. Suçlunun toplumsal yaşayışla benzerliği olmayan bir rejime (şartlara) tabi tutulması onun ileride sosyal hayata uyum imkanını ortadan kaldırır<sup>17</sup>.

Yukarıda belirtilen sistemler suçlunun cezasını çekmiş olmasını infazın yeğâne gayesi olarak kabul ediyorlardı. Diğer bir anlatımla, mahkûmun ıslah ve terbiyesi suretiyle, topluma iadesi söz konusu değildi. Bugün infazın gayesi suç işleyen fardin toplum dışında tutulması değil, onun ıslah ve terbiye edilmesi suretiyle sorumluluğunun bilincinde yararlı bir kişi olarak topluma iadesinin sağlanmasıdır. Bu amaç suçluya belli bir programın tatbikiyle gerçekleşebilir.

Hürriyetten yoksunluğun bizatihi bir amaç olarak kabul edilmediğinin anlaşılması cezanın infazında yeni bir sistemin uygulanması sonucunu doğurmuştur. Hürriyetten mahrumiyeti bizatihi bir amaç saymayan bu yeni sistem “İrlanda Sistemi” , “Dereceli Sistem” veya “Tedricen Serbesti Sistemi” adıyla anılır.

#### 4. İrlanda Sistemi ya da Dereceli Sistem

Walter Crofton tarafından İrlanda’da uygulandığından İrlanda Sistemi denen bu sisteme göre, ceza devrelere ayrılarak<sup>18</sup> infaz edilmektedir. Crofton’un uyguladığı dereceli sistem iki devreli idi. Suçluyu mahkumiyetinin ilk günlerinde ağır şartlar altında bulunduran, onu tam bir mahrumiyet içinde bırakan ilk devrenin pişmanlık gösterilerek iyi halle bitirilmesi durumunda diğer devreye geçiliyordu. İkinci devre mahkuma biraz daha serbesti veriyor, infaz rejimi yavaş yavaş yumuşatılarak onun toplum hayatına intibak etmiş bir biçimde iadesi sağlanmaya çalışılıyordu.<sup>19</sup> Başlangıçta sert bir biçimde uygulanan infaz, suçlunun cezaevinden çıkması yaklaştıkça ve fail iyi hal göstermekte devam ettikçe yumuşatılmakta, uslanmanın sağlanmasıyla hükümlü şartla salıverilmektedir. Bütün ülkelerin üzerinde anlaştıkları bir dereceli sistem yoktur. Cezanın infazı

17 Dönmezer-Erman, II, s.626-627.

18 Başlangıçta iki devreli olan dereceli sistem sonraları geliştirilerek devre adedi artırılmıştır. Nitekim Garraud, (II,s.160) İngiltere’de üç, İrlanda’da dört devrenin (aşamanın) bulunduğunu belirtir.

19 Güran, s.14.



mahkumun gece-gündüz bir hücrede yalnız olarak bırakılmasıyla başlar. Hükümlünün bulundurulacağı hücre disiplin cezasının uygulandığı hücreden farklı ve bütün sağlık şartlarına haiz olmalıdır. Mahkumun hücrede ne kadar kalacağına ilişkin görüşler ve uygulama farklılık arzeder. Nitekim süre bakımından bazı ülke mevzuatlarında aşağı ve yukarı sınırlar konulduğu gibi (örneğin, Avusturya 8 ay-3 yıl; Peru 1 hafta - 6 ay ağır hapis bakımından) bazılarında bu süre önceden kesin olarak belli edilmişti (örneğin, Brezilya 3 ayı geçemez; 1889 İtalyan CK. 7 sene).<sup>20</sup>

Mahkumun gece gündüz hücrede kapatılması cezanın kafaret oluşturucu, ödetici niteliğinin gerçekleşmesini temin eder. Bununla beraber çağdaş anlamda hücre safhası mahkumun tecrit edilmek suretiyle kişiliğinin çeşitli bakımlardan incelenmesini sağlar.<sup>21</sup>

Hücre devresinde iki yeni eğilim kendini göstermektedir:

a. Hücre süresinin kısaltılması temayülü. Örneğin, İsviçre'de üç ay olan hücre süresini cezaevi müdürünün uzaltma veya kısaltma yetkisi vardır (İsviçre CK.m.37).

b. Hücrede tecride ilişkin şartların yumuşatılması: Sıhhi şartlara haiz, aydınlık bir hücreye konan mahkumun manevi kalkınması açısından olabildiğince dünya ile temas etmesine gayret gösterilmektedir. Bu bakımdan kendi haline bırakılmayan mahkumun hücrede işle meşgul olmasının, kendisine uygun kitaplar verilmesinin, belli saatlerde ziyaret edilmesinin, cezaevi yöneticileriyle, müessesenin terbiyecisi ve öğretmenleriyle konuşmasının sağlanmasına çalışılmaktadır.<sup>22</sup>

Dereceli sistemin ilk şeklinde hücreden çıkan mahkum Auburn Sistemine tabi tutulurdu. Zamanla Auburn Sistemi uygulamasında konuşmama zorunluğu kaldırılarak yumuşama oldu.

Bu safhayı mahkumun bir yarı özgürlük rejimine tabi tutulması izler. İyi hal gösteren mahkumun dışarıda güvenilir kimseler yanında çalışmasına müsaade edilir. Geceleri cezaevine dönen mahkumlar, pazar günleri de cezaevinde kalırlar.

Daha sonra iyileşmekte olan mahkum şartla salıverilir.

Sistem, ıslahı çeşitli safhalarda bazı mükafatların verilmesiyle sağlamaya çalışır. Örneğin, ziyaretçi kabul sayısının artması, haberleşme imkanının genişlemesi gibi<sup>23</sup>.

20 Dönmezer, İÜHF, C.:XXVII, S.:1-4, İstanbul 1962, s.11 vd.

21 Dönmezer-Erman, II, s.628.

22 Dönmezer, s.8-10.

23 Bouzat-Pinatel, I, s.486.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında ileri bir aşamayı oluşturan dereceli sistem de bugün artık terkedilmiştir. Günümüzde hapis cezalarının mümkün olduğu kadar çektirilmemesi suretiyle onun yerine seçenek kurumların (örneğin, failin cezadan muaf tutulması, kamu davasının açılmasının, muhakemenin, hükmün ertelenmesi, adli tevbih gibi) tatbiki tavsiye edilmektedir. Cezaya son çare olarak başvurma eğilimi kendini göstermektedir. Hapis cezasına mutlaka başvurulacaksa bu ceza ne şekilde infaz edilecektir. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında yeni bir anlayışın uygulandığını müşahade ediyoruz.

### 5. Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazında Yeni Sistem

Tamamen uzmanlar tarafından yönetilen ve suçluların iyileştirilmesi, kendi kendilerini kontrol etmek duygusunun geliştirilmesi ve toplum hayatına uyum sağlamları amacını güden müesseselere yollanan mahkûmlar, bu sistemde, dereceli sistemde olduğu gibi cezaevinde geceleri bir hücrede tecrit edilmekte, fakat gündüzleri hayatları hür ve namuslu insanların iş ve hayatları gibi organize edilmektedir. Bu surette toplum hayatına hazırlanan mahkûmların belirli bir ölçüde cezaevinin idaresine katılmaları da sağlanmaktadır. İyi hal gösterildikçe infaz rejimini yumuşatan dereceli sistemden farklı olarak tamamen bilimsel usulleri uygulayan bu yeni sistem bir kişi gibi ele aldığı suçlunun uslanması için gerekeni yapmaktadır. Hürriyeti bağlayıcı ceza suçlunun kişiliğindeki özellikler göz önünde tutulmak suretiyle tamamen bireyselleşmektedir. Çağdaş anlayışta tecrit devresine tabi tutulan ve kişisel özellikleri tesbit olunan suçlu, özelliklerine uygun bir müesseseye gönderilmektedir. Gerektiğinde bu müessesenin değiştirilmesi de mümkündür<sup>24</sup>.

### III- Sonuç ve Değerlendirme

Kusur, cezanın meşruluk zeminini oluşturmaktadır<sup>25</sup>. Ceza; kişi kusurlu bulunduğu için; bir başka ifadeyle, anlam muhtevasının idrakinde olarak, haksızlık teşkil eden fiili işleme hususunda bir tercihte bulunduğu için; kişiye tatbik edilir. Bu itibarla, kusur, haksızlık teşkil eden bir fiili işleyen kişi hakkında bu fiil dolayısıyla bulunulan bir muaheze yargısıdır<sup>26</sup>.

Kusur, muahezenin somutlaşmış bir ifadesi olan cezanın<sup>27</sup> temelini teşkil etmektedir. Bu nedenle, cezanın tatbiki, kişiyi soyut araç durumuna irca etmemelidir. İşlediği fiil bir haksızlık teşkil etmemesine rağmen kişinin herhangi bir şekilde cezalandırılması veya; gerçekleştirdiği haksızlık daha hafif bir ceza ile

24 Dönmezer-Erman, II, s.629-631.

25 Arth.Kaufmann, Das Schuldprinzip, sh. 15 vd.; Jakobs, Das Schuldprinzip, sh. 7.

26 Baumann/Weber/Mitsch, § 18, kn. 23; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Vor. § 1, kn. 82, Vor. § 19, kn. 1. Kusur, davranış normlarına aykırı davranışın bir kişiye isnadiyetini ifade etmektedir (Rudolphi, Grundfragen, sh. 73).

27 Arm. Kaufmann, Normentheorie, sh. 228.

olacaktır<sup>33</sup>. Ezcümle; cezanın yegane amacı -kural olarak- *müsbet anlamda özel önlemedir*; suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılmasıdır; toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesidir<sup>34</sup>.

Ancak, günümüz ceza hukuku doktrininde önemli ölçüde taraftar bulan diğer bir telâkki ise, cezanın yegane amacının müsbet anlamda genel önleme olduğunu iddia etmektedir. Bu telâkkiye göre, cezalandırmak suretiyle kişinin işlediği haksızlıktan ibra olmasını bekleyemeyiz. Bu, ahlâkî bir meseledir. Suç işleyen ve bu nedenle kusurlu telâkki edilen kişiyi cezalandırmakla güdülen yegane amaç; ihlal edilen davranış normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir: *Müsbet anlamda genel önleme*. Bu anlayıştaki yazarlar, cezanın amacının genel anlamda korkutuculuk (*menfi anlamda genel önleme*) olduğu iddiasını doğru bulmamaktadırlar<sup>35</sup>.

Keza, cezanın müsbet anlamda genel önleme amacına matuf olduğu düşüncesinde olan Jakobs'a göre, kusur maddî muhtevadan yoksundur. Ancak cezalandırmayla güdülen sözkonusu genel önleme amacı, kusura maddî muhteva kazandıracaktır<sup>36</sup>. *Jakobs'a* göre, kişi, kusurlu olduğu için değil; bilakis, ictimaî bakımdan cezalandırılmasına gereklilik duyulduğu için cezalandırılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kişi açısından kusurluluk yargısında bulunulabilmesi için, önce kişinin cezalandırılmasına ictimaî bakımdan gerek duyulması lazımdır. *Jakobs'un*

- 33 Bockelmann, Paul: Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher V, sh. 25; aynı yazar: Schuld und Sühne, 1957 (30 sahifeden ibaret bütün eser); Schmidhäuser, Eberhard: Vom Sinn der Strafe, 2. Auflage, 1971, sh. 43 vd.; Walder, Hans: Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg, 1965, sh. 18; Rössner, Dieter: Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, sh. 269 vd.
- 34 Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 116 vd., 127 vd., 201 vd., 208 vd.; aynı yazar: Recht und Sittlichkeit, sh. 44; aynı yazar: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, ein Beitrag zur Strafrechtsreform, in: Juristenzeitung, 1967, sh. 553 vd. (özellikle sh. 556 vd.); aynı yazar: Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Festschrift für Richard Lange, 1976, sh. 27 vd.; aynı yazar: Schuld und Prävention, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, Darmstadt/Neuwied, 1985, sh. 889 vd. (893 vd.); aynı yazar: Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: Jura, 1986, sh. 225 vd. (229 vd.). Ayrıca bkz. Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, sh. 28 vd.
- 35 Bu hususta bkz. Noll, Peter: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, sh. 219 vd. (229 vd.); Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, sh. 377 vd. (381 vd.); aynı yazar: Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, in: MschrKrim 56(1973), sh. 316 vd (320 vd.); aynı yazar: Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, in: SchwZStr 104(1987), sh. 641 vd. (652 vd.); aynı yazar: Das Schuldprinzip im Wandel, in: Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, sh. 519 vd.; aynı yazar: "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, sh. 171 vd.
- 36 Jakobs, Günther: Schuld und Prävention, sh. 14, 24, 33; aynı yazar: Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit, in: Aspekte der Freiheit [herausgegeben von Dieter Heinrich], Regensburg, 1982, sh. 69 vd. [72]; aynı yazar: Lehrbuch(1), sh. 384 vd.).

bu fikirlerine karşı yöneltilen en esaslı eleştiri; suç işleyen kişinin içtimaî bakımdan cezalandırılmasına duyulan gerekliliği, hareket noktası olarak kabul edişine dayanmaktadır.

Eski devirlerde ceza, fiilin karşılığı sayıldığından suçlunun cezasını çekmiş olması infazın yegâne gayesini oluştururdu. Mahkumun ıslah ve terbiye suretile topluma iadesi söz konusu değildi. Bugün infaz, ferdin toplum dışında tutulmasına yarayan bir tedbir değil, hükümlünün ıslah ve terbiye edilerek topluma iadesini sağlamak için en uygun vasıtaları araştıran bir usul sayılmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki, ülkemizde hapis cezaları koğuş sistemine dayalı cezaevlerinde infaz edilmekte ve bu durum, suçlunun topluma kazandırılmasını ya da sosyalleştirilmesini imkansız hale getirmektedir.<sup>37</sup>

37 Bkz. Hüseyin Turgut, Türkiye'nin İnfaz Sistemi, in: Türkiye'nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler) (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi'nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), s.64; Örneğin, Diyarbakır Cezaevinde 110 kişinin kaldığı koğuşların varlığından sözedilmektedir ki, koğuş sistemi isyana, firara ve suçlu eğitimine müsaittir. Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, İnsan Hakları ve Türk İnfaz Hukuku -İnfaz Hukukumuzun Yeniden Yapılanması-, in: Türkiye'nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler) (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi'nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), s.106,107.



de 216), Finlandiya (kısım 25/4), Hollanda (madde 242) ve İspanya (madde 429) Ceza Kanunları gibi<sup>(1)</sup>.

### b) Doktrindeki Yaklaşımlar

Doktrinde ise ırza geçme suçunun faili üzerinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara<sup>(2)</sup> göre bu suç herhangi bir kimse tarafından işlenebilir. Failin kadın ya da erkek olmasının hiçbir önemi yoktur. Kadın mağdurun failinin bir erkek, erkek mağdurun failinin ise bir kadın olabileceği gibi; erkek mağdurun failinin bir erkek, kadın mağdurun failinin de bir kadın olabileceği ifade edilmiştir<sup>(3)</sup>.

Buna karşılık bazı yazarlara göre ırza geçme suçunda aktif suje olarak ifade ettikleri fail daima erkektir<sup>(4)</sup>. Çünkü cinsel istek ve arzuların tatminine yönelik dürtüler, büyük oranda erkeklerde saldırgan ve tecavüzkâr bir şekilde ortaya çıkar. Kadımlar cinsel isteklerini bir defalık değil, belli bir süre devam eden ilişkilerle tatmin yoluna giderler. Karşılıklı rıza ve duygusal bir bağın bulunmadığı cinsel ilişkilere girmedikleri gibi karşındaki erkeği de buna zorlamazlar<sup>(5)</sup>.

Bu yazarlara göre de bir kadının, diğer bir kadın veya bir erkeğin vücudu üzerindeki cinsel nitelikli hareketleri ırza geçmeyi oluşturmaz<sup>(6)</sup>. Dolayısıyla kadın, ırza geçme suçunun faili değil ancak mağduru olabilir. Kadının fail olması sözkonusu olmamakla birlikte, şartları mevcut ise erkek ya da erkekler tarafından işlenmiş olan ırza geçme suçuna iştirâkinden söz edilebilir. Örneğin, bir kadının ırza geçme suçunun asli failini azmettirmesi, ona cesaret vermesi, uygun mekân ve elverişli araç sağlaması, mağdurun direncini yok edecek fiilleri ika etmesi, mağdurun ellerini ya da ayaklarını tutması gibi.

İştirak kurallarının uygulanabilmesi bakımından asli maddi failin fiilinin kanuni tipe uygun ve hukuka aykırılığı yanında, onun kusurlu hareket edebilme

- (1) ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1994, s. 445.
- (2) EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1985, s. 193; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, (Savaş Yayınları), 1987, s. 335.
- (3) SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, (Savaş Yayınevi), 1999, s. 300.
- (4) DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1983, s. 57; ÖNDER, s. 444; OKAY, Rauf, Uygulamalı Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukuku (Suç-Dava-Ceza), İstanbul, (Acar Matbaacılık), 1991, s. 451; GÖZÜBÜ-YÜK, A. Pulat, "Umumi Adaba ve Aile Nizamına Karşı Cürümler", AD., 1972, Yıl 63, Sayı 3, s. 189.
- (5) ABEL, Maria Henriette, Vergewaltigung - Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde, West - Berlin, (Inaugural-Dissertation), 1986, s. 149-151.
- (6) ÖZDEN, Cevdet, "Irza Geçme Cürmü Üzerinde Bir İnceleme", AD., 1946, Yıl 37, Sayı 11, s. 1178.

yeteneğine sahip olması şartı aranacak olursa, bir kadının cezai ehliyet ve sorumluluğu bulunmayan bir kimseyi, bir başkasının ırzına geçmeye yönelik hareketlere azmettirmesi halinde bu kadının dolayısıyla fail olarak kabul edilmesi gerekir<sup>(7)</sup>.

Kadının, erkek ya da erkekler tarafından işlenen suça iştirakî söz konusu değilse ve bir ya da birden fazla kadın kanunda ifade edilen biçimde, bir erkeği cinsel ilişkiye icbar ederse bu durumda ırza geçme suçundan söz edilebilecek midir? Nitekim Amerika'da meydana gelen bir olayda birkaç kadın, otomobiliyle dağda gezmekte olan bir erkeğin yolunu kesmişler ve zor kullanarak, kendileriyle cinsel ilişkiye girme mecburiyetinde bırakmışlardır<sup>(8)</sup>.

Sanbert'e göre<sup>(9)</sup> ırza geçme ancak bir erkek tarafından bir kadına karşı işlenebilir. Bir kadın tarafından cebir ve şiddet kullanılarak bir erkeğin kendisiyle cinsel ilişkiye girme mecburiyetinde bırakılması ırza geçme olmayıp ırza tasaddi suçunu oluşturur. Çünkü ırza geçme kavramı her zaman bir erkeğin bir kadın üzerindeki fiillerini ifade eder. Durum böyle olunca da kadın ırza geçme suçunu işleyemeyeceği için, doğaldır ki bu suçun faili de olamayacaktır.

Von List'e göre ise<sup>(10)</sup>, ırza geçmek, failin cinsel organını, mağdurun rızası olmaksızın onun cinsel organına ya da ters ilişkide anüsüne sokması demektir. Halbuki yukarıda belirttiğimiz olayda, fiili işleyen kadınlar cinsel organlarını sokmak durumunda olmayıp bilâkis, kendi cinsel organlarına mağdurun cinsel organını sokturmak durumundadırlar. Bu şekildeki bir fiil, ne ırza geçme suçunu, ne de ırza tasaddi suçunu oluşturacaktır. Zira ırza tasaddi, şehvet hislerini cinsel ilişki gerçekleştirilmeksizin tatmin etmek amacıyla yapılan hareketlerdir. Olayda kadınlar şehvet hislerini cinsel ilişkiye girerek tatmin ettikleri için ika olunan bu fiili, ırza tasaddi olarak değerlendirmeye imkân yoktur. Bu nedenle buradaki fiilleri "zorla kendi ırzına geçirtme" olarak değerlendirmek gerekir.

Bu düşünce karşısında; ırza geçmeye ilişkin maddelerde "zorla kendi ırzına geçirtme"den söz edilebilmesi, Ceza Kanununda böyle bir suçun mevcut olmaması nedeniyle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince kadının cezalandırılmayacağı; fakat failin fiilinin, şartları mevcut olduğu takdirde, tehdit, hürriyeti tahdit, müessir fiil gibi suçları teşkil edebileceği ifade edilmiştir<sup>(11)</sup>.

(7) ÖNDER, s. 445.

(8) TUNA, "İrza Geçme (1)", AD., 1955, Yıl 46, Sayı 5, s. 467.

(9) SANBERT, Droit pénal spécial, 1946, s. 502; TUNA, "İrza Geçme Üzerinde Mukayeseli İnceleme", AD., 1955, Yıl 46, S. 4, s. 333.

(10) VON LIST, Traité de droit pénal allemand, C. II, s. 110; TUNA, İrza Geçme (1), s. 467; aynı görüş için bkz.: DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 57.

(11) BAKICI, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara (Adalet Yayınevi), 1994, s. 5.

Kadınların bu suçun faili olup olamayacakları bazı hallerde de tartışma konusu yapılmıştır:

Bunlardan ilki, bir kadının başka bir kadına ırza tecavüze dair fiilleri ika etmesi halidir. Bazı kadınlarda klitoris (clitoride-bızır) birkaç santimlik uzunlukta olabileceği görülmüştür. Klitoris boyu normalden daha uzun olan bir kadın, hemcinsiyle bu tarz bir ilişkide bulunduğu klitoris mağdurun cinsel organına girmesi durumu nasıl değerlendirilecektir? Hakim görüşe göre<sup>(12)</sup> burada ırza tecavüz değil ırza tasaddi söz konusu olacaktır.

Bizce de böyle bir durumda ırza geçmeden söz edilemeyecektir. Kadının klitoris uzunluğu olabilecek uzunluğun en üst sınırında olsa bile, bu uzunluk cinsel birleşme şeklinde nitelendirilebileceğimiz bir ilişkiyi gerçekleştirmeye yeterli olamayacaktır. Dolayısıyla bu şekilde ika edilen fiilin ırza tasaddi düzeyinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Bir diğeri ise, bir ya da birden fazla kadının, bir başka kadını ya da bir erkeği cebir ve şiddet kullanarak ya da direncini herhangi bir surette kırarak, parmağını veya hareketli (vibratör) ya da hareketsiz yapay bir penisi veya sair bir cismi mağdurun vajinasına ya da anüsüne ithali ile iffal etmeleri halidir.

Bu durumlarda ırza geçme suçu değil, ırza tasaddi suçu oluşacaktır<sup>(13)</sup>. Çünkü ırza geçme suçunda cinsel istek ve arzuların cinsel birleşim gerçekleştirilmek suretiyle tatmini esastır. Burada cinsel istek ve arzuların tatmini cinsel birleşimim dışında farklı bir takım fiillerle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla ırza geçme suçu mevcut olmayacağı için, bu fiilleri ika eden kadın ya da kadınların da, bu tür fiilleri açısından, fail olmaları söz konusu olmayacaktır.

Fail konusunda tartışma konusu olan bir diğer husus da kocanın fail olup olmayacağıdır. Doktrindeki genel düşünce ve uygulama, evlilik bağının gereklerinden birinin de cinsel ilişki olduğu; karı ve kocanın bu konuda karşılıklı hak yükümlülüğü bulunduğu; bu nedenle evlilik birliğinde ırza geçmeden söz edilemeyeceği; kocanın bu suçun faili olmayacağı, fakat cinsel ilişkiye zorlamada şiddet uygulanması ya da cinsel ilişkinin normal olmayan yolla gerçekleştirilmesi halinde farklı suçların ortaya çıkacağı yönündedir<sup>(14)</sup>.

(12) ÖNDER, s. 445; karşı görüştekiler için bkz. DÖNMEZER, Özel Kısımlar ..., s. 57, dn. 22.

(13) HEKİMOĞLU, Ahmet, Irz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerinde Bir İnceleme, AD., Yıl 79, Sayı 2, s. 107; ECEVİT, Fahri, "Türk Ceza Kanunu Üzerinde İncelemeler - Sekizinci Babın Bir, İki ve Üçüncü Fasılları Hakkında", AD., 1935, Sayı 11, s. 628.

(14) Bu konu ilerki sayfalarda "evlilik birliğinde ırza geçme" konusunda ayrıntılı olarak incelenecektir.



## B- Düşüncemiz

Failin tespitinde, cinsiyete dayalı bir ayrıma katılmamaktayız. Bize göre fail herhangi bir kimse olabilecektir. Kanununun ifadesinden bu suçun yalnız erkekler tarafından işlenebileceğine dair bir hüküm çıkarmak mümkün değildir.

Failin yalnız erkek olduğunun iddiası, belki örf ve adet, toplumdaki yerleşik düşünce dahilinde değerlendirildiğinde doğru görülebilir. Fakat failin kim olacağını belirlerken, ırz kavramının anlamı ve ırza geçme suçuyla korunmak istenilen yarar gözönünde tutulmalıdır. ırz kavramı ile kastedilen erkeğin cinsel organının kadının cinsel organına girmesi değil; cinsel haysiyettir. ırza geçmeye ilişkin düzenlemelerle korunmak istenilen yararlarından biri de bireyin cinsel özgürlüğüdür.

Failinin yalnız erkek olduğunun kabulü halinde; bireyin cinsel özgürlüğüne saldıran, onu sair şekillerde istemediği halde cinsel ilişkiye zorlayan taraf erkek olursa fiil ırza geçme suçu, kadın olursa daha hafif bir suç olan ırza tasaddi suçu, hatta ırza tasaddi dahi kabul edilmeyerek başkaca bir suç şeklinde değerlendirilecektir. Bu tür bir nitelendirmeyi anlamak mümkün değildir. Konunun, yalnız bir şeyin bir başka şeye girmesi ve bunlardan girme kabiliyetine sahip olan şeyin bu suçu işleyebileceği şeklinde ele alınması adalet duygusuna ve eşitlik ilkesine de uygun düşmeyecektir.

Bu nedenle fail erkek olabileceği gibi bir kadın da olabilecektir. Bir kadın ya da erkeğe karşı işlenen ırza geçme suçunun faili erkek olmasına karşılık; kadın, yalnız erkeğe karşı işlenen ırza geçme suçunun faili olarak düşünülebilir. Bir kadının bir başka kadın üzerindeki cinsel fiilleri ırza geçmeyi oluşturmayacağından, bize göre ancak böyle bir durumda kadın, ırza geçme suçunun faili olamayacaktır<sup>(15)</sup>.

ırza geçmenin kadın tarafından da gerçekleştirilebileceği, kadının bu suçta asli maddi fail, başka bir ifadeyle irtikap eden olabileceği, bunun kadın erkek eşitliği ilkesinin gereği olduğu reform hareketleri çerçevesinde, ileri sürülmüştür. Örneğin Norveç'te bütün kanunlar cinsiyete göre tarafsız bir terminolojiyi kabul etmişlerdir. 1981 yılında Danimarka'daki kanun değişikliklerinde de aynı şekilde davranılmıştır<sup>(16)</sup>.

(15) SOYASLAN, bir kadın mağdurun failinin bir kadın olabileceğini belirterek bizim düşüncemizin aksini savunmaktadır: SOYASLAN, s. 300.

(16) DÖNMEZER, Sulhi, "Cinsel Suçlarda Yeni Trendler", Yayımlanmamış Seminer Metni, İstanbul, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 31 Mart'ta Verilen Seminer), 1997, s. 12.

## 2. Mağdur

### A- Genel Olarak

Herşeyden önce mağdurun bir insan olması gerekir. Hayvanlara karşı irza geçme suçunun işlenmesi mümkün değildir. Bestialité olarak adlandırılan bu durum bir cinsel terslik türüdür<sup>(17)</sup>. Hayvanlara karşı yapılan bu türden fiiller irza geçme sayılamayacağı için<sup>(18)</sup> Ceza Kanunumuzun 577. maddesine göre hayvanlara kötü muamele kabul edilecek; ayrıca bu fiiller aleni bir şekilde gerçekleştirilmiş ise 419. madde uyarınca hayasızca hareket olarak nitelendirilecektir<sup>(19)</sup>.

Mağdur olarak kabul edilen insanın ayrıca hayatta olması, bir başka ifadeyle yaşayan bir kimse olması şarttır. Ölülerle gerçekleştirilen cinsel ilişkiler (nécrophilie) irza geçme kabul edilmeyip<sup>(20)</sup> 178. madde hükmü uyarınca, ölüle- re karşı saldırı suçunu teşkil edecektir. Mağdurun hayatta olmasından kasıt, cinsel ilişki anında yaşıyor olmasıdır. Fail mağduru sırf bu suçu işleyebilmek için öldürmüş ve öldürdükten sonra ırzına geçmiş olsa bile irza geçme suçu oluşmaz. Fakat mağdur fiilin ikası anında ya da kısa bir süre sonra ölmüşse irza geçme suçu oluşacaktır.

Acaba bitkisel hayatta olan bir kimseyle yapılan cinsel ilişki irza geçme sayılacak mıdır? Bize göre, kendiliğinden ya da bir takım cihazlar yardımıyla solunumunu sürdüren ve kalp atışları devam eden kimse yaşıyor kabul edilecektir. Kişi tıbben ölü kabul edilmediği sürece de hukuken tanınan tüm hak ve yet-

- 
- (17) Bu, kadınlarda nadiren, daha çok erkeklerde görülen bir tersliktir. Kullanılan hayvanlar çeşitli olmakla birlikte bu fiil en çok eşek, inek, keçi, köpek nadiren de kedi ya da kümes hayvanlarına karşı gerçekleştirilmektedir. Bu fiiller kadınsızlık nedeniyle işlenip kadınsızlık bir şekilde giderildiğinde sona eren bir durumdur. Sürekli bir rahatsızlık olarak embesillerde, idyolarda ve erken buna- malarında görülmektedir; bkz.: GÖK, Şemsi, Adli Tıp, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1983, s. 410; ÖZEN, H. Cahit, Kısa Adli Tıp Ders Kitabı, 3. Bası, İstanbul, (İÜİTF. Rektörlük No: 2227 - Fakülte No: 111), 1983, s. 240; EREM, Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi Suçlu Psikolojisi- Usul Psikolojisi-Mahpusun Psikolojisi, 10. Bası, Ankara, (Adil Yayınevi), 1997, s. 157.
- (18) Nitekim Yargıtay da hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin irza geçme olarak değerlendirile- meyeceğini belirtmiştir; bkz.: 5. CD. 'nin, 7.9.1983 tarih ve 2598/2803 sayılı karar: ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, C. 3. Madde 316-455, Ankara, (Yetkin Yayınları), 1984, s. 532.
- (19) 2. CD. 12.5.1983 tarih, 3228/3388 sayılı karar: BAKICI, s. 5; Bakıcı, hayvanlarla cinsel ilişkinin TCK. madde 577'de ifade edilen hayvanlara kötü muamele olarak değil, madde 576 çerçevesinde "edebе muhalif hareketler" şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.
- (20) 1. CD. 17.10.1951 tarih ve 2087/2153 sayılı kararında, ölü ile cinsel ilişkinin irza geçme suçunu oluşturmayacağı açık olarak ifade etmiştir.: PERİNÇEK, Sadık - Cahit ÖZDEN, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, 3. Baskı, İstanbul, (Güven Basım ve Yayınevi), 1959, s. 603.

kilere sahip olacaktır. Bu nedenle bitkisel hayattaki bir kimseye karşı yapılan cinsel ilişki ırza geçme olarak değerlendirilecektir.

Mağduru, yaşayan bir kimse olarak belirledikten sonra cinsiyetinin suçun oluşumu bakımından önemli olup olmadığı problemi karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun mağdurunun kadın ve kız olacağı konusunda tereddüt bulunmayıp, asıl tartışma erkeklerin de bu suçun mağduru olup olamayacakları noktasındadır.

Mehaz İtalyan Ceza Kanununun 331. maddesinde<sup>(21)</sup>, mağdurun erkek, kadın ya da kız olabileceği belirtilmesine karşılık, Ceza Kanunumuzda mağdurun kimler olduğu konusunda her hangi bir açıklık yoktur. İlgili maddelerde “*bir küçüğün*” ya da “*bir kimsenin*” gibi belirsiz ifadeler kullanılmıştır.

Bazı ülkeler, ceza kanunlarında bu suçun sadece kadınlara karşı işlenebileceği hükmüne yer vermişlerdir. Örneğin İsveç Ceza Kanununun altıncı faslının 1. maddesinde ırza geçmenin, “cebir ve şiddet kullanarak veya meydana gelmesi muhtemel, önemli bir tehlike teşkil eden bir tehdit ile bir kadının cinsel ilişkiye zorlanması” halinde meydana geleceği ifade edilmiştir<sup>(22)</sup>. Aynı şekilde Alman Ceza Kanununun 177. maddesinde “her kim bir bayanı ... cinsel ilişkide bulunma icbar ederse” hükmü yer almaktadır.

Erkeğin ırza geçme suçu açısından mağdur olarak değerlendirilemeyeceğini kabul eden kanunlar, erkeklere karşı yapılan ırza geçme fiillerini, ırza tasaddi olarak belirtmişlerdir. Hatta bazı kanunlar, erkeklere karşı ırza geçme suçuna ilişkin fiillerin işlenmesini homoseksüelliğin ağırlaştırılmış hali olarak bağımsız maddelerle düzenlemişlerdir<sup>(23)</sup>. Örneğin Azerbaycan Ceza Kanununun homoseksüelliği düzenlediği 113. maddesinin ikinci fıkrasında ve Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 121. maddesinde erkeğin ırzına geçilmesi bu şekilde değerlendirilmiştir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, kanunda kullanılan, “küçük” ve “kimse” kavramlarının hem erkekleri, hem kadın ya da kızları kapsadığı yönündedir<sup>(24)</sup>. Ülkemizdeki örf - adet ve genel düşünce de bu yönde olup, ırza geçmeye dair fiillerin bir kadına ya da erkeğe uygulanması arasında her hangi bir fark görülmemektedir.

Abel, pasif kişi olan mağdurun yalnız kadın olduğunu belirtir. Ona göre, kadınların cinsel ilişkiye yaklaşımları, fizyolojik ve psikolojik yapıları gereği

(21) 331. maddede “Her kim cebren ve tehdit ile erkeklerden ve kadınlardan bir kimsenin ırzına geçerse ...” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz.: MANJO, Ceza Kanunu Şerhi, C. 3. Ankara, (Baylan Matbaası), 1980 s. 135.

(22) THORNSTEDT, Hans, (Çev.: Durusoy, YAZAN), “Yeni İsveç Ceza Kanununa Göre Ahlâka Aykırı Suçlar”, AD., 1971, Yıl 62, Sayı 1, s. 45.

(23) ÖNDER, s. 446.

(24) DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 58; GÖZÜBÜYÜK, s. 190; ÖZDEN, s. 1178.

duyguları ön plânda olması nedeniyle, sevgi ve şefkate dayalıdır. Kadının cinsel ihtiyacı bir gereklilik olmayıp bir cevaptır. Bu itibarla aktif kişinin ilk hareketine tabidir ve kendisi cinsel ilişkide ilk hareketi yapan değildir. Kadın, sevgi, şefkat gibi cinsel olmayan duygularla motive edildiği için cinsel ilişkileri bir kerelik olmayıp az ya da çok belli bir süre devam eden ilişkilerdir. Bu nedenlerle cinsel dürtüleri saldırgan bir şekilde karşımıza çıkmaz<sup>(25)</sup>. Ecevit de, irza geçmenin yalnız ve zorunlu olarak erkeğin penisinin kadının vajinasına girmesiyle oluşacağını; diğer unsurlar mevcut olsa dahi anüs yoluyla kadına ya da erkeğe karşı gerçekleştirilen ithal eylemlerinin irza geçme olarak değerlendirilemeyeceğini; bu nedenle erkeklerin hiç bir surette irza geçme suçunun mağduru olamayacaklarını iddia etmektedir<sup>(26)</sup>.

Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında ise gerek bir erkeğe, gerekse bir kadına karşı, normal ya da livata yoluyla yapılan cinsel saldırıların irza geçmeyi oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>(27)</sup>. Bu durum bir içtihadı birleştirme kararında da izah edilerek, 416. maddede belirtilen "kimse" kavramının kapsamına erkek ve kadının dahil olduğu belirtilmiştir<sup>(28)</sup>.

Irza geçme suçu bakımından mağdurun sosyal durumu hiç bir önem taşımamaktadır. Bakire olmasının; evli ya da bekâr ya da dul olmasının; iffetli bir insan ya da fahişe ya da homoseksüel olmasının hiç bir önemi yoktur.

Bize göre de mağdur kadın, kız ya da erkek olabilir. Bu düşünce doğrultusunda mağdurun tanımını şu şekilde yapmamız mümkündür: Kanunen rızanın kabul edilmediği ya da gerçekte rızası bulunmadığı halde, ilgili maddelerde belirtilen şekillerde, kendisiyle normal ya da normal olmayan yollarla cinsel ilişkide bulunulan kadın ya da erkek bir kişidir.

## B- Mağdurun Yaşı

Irza geçme suçuna ilişkin maddelerde mağdurun yaşı açık olarak belirtilmiştir. 414. maddede onbeş yaşın altında; 416. maddede ise onbeş yaşın üzerinde ve onsekiz yaşın altındaki kimselere karşı cinsel fiillerin işlenmesi hallerine yer verilmiştir.

Kanunumuzdaki düzenleme açısından irza geçme suçunun türünü, gerek unsur gerek ağırlaştırıcı nedenlerini belirlemede mağdurun yaşı son derece ö-

(25) ABEL, s. 150-151.

(26) ECEVİT, s. 625.

(27) 1. CD. 21.1.1938 tarih ve 937-2839/261 sayılı. 15.2.1938 tarih, 2999/563 sayılı kararlar; ÖZDEN, s. 1180; Erkeklerin irza geçme suçunun mağduru olduklarına ilişkin kararlardan bazıları için bkz.: CGK. 21.1.1974 tarih, 5/490-26 sayılı ve 5. CD. 15.6.1982 tarih, 2850/2446 sayılı kararlar: ÇAĞLAYAN, s. 429 ve 474-475.

(28) 25.4.1956 tarih, 1956/5 E., 1956/2 K. Sayılı İBK.: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları - Ceza 3 - 1947/1980, İkinci Bası, Ankara, (Yargıtay Yay. No: 13), 1984, s. 663.

nemlidir. Bu önem dolayısıyla ki yaşın bilinmesi ve gerçek yaşın tespit edilmesi zorunludur<sup>(29)</sup>. Çünkü tespit edilen yaşa göre faile verilecek cezanın belirlenmesi ve bu cezanın yerine getirilmesi, farklı sonuçlar doğuracaktır<sup>(30)</sup>. Örneğin ergin olmayanlarla cinsel ilişkide bulunulması suçunda mağdurun ergin olup olmadığı konusundaki hesaplama doğru yapılamazsa, fail ya haksız yere cezalandırılacak ya da hakettiği halde cezadan kurtulabilecektir.

### C- Yaşın Belirlenmesi

Mağdurun yaşı, nüfus kütüğüne kaydedilmiş olan doğum kayıtları esas alınarak belirlenecektir<sup>(31)</sup>. Fakat bazen nüfus kayıtlarında mağdurun sadece doğduğu yıl belirtilmiş, günü ve ayı belirtilmemiş olabilir. Mağdurun yaşını sağlıklı bir şekilde tespiti imkân bulunmayan böyle bir durumda nasıl hareket edilecektir?

Burada çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Doğum yılının ilk ayının ilk gününde ya da o yılın son ayının son gününde ya da yılın ortasını teşkil edecek şekilde Temmuz ayının ilk gününde doğduğu kabul edilebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında “şüphe sanık lehine yorumlanır” ilkesi gereğince mağdurun doğum yılı olarak kaydedilen yılın ilk ayının ilk gününde doğduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>(32)</sup>.

1 Eylül 1974 tarihinde yürürlüğe giren 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun, 59. maddesine göre nüfus kayıtlarında doğduğu gün ve ay belli olmayanlar, doğum yılının Temmuz ayının birinci gününde; yılı ve ayı belli, günü belli olmayanlar, belirtilen yılın o ayının birinci gününde doğmuş olarak kabul edilecektir. Kanununun bu hükmü karşısında Yargıtay önceki kararlarındaki görüşünü terkederek, ilgili kanun hükmüne paralel kararlar vermiştir<sup>(33)</sup>.

Nüfus Kanununun bu hükmünün uygulanması, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda sanığın aleyhine durumlar doğurabilecektir. Şöyle ki, her nasılsa nü-

(29) Yargıtay 5. CD. 17.10.1983 tarih, 2835/3327 sayılı kararında bu öneme işaret ederek, mağdurun 14 yıl 11 ay 24 günlük olduğunu; 15 yaşını bitirmesi için 7 ya da 8 gün gibi bir fark bulunduğunu; bu nedenle bir yanılma olabileceğini, bunun da faile verilecek ceza üzerinde önemli bir etkide bulunacağını; dolayısıyla mağdurun gerçek yaşının Adli Tıp Kurumundan da sorulması gerektiğini bildirmiştir: YKD., 1984, Sayı 3, s. 465; ÖNDER, s. 447.

(30) ODYAKMAZ, A. Nevzat, “Türk Ceza Yasasında ‘Yaş’a İlişkin Yargılar” Yasa Hukuk Dergisi, Yıl III, Sayı 5, s. 653.

(31) Yargıtay 5. CD. 21.3.1990 tarih, 625/1567 sayılı kararında, mağdurun yaşının doğum kaydı mahallinden getirilmek suretiyle belirlenmesi gerekirken, polis tarafından çıkartılan nüfus cüzdan suretine dayanılarak hüküm kurulmasını yolsuz bulmuştur: BAKICI, s. 75.

(32) CGK.nun 20.2.1939 tarih 16/17 sayılı karar: ÖZDEN, s. 1188.

(33) Yargıtay 6. CD.'nin 23.10.1975 tarih, 4587/4675 sayılı kararı: YKD., 1976, C.2, Sayı 7, s. 1077-1078; Aynı yönde 4. CD.'nin 9.2.1977 tarih, 475/611 sayılı kararı: YKD., 1977, C. 3, Sayı 9, s. 1314-1315.

fusa kaydedilmeyen ve gerçekte şubat ayında doğan bir kimse Temmuz ayında doğmuş kabul edilecek ve mart ayında rızaya dayalı irza tasaddiye ilişkin fiillerde bulunan faile, mağdur onbeş yaşını doldurduğu halde, onbeş yaşın altında kabul edilerek, her hangi bir cezayı gerektirmeyen bu durumda, TCK.nun 415. maddesi uyarınca ceza verilecektir.

Nüfus Kanununun 59. maddesi, nüfus ve bir çok hukuki işlemlerde ilgilinin doğum tarihinin kesin olarak bilinmemesi nedeniyle, hukuki işlemlerin gerektiği gibi yapılamaması ve muhtemel karışıklıkların önlenmesi kaygısıyla bir karine ortaya koymuştur. Bu karinenin temelinde bir şüphe vardır. Şüphe, diğer hukuk dallarında benzeri karinelerle bertaraf edilmeye çalışılırken Ceza Muhakemesi Hukukunda ancak ve zorunlu olarak sanığın lehine yorumlanır<sup>(34)</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Nüfus Kanununun ilgili hükmü sanığın aleyhine durumlar getirebilmektedir. Bu nedenle bize göre, irza geçme suçlarının muhakemesinde, mağdurun Temmuz ayının birinci günü doğduğu değil, doğum yılının ilk ayının ilk gününde doğduğu kabul edilmelidir.

Mağdurun yaşının belirlenmesindeki bir diğer problem de nüfus kayıtlarındaki yaş ile mağdurun fiziki durumunun birbirine uymaması ya da kırsal kesimde sıkça rastlanıldığı üzere, nüfusta hiç bir kaydının bulunmaması halidir.

Böyle bir durumda mahkeme, mağdurun fiziki durumuna uyan gerçek yaşını belirleyecek, belirlenen bu yaşa göre hüküm verecektir. Mahkemenin yaş tashihiine gitmeksizin karar vermesi doğru değildir<sup>(35)</sup>. CMUK.'nun 255. maddesinin dördüncü ve son fıkrasında belirtildiği üzere, Ceza Muhakemesinde son soruşturma sırasında suçtan zarar görenler ile sanıkların yaşlarında, ceza hükümleri bakımından gerekli görülecek tashihlerin, Nüfus Kanunundaki usule göre, asıl davaya bakmakta olan ceza mahkemesi tarafından yapılacağı belirtilmiştir<sup>(36)</sup>. Nüfusta herhangi bir kaydın bulunmaması halinde mahkeme mağdurun gerçek yaşını tespit edecek ve ancak tespit edilen yaşın kaydının yapılmasını sağladıktan sonra hüküm verme yoluna gidebilecektir<sup>(37)</sup>.

(34) ORAL, Mehmet, Irza Geçme Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, (İÜSBE. Kamu Hukuku Bölümü), 1994, s. 66.

(35) 5. CD.'si, 18.4.1973 tarih, 905/977 sayılı kararında tashih işlemi yapılmaksızın karar verilmesini yasaya aykırı bularak hükmü bozmuştur: YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, C. 2, Madde 147-288, İstanbul, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), 1995, s. 554.

(36) Nitekim Yargıtay 3. HD. 17.6.1985 tarih ve 12660/11261 sayılı kararında, bu hükme rağmen, mağdurun yaşının düzeltilmesi yönünde karar veren Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesinin kararını bozmuştur.: RG., 31.1.1987, Sayı 19358, s. 46; CMUK.nun 255. maddesinin son fıkrası, yaş tashihi hususunda Hukuk Mahkemelerinin yetkisini tamamen kaldırdığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Ceza Mahkemelerinin bu konudaki yetkileri, yalnız ceza hükümleri bakımından gerekli olduğu ölçüdedir.

(37) 5. CD.'nin 16.6.1993 tarih, 1240/2455 sayılı kararı: BAKICI, s. 65.

Ceza mahkemesi re'sen ya da mağdur veya sanık veya vekillerinin ya da Cumhuriyet Savcısının talebiyle, savcı ve nüfus memurunun huzuru ile yargılama yapacaktır<sup>(38)</sup>. Fakat Nurullah Kunter, bu davalarda nüfus memurunun hazır bulunmasının şart olmadığını; çünkü yaş tashihi hususundaki bu yargılamanın tıbbi verilere ve raporlara göre yapıldığını; nüfus memurunun bu konularda yapabileceği hiç bir işin bulunmadığını; bu nedenle maddedeki "Nüfus Kanunundaki usullere göre" ibaresinin madde metninden çıkarılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>(39)</sup>. Bizce de buradaki yargılamada nüfus memurunun hazır bulunması gereksizdir. Çünkü buradaki inceleme, kayıtlar üzerinde yapılmamakta, mevcut doğru kayıtların gerçeği yansıtmaması karşısındaki teknik ve tıbbi incelemelerle elde edilen verilerinin değerlendirilmesi şeklindedir.

Yaşın belirlenmesinde zorunlu olarak bilirkişiye başvurulacaktır. Nüfus idaresinden gelen aile tabloları ve doğum belgeleri incelendikten sonra mağdurun, tam teşekküllü hastahaneye sevkiyle kemik grafikleri çektilerecek ve sağlık kurulu raporuyla, gerek görüldüğü takdirde Adli Tıp Kurumunun görüşü alınmak suretiyle yaşı bilimsel olarak belirlenecektir<sup>(40)</sup>. Nüfus kayıtlarından farklı sonuç elde edildiği takdirde mağdurun yaşı tashih edilecek, yaş tashihiine dair kesinleşmiş karar Cumhuriyet Savcılığı tarafından ilgili nüfus dairesine gönderilerek kayıtlarda gerekli düzeltmeler yapılacaktır<sup>(41)</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza mahkemesi tarafından yaş tashihiinin ancak son soruşturma aşamasında yapılabileceğidir. Daha önceki aşamalarda böyle bir yargılama yetkisi bulunmayıp mesele hukuk mahkemeleri tarafından çözümlenecektir.

Mağdur ceza yargılamasından önce hukuk mahkemesine yaş tashihi için başvurmuş ise ceza mahkemesi, hukuk mahkemesince bu konuda verilecek ve kesinleşecek kararı bekleyecektir<sup>(42)</sup>. Hukuk mahkemesi mağdurun yaş tashihiine dair talebini reddetmiş ve bu karar kesinleşmişse, artık ceza mahkemesi mağdurun yaşını tashih yoluna gidemeyecektir<sup>(43)</sup>. Bizim düşüncemize göre, eğer yaş düzeltme talebi reddedilmekle birlikte ceza hakimi nüfustaki yaşı ile mağdurun

<sup>38</sup> Nüfus memuru hazır bulunmadığı halde yargılama yapılması bozmayı gerektirmektedir (5. CD.'nin, 4.6.1985 tarih, 1931/2543 sayılı ve 2.5.1973 tarih, 1077/1173 sayılı kararları): YURTCAN, s. 540 ve 554.

<sup>39</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul, (Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.), 1989, s. 312, dnt. 92.

<sup>40</sup> CGK.'nun, 20.9.1993 tarih, 5-160/192 sayılı kararı: YKD., 1994, C. 20, Sayı 2, s. 278-280; Aynı yönde CGK.'nun, 30.3.1981 tarih, 5-2/106 sayılı kararı: YKD., 1981, C. 7, Sayı 7, s. 897-906; 5. CD.'nin, 25.3.1988 tarih, 666/2415 sayılı kararı: YKD., 1989, C. 15, Sayı 4, s. 581-582.

<sup>41</sup> 31.1.1945 tarih ve 22/3 sayılı İBK.: BAKICI, s. 34.

<sup>42</sup> 5. CD., 16.1.1953 tarih, 90/90 sayılı karar: ÖNDER, s. 447.

<sup>43</sup> CGK.'nun 28.11.1938 tarih ve 423/367 sayılı kararı: TUNA, ... Mukayeseli ..., s. 349.

görünümünde uyumsuzluk olduğu şüphesini taşıyorsa, maddi gerçeğin araştırılması mecburiyetinden hareketle mağdurun gerçek yaşını belirleme yoluna gidilmelidir.

Yaş düzeltme davası, Nüfus Kanununun 46/3. maddesine göre, bir kez açılabilir. Bir başka ifadeyle, daha önce yaşı düzeltilen bir kimsenin tekrar başka bir nedenle yaşının düzeltilmesi mümkün olamayacaktır. Fakat mağdurun görünümünün hissettirdiği yaş ile mahkemenin verdiği kesinleşmiş karara göre düzeltilen yaş arasında uyum bulunmadığı takdirde ceza hakimi, maddi gerçeği araştırmak zorunda olup, biçimsel gerçeklerle yetinmemeli; böylece mağdurun olay tarihindeki gerçek yaşını tesbit yoluna giderek gerekirse yaşı düzeltmelidir<sup>(44)</sup>.

### 3. Evlilik Birliğinde Irza Geçme

Irza geçme suçunun oluşabilmesi için failin fiilinin haksız ve hukuka aykırı olması gerekir. Acaba fail ile mağdur arasındaki geçerli bir evlilik ilişkisinin varlığı irza geçme suçuna engel olabilir mi? Bu güncel ve önemli olması nedeniyle bütün dünyada tartışılan bir konudur.

Fransa eski Cumhurbaşkanı Charles de Gaulle, insanın kendi karısının ırzına geçmesinin sözkonusu olamayacağını, karısıyla olan ilişkilerinin sadece kendisini ve karısını ilgilendirdiğini, başka kimseyi ilgilendirmediğini söyleyerek o dönemdeki genel düşüncenin konuya yaklaşımını ortaya koyuyordu<sup>(45)</sup>. Kanunlarda farklı düzenlemeler yer almakla birlikte yeni akım, irza geçme suçunun evlilik birliğinde de işlenebileceği yönündedir.

#### A- Karşılaştırmalı Hukuk

##### a) Evlilik Birliğinde Irza Geçmeyi Kabul Etmeyen Kanunlar

Bu gruptaki kanunlar, cinsel ilişkinin evlilik dışı olması şartını arayarak evlilik birliğindeki ilişkileri, irza geçme suçunun kapsamı dışında bırakmışlardır. Alman Ceza Kanununun 177. paragrafında irza geçmede suçunun evlilik dışı fiiller için sözkonusu olduğu açık olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde Hollanda Ceza Kanununun 242. maddesine göre evlilik irza geçmeye engeldir. Hollanda Temyiz Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararda irza geçmenin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmiş olması nedeniyle Ceza Hukukunun kapsamına girmediğini fakat fiilin 246. maddedeki ahlâka aykırı müessir fiil suçunu oluşturacağını çün-

(44) CGK.'nun, 30.3.1981 tarih, 5-2/106 sayılı kararı: YKD., 1981, C. 7, Sayı 7, s. 897-906; 5. CD.2nin, 2.2.1982, 244/229 sayılı kararı: YKD., 1989, C. 15, Sayı 4, s. 581-582.

(45) LÜCKE, Horst, "Vergewaltigung in der Ehe": Justiz und Recht, Schriften der Deutschen Richterakademie, Gewalt an Frauen - Gewalt in der Familie, Band 6, Heidelberg, (C.F. Müller Juristischer Verlag), 1990, s. 55



kü bu suç için kanunun evlilik dışı olması şartını aramadığını belirtmiştir<sup>(46)</sup>. Amerika'da Alabama, Illinois, South Dakota eyaletlerinde de eşler ayrı yaşasalar bile kocanın fiilinin irza geçme suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir<sup>(47)</sup>.

### b) Evlilik Birliğinde Irza Geçmeyi Kabul Eden Kanunlar

Bu guruptaki kanunlar irza geçmenin evlilik birliğinde de gerçekleşebileceğini belirterek kocanın failliğini kabul etmişlerdir. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde hem 1926, hem de 1960 tarihli Ceza Kanunlarında irza geçmede kocanın failliği kabul edilmiş, fiili üçüncü bir kişinin fiilinden farklı görülmemiştir. Gerek hakimlerde ve gerekse yazarlarda her türlü cinsel hürriyete karşı saldırının insan haysiyetine ve ayrıca sosyalizme karşı yapılmış olduğu; sosyalist hukuk anlayışında evliliğin kadının cinsel hürriyetini sınırlamadığı, kocaya böyle bir hak vermediği düşüncesi hakimdir<sup>(48)</sup>.

Avustralya - New Sout Wales eyaletinde 1990 tarihli yeni Ceza Kanunuyla kocanın da bu suçu işleyebileceği kabul edilmiştir. Batı Avustralya ve Queensland eyaletlerinde de benzer düzenlemeler yapılmıştır. Kanada'da ise 1982 yılına kadar kocanın failliğini kabul etmemesine karşılık 1982 tarihli değişiklikle, 278. maddede eşlerin gerek birlikte, gerek ayrı yaşamaları halinde zorlamaya dayalı cinsel ilişkilerin irza geçme suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir<sup>(49)</sup>.

Amerika'da 1977 yılından itibaren yirmiiki eyalette aile birliğinde kocanın zorla karısıyla cinsel ilişkiye girmesi, herhangi bir sınırlama öngörülmezsizin, eşler birlikte yaşıyor olsalar dahi, irza geçme suçu olarak kabul edilmiştir. Bu eyaletlerden Florida, Georgia, Kansas, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Jersey, New York, Oregon, Vermont ve Wisconsin Michigan eyaletlerinde irza geçme suçunun evlilik içi ya da dışı olması arasında herhangi bir fark görmemelerine karşın; Kalifornien, Connecticut, Delaware, Hawaii, Iowa, Minnesota, New Hampshire, Pennsylvania, Washington, West Virginia, ve Wyoming eyaletleri evlilik birliğinde irza geçmeyi ayrı bir şekilde düzenlemişlerdir<sup>(50)</sup>. Yine Amerika'da yirmibeş eyalette<sup>(51)</sup> evlilik birliği içinde irza geçme kabul edilmekle

46) HR. 9.2.1988, NJ 1988, 613 sayılı karar: ÖRÜCÜ, Esin, "Karşılaştırmalı Hukuk'ta Evlilik Birliği İçinde Irza Geçme", İBD., 1992, C. 66, Sayı 1-2-3, s. 97-98.

47) Bkz.: ARTUK, M. Emin, "Ceza Hukukunda Aile Düzeni Aleyhine Cürümler", MÜHF Hukuk Araştırmaları, 1995, C. 9, Sayı 1-3, s. 26.

48) PAETOW, Barbara, Vergewaltigung in der Ehe - Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten von Amerika, Freiburg i. Br., (C. F. Dreyspring GmbH), 1987, s. 201.

49) ÖRÜCÜ, s. 100.

50) PAETOW, s. 201, dn. 49.

51) Bu eyaletler ve geniş bilgi için bkz: PAETOW, s. 41, dn. 122 vd.

birlikte kapsamı daraltılmış, kocanın cezalandırılabilmesi ancak evlilik birliği sona erme aşamasına gelmesi halinde mümkün olabileceğine yer verilmiştir. Evliliğin sona erme aşamasından anlaşılması gereken nedir ve ne zaman evlilik sona erme aşamasına gelmiş olacaktır? Bunu belirlemede, bazı eyaletlerde mahkemece eşlerin ayrı yaşamalarına karar verilmesi, bazılarında eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ve evliliğin sona erdirilmesi için ya da ayrı yaşamaya karar verilmesi için yetkili makamlara başvurmuş olmaları, bazılarında da fiilen ayrı yaşama kısıtası kabul edilmiştir. Örneğin Idaho, New Mexico, Oklahoma ve Texas eyaletlerinde eşlerin ayrı yaşamaları ya da eşlerden birinin ayrı yaşamak veya ayrılığa yönelik hukuki bir adım atması şartı aranırken, Alaska, Arizona, Colorado, Iowa, Maine, Mississippi ve Montana eyaletlerinde ise eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları yeterli görülmüştür<sup>(52)</sup>. İsviçre Ceza Kanununun “Irza geçme” başlıklı 190. maddesinin ikinci paragrafında “fail mağdurun eşi ise ve onunla aynı çatı altında yaşıyorsa fiil talep veya şikayet üzerine kovuşturulacaktır” ifadesiyle evlilik birliğinde irza geçmeyi kabul etmiştir<sup>(53)</sup>. Yeni Fransız Ceza Kanununun irza geçme suçuna ilişkin 222-23. maddenin birinci fıkrasında “her ne şekilde olursa olsun” tabiri kullanılmakla suçun sınırları son derece genişletilmiş, dolayısıyla evlilik birliğindeki zora dayalı cinsel ilişkiler irza geçme olarak kabul edilmiştir.

### c) Herhangi Bir Düzenlemeye Yer Vermeyen Kanunlar

Üçüncü grup ceza kanunları, evlilik içi irza geçmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamışlar, konunun hallini doktrin ve uygulamaya bırakmışlardır. Örnek olarak 1930 tarihli İtalyan (m. 519), 1810 tarihli Fransız (m. 332), Danimarka (m. 216-217), Norveç (m. 192), Meksika (m. 265) ve İspanyol (m. 429) Ceza Kanunlarını gösterebiliriz<sup>(54)</sup>. Bizim ceza kanunumuzun irza geçmeye ilişkin maddelerinde, bu suçun evlilik birliğinde işlenip işlenemeyeceğini belirtmemiştir.

### B- Doktrin ve Uygulama

Ülkemiz bakımından uygulamadaki genel düşünce ve doktrindeki bazı yazarlar, geçerli bir evlilik bağının irza geçme suçunun oluşumuna engel olacağını kabul etmişlerdir<sup>(55)</sup>. Bu görüşe göre evlilik bağı karı koca arasındaki cinsel ilişkiye meşruluk kazandıran bir sözleşmedir. Dolayısıyla kadına bir takım yükümlülükler getirir. Cinsel ilişkiye rıza göstermek de bunlardan biridir. Kocanın, karı-

(52) PAETOW, s.42, dn. 124 ve 125.

(53) REHBERG. Jörg, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Mit den zugehörigen Verordnungen, Zürich, (Orel Füssli Verlag), 1997 s. 190.

(54) ARTUK, s. 26.

(55) TUNA, Irza Geçme (1), s. 469-470; DÖNMEZER, Özel Kısım, s.59-60; ÖZDEN, s. 1178-1179; ECEVİT, s. 628.

sının rızasının bulunmamasına rağmen onunla cinsel ilişkide bulunması, evliliğin kocanın karısının vücudu üzerinde tasarruf hakkı sağlaması nedeniyle, suç oluşturmayacaktır. Fakat bütün haklarda olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmaması gerekir. Kocanın karısına zor kullanarak ya da normal olmayan şekilde cinsel ilişkiye girmesi ırza geçme olarak değerlendirilemeyeceğine göre, müessir fiil ya da aile fertlerine kötü davranma olarak kabul edilecektir.

Bazı yazarlar ise evlilik birliği içinde ırza geçmenin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>(56)</sup>. Bu yazarlara göre, vücut bütünlüğü herkes açısından bir haktır, bu sebeple ırza geçme suçunda failin evli, bekâr, kadın, erkek olması gibi fark kabul edilemez. Evli kadının da cinsel açıdan vücut bütünlüğü evli olmayan kimselerinki kadar korunmalıdır. Koca, karısına karşı işlediği müessir fiil suçundan yargılanabildiğine göre, daha önemli olan şiddet uygulayarak cinsel ilişki kurmasında ırza geçmeden yargılanmaması bir çelişkidir<sup>(57)</sup>. İster normal yolla ister normal olmayan yolla gerçekleştirilecek cinsel ilişkiye kadının razı olması için cebir ve şiddet kullanan kocanın cebren ırza geçme suçundan yargılanması ve hatta bu davranışa maruz kalan mağdura meşru müdafaa hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>(58)</sup>. Evli çiftlerin birbirlerine karşı meşru cinsel ilişki görevi her zaman emre amadelik anlamında anlaşılmalıdır. Kadına cinsel olarak kendi mukadderatını belirleyebilme imkânının sağlanması ve bu konuda yasal düzenlemelerin yapılması bir zorunluluktur<sup>(59)</sup>.

Bu görüşlerin yanında evlilik birliği içinde ırza geçmenin bazı hallerde kabul edilmesi, kocanın failliği için üçüncü kişinin failliğine oranla bir takım sınırlamalar getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Manzini'ye göre, eşler arasındaki cinsel ilişki kadın ya da kadınla birlikte doğacak çocukları için sağlık yönünden büyük bir tehlike oluşturacağı durumlarda rıza göstermeyen kadına şiddet kullanarak cinsel ilişkiye giren koca ırza geçme suçundan yargılanmalıdır. Örneğin kocanın frengili olması ya da kadının mutad kanamalı döneminde (hayız halinde) bulunması gibi<sup>(60)</sup>.

Yargıtay ise eşler arasındaki cinsel ilişkinin, kadının rızası olmaksızın sair şekillerde gerçekleştirilmiş olması halini ırza geçme olarak değerlendirmemektedir. Eğer koca, kadının istememesine rağmen, cebir ve şiddet kullanarak ya da normal olmayan şekilde cinsel ilişkide bulunmuş ise fiil Ceza Kanununun 478.

(56) CENTEL, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, (İÜHF. Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını), 1997, s. 63; ARTUK, s. 42; ÖRÜCÜ, s. 105; ERMAN, Sahir - Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, (Dünya Yayıncılık A.Ş.), 1994, s. 250, dn. 16.

(57) CENTEL, s. 63; ÖRÜCÜ, s. 105.

(58) ERMAN - ÖZEK, s. 250-251.

(59) LÜCKE, s. 55.

(60) Bkz.: DÖNMEZER, Özel Hükümler, s. 60, dn. 31 bis.

maddesinde yer alan aile bireylerine karşı kötü davranış olarak değerlendirilmiştir<sup>(61)</sup>. Kocanın karısını normal olmayan yolla cinsel ilişkiye zorlaması hali, karı koca arasındaki cinsel ihtiyacın karşılanması yönündeki karşılıklı görevin ihlali olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19.12.1990 ve 7.7.1994 tarihli kararlarında daire başkanı Selçuk'un karşı oyuna gerekçe olarak ifade ettiği fikirler, bizce de yerleşmiş olan yanlış uygulamanın terkedilmesi yönündeki cesur adımlar olarak değerlendirilmelidir<sup>(62)</sup>. Karşı oy yazısında belirtildiği üzere irza geçme suçu, bireyin cinsel özgürlüğüne ve cinsel yaşamını düzenleme iradesine karşı yapılan bir saldırıdır. Normal olmayan ilişki hem cinsel özgürlüğü hem de genel ahlaki ihlâl etmektedir. Hukukta hiç bir kural, aile içinde şiddet ve tehdit kullanılmasına izin vermeyeceği gibi, evlilik zorla irza geçmede hukuka aykırılığı kaldırmaz. Evliliğe rıza gösterme, evliliğin olağan gereklerine ve sonuçlarına rıza göstermektir. Bu nedenle herhangi bir zorlama olmaksızın ve fakat istemediği halde mağdurun ters yönden cinsel ilişkiye katlanması hali aile bireylerine kötü davranışı oluşturabilir, fakat cinsel ilişkiye razı etmede mağdura maddi ya da manevi cebir uygulanması halinde normal ya da ters ilişki irza geçme suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 19.6.1996 tarihinde 4409/5504 sayılı kararında kocanın karısının rızasına aykırı olarak tehditle ters ilişkide bulunmasını 478. maddedeki aile bireylerine kötü davranış olarak değerlendirmiş, Selçuk yine karara karşı oy kullanmış, Yargıtay Başsavcısı karşı oy yazısındaki gerekçelerle karara itiraz etmiştir. Ceza Genel Kurulu ise 26.11.1996 tarih ve 4-191/251 sayılı kararında olayın 478. madde kapsamındaki bir suç olduğunu; bu maddenin aile bireylerine kötü davranışı çok geniş tanımladığını; maddi ve manevi nitelikteki her türlü kötü davranışın bu tanıma dahil olduğunu belirterek itirazı yerinde görmemiştir<sup>(63)</sup>.

Nişanlılar arasında bu suçun işlenmesine bir engel yoktur. Nişanlılık bir kadınla bir erkeğin birbirleriyle meşru olarak birleşip yuva kurma yönündeki isteklerini karşılıklı olarak açıklamaları ve vaatte bulunmalarıdır. Dolayısıyla ni-

(61) Bkz.: 2. CD., 16.5.1946 tarih, 4623/4823 sayılı karar: TUNA, Irza Geçme (1), s. 469-470; 4. CD., 28.3.1979 tarih, 1601/1666 sayılı karar: ÖNDER, s. 445; 4. CD., 19.12.1990 tarih, 5557/7044 sayılı karar: YKD., 1991, C. 17, Sayı 2, s. 290-294; 4. CD., 7.7.1994 tarih, 2788/6217 sayılı karar: YKD., 1994, C. 20, Sayı 11, s. 1847-1854.

(62) Sami SELÇUK'un karşı oy yazıları için bkz.: YKD., 1991, C. 17, Sayı 2, s. 290-294 ve YKD., 1994, C. 20, Sayı 11, s. 1847-1854.

(63) DÖNMEZER, Cinsel ..., s.10.

şanlılık, nişanlılar arasında evlilikte olduğu gibi cinsel ilişki için hak ve yükümlülük tanımaz<sup>(64)</sup>.

Evlilik mahkeme kararıyla sona ermiş ise, eşler daha sonra beraber yaşasalar dahi, zorla gerçekleştirilecek cinsel ilişki ırza geçme suçunu oluşturacaktır.

### C- Düşüncemiz

Bize göre de evlilik birliği içinde ırza geçmenin kabul edilmesi gerekir. Evlilik taraflara cinsel ilişkide bulunma konusunda karşılıklı hak ve yükümlülükler tanır. Fakat bütün haklarda olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmasına izin verilemez. Kaldı ki kişilerin evlenmekle cinsel özgürlükleri sona ermez. Eşler ayrı ya da birlikte yaşıyor olsalar da birinin diğerini maddi veya manevi cebirle cinsel ilişkiye zorlaması cezalandırılmalıdır. Aksi düşünce yanlış ve haksız uygulamalara neden olabilecektir. Örneğin AIDS gibi ölümcül ve cinsel ilişki sonucu mutlak bulaşma özelliği olan bir hastalığa sahip kocasıyla cinsel ilişkide bulunmasının kadın için bir görev olduğu; aynı şekilde döl yollarında iltihaplanma olan ya da mutad kanama dönemindeki bir kadının cinsel ilişki ile hem acı çekmesi hem rahatsızlığının ilerlemesi pahasına, hatta hamile bir kadının hamileliğinin son dönemlerinde belki de çocuğunu kaybetme pahasına kocasının cinsel ilişki isteğini yerine getirme yükümlülüğünden sözedilebilir mi? Toplumdaki genel ahlak kuralları ve hemen hemen bütün dinler tarafından yasaklanan normal olmayan yolla cinsel ilişkiye mağdurun katlanma zorunluluğu bulunduğu ileri sürülebilir mi?

Evlilik cinsel ilişkiyi meşrulaştırır fakat cinsel ilişkiye katlanma yükümlülüğü tanımaz. Eşlerden biri diğerinin cinsel ilişki isteklerini yerine getirmemesi karşılığında yapılacak olan şey onu zorla ilişkiye razı etmek değil, evliliğin yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle boşanma talebinde bulunmak olmalıdır. Medeni Kanunumuz taraflara bu hakkı tanımıştır.

Ceza Kanunumuzda ırza geçmeye ilişkin maddelerde bu suçun evlilik birliği içinde işlenemeyeceği belirtilmemiştir. Uygulama ve doktrindeki genel eğilime göre kocanın failliği kabul edilmemişken bu konuda gerek doktrinde gerekse uygulamada aksi düşünceler yer almaya başlamıştır. Bize göre Ceza Kanununda yapılacak bir değişlikle evlilik içi ırza geçme hali düzenlenmeli, mevcut karışıklık ve belirsizlik giderilmelidir. Centel'in çok isabetli olarak belirttikleri gibi kocanın karısına karşı gerçekleştirdiği müessir fiilden yargılanmasına karşılık, daha ağır olan ırza geçme suçundan yargılanamamasını anlamak ve açıklamak bize göre de mümkün değildir.

(64) ÖZDEN, s. 1179; Yargıtay 1. CD. 25.9.1946 tarih, 1665/1434 sayılı kararında nişanlılığı her hangi bir olayda hafifletici neden oluşturmayacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur: ALİCANOĞLU, Mahmut, Tarihçeli - İzahlı - Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu, C. II, İstanbul, (Halk Basımevi), 1952 s. 22.

Evlilik birliği içinde irza geçmenin mümkün olduğu yönünde düşünceye sahip olmamız nedeniyle evliliğin resmi ya da örfi veya dini kurallara göre gerçekleşmiş olması tartışmasını gerekli görmüyoruz. Resmi şekilde gerçekleştirilmiş evlilik birliği için irza geçme sözkonusu olunca gayri resmi evliliklerde evleviyetle kabul edilmelidir

### SONUÇ

Bu çalışmamızda irza geçme suçu faili ve mağduru açısından ele alınıp değerlendirilmiştir. Bize göre, bu suçun failini ve mağduru belirlerken, korunmak istenen hukuki menfaatin ne olduğu ve bunun nasıl yorumlanması gerektiği ve maddi unsur konularındaki nitelendirme son derece önemlidir. Bu suçla korunmak istenen menfaat, bireyin cinsel özgürlüğü ve cinsel onuru, bununla birlikte genel adaptir. Bir kimsenin cinsel ilişki ve cinsel tatmin, cinsel hayatını tanzim, cinsel gelişimini sağlıklı bir şekilde sağlama özgürlükleri cinsel özgürlük kavramı içinde değerlendirilmelidir. Maddi unsur ise, kanunumuzdaki ifadeyle irza geçmedir. Irza geçme tabiriyle kastedilen, maddi ya da manevi cebir ika edilerek bir kimse ile istek ve iradesine aykırı olarak cinsel ilişkide bulunmaktır. Cinsel ilişki, iki kişi arasındaki cinsel birleşmeyi, bazı yazarların tabiriyle çiftleşmeyi ifade eder. Cinsel ilişki, vajina ya da anüs yoluyla duhulün gerçekleşmesiyle oluşmaktadır.

Irza geçme suçunun mağduru yaşayan herhangi bir kimse olabilecektir. Bize göre bu suçun erkek ya da kadına karşı işlenmiş olmasının önemi yoktur. Çünkü bu suçun işlenmesiyle, bireyin cinsel özgürlüğüne ve cinsel onuruna saldırılmıştır. Cinsel özgürlük ve cinsel onur kavramı ise kadın ya da erkek bakımından aynı şeyleri ifade etmektedir. O halde mağdur açısından cinsiyete dayalı olarak, yalnızca kadınların bu suçun mağduru olabileceğine ilişkin nitelendirme bizzat doğru bir yaklaşımdır.

Bu suçun failinin kimler olacağı konusunda ise tartışma yoğunudur. Failin cinsiyeti ve evlilik birliği içinde eşlerin fail olup olamayacakları konusunda çok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamız içerisinde de değindiğimiz gibi, bize göre failin cinsiyetinin bir önemi yoktur. Bu suç açısından fail erkek olabileceği gibi kadın da olabilecektir. Bizim düşüncemize göre, korunmak istenen hukuki yarar ve suçun maddi unsuru dikkate alındığında bir erkeğe karşı işlenen irza geçme suçunda fail erkek ya da kadın olabileceği gibi, bir kadına karşı irza geçme suçunun işlenmesi halinde fail yalnız erkek olabilecektir. Şöyle ki; mağdurun erkek olduğu durumlarda, fail olarak, bir başka erkek anüs yoluyla cinsel ilişkiyi gerçekleştirirken; bir kadın, mağdurun cinsel organını, kendi cinsel organına (vajina) ya da anüsüne ithal ettirmek suretiyle cinsel ilişkiyi mümkün kılabilir. Bir kadının suçun mağduru olan erkeğin anüsüne sair şeyler ithal etmesi ise cinsel ilişki niteliği taşımayacağından böyle bir durumda irza geçme suçunu gerçekleştirecek, dolayısıyla da bu suç açısından kadının failiği söz konusu olamayacaktır. Mağdurun kadın olduğu durumlarda ise, fail olan erkek, kendi

cinsel organını mağdurun cinsel organına ya da anüsüne ithal ile bu suçu işleyebilecektir. Fakat bir kadının bir başka kadın üzerinde ırza geçme suçunu işlemesi bize göre mümkün olamayacaktır. Çünkü bu durumda maddi unsur olarak belirttiğimiz cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olduğundan söz edilemeyecektir.

Bize göre, evlilik birliği içerisinde eşlerden biri de bu suçun faili olabilecek; eşlerden birinin, diğerine maddi ve/veya manevi cebir kullanarak cinsel ilişkiye girmesi ırza geçme suçuna sebebiyet verecektir. Evli olan tarafların, birbirlerinden cinsel ilişkiyi talep hakları bulunmakla birlikte, bu haklarını karşı tarafın olumsuz iradesine rağmen zorla elde etme yetkilerinin varlığı kabul edilemez. Böyle bir zorlamayı, aile bireylerine kötü muamele ya da müessir fiil olarak değerlendirmenin de imkanı yoktur. Çünkü bu durumda cinsel özgürlük ihlal edilmiş, cinsel onur zedelenmiştir. Evliliğin, eşlerin birbirleri karşısında cinsel özgürlüğünü ortadan kaldırdığı düşünülemez.





## METROPOLİTEN ALAN YÖNETİM MODELLERİ İÇERİSİNDE TÜRKİYE METROPOLİTEN YÖNETİMLERİNİN YERİ VE YASAL ÇERÇEVESİ\*

Yrd. Doç. Dr. Halil KALABALIK\*\*

**ÖZET:** While there are many definitions of metropolitan area, a meaningful operational definition is more difficult to come by. Metropolitan government is regional government at some level between national government and local municipal government. It is difficult to prescribe any universally applicable criteria for drawing the boundaries of metropolitan government. Among the various criteria are: population size, population density, housing, transportation, communication facilities, market characteristics, distribution of industries, health and education opportunities. Any urban area becomes 'metropolitan' when it becomes heavily populated and its central and other outlying areas a high degree of economic and social interaction. Metropolitan integration stems largely from the contradiction between the underlying unity of metropolitan area and its fragmented governmental structure. To meet this, the experience of metropolitan governments around the world, a number of approaches are being tried an advocated. Some involve few or no changes in the structure of government within the area, while others call for fundamental alterations in the jurisdiction, structure, and functions of existing units. Devices the first category is single-tier metropolitan government which includes annexation, city-county consolidation. The second approaches to metropolitan governance is Two-tier metropolitan government which includes federation (jurisdictional fragmentation). The third category is voluntary metropolitan institutions which includes contracting for services, local government associations and sub-regional municipal associations and the last category is special purpose metropolitan agencies. In Turkey The Law of 3030, 1984, established federated forms of metropolitan government, called "büyükşehir". The division of metropolitan functions between a newly established metropolitan government, "büyükşehir" at the existing local municipal governments, called "ilçe belediyeleri". Each tier has owned its council and fragmented functions.

### GİRİŞ

Metropolitan yönetimler metropolitan alanların yönetiminin, diğer kentsel alanların yönetiminden farklılığının bir sonucudur. Diğer taraftan, metropolitan alanların yönetimi ile bu bölgelerde yürütülen kamu hizmetlerinin de önemli öl-

\* Bu makale, Yıldız Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Şehir ve Bölge Planlama Bölümü tarafından, 15-16 Ekim 1998 tarihlerinde düzenlenen "1. Metropolitan Alanlar Planlama Sorunları Sempozyumu"nda sunulan bildirinin tam metnidir.

\*\* Yrd. Doç. Dr. KTÜ - İ.İ.B.F, Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilimdalı

çüde ilişkisi vardır. Kentleşmenin hızla artması, kentlerin daha da büyümesi, yerel halkın hizmet taleplerinin mevcut yerel yönetimce karşılayamaz olmuş ve (belediye) sınırlarının dışında plansız ve düzensiz gelişmelere yol açınca, mevcut kent yönetiminin yeni oluşan kentsel alanların ihtiyaçlarını karşılamadığı görülmüş ve metropolis veya anakent vb. adlarla anılan yeni yerleşim yerlerinin yönetimi için özel modeller aranmaya başlanmıştır. Merkez kent çevresinde kurulan çok sayıdaki yerel yönetim ölçek ekonomisine olumsuz etkilerde bulunmuştur. Meropoliten sorunları çözülmesi, coğrafi birlik ve hizmetlerde koordinasyonun sağlanması, metropoliten alan ölçeğinde plan ve program yapan, kararlar alan ve bunları uygulayabilen bir kurumsal yapının doğmasını gerekli kılmıştır.

Metropoliten sorunlar temelde coğrafi birlik ve işlevsel koordinasyon sorunlarıdır. Bu sorunlara çözüm getirmek için uygulamada çeşitli kurumsal çözümler getirilmiştir. Bu bildiri de işte bu çözümler üzerinde durulacaktır. Türkiyede metropoliten alanlar için getirilen “büyükşehir belediyesi yönetimi”nin bu kurumsal çözümler içindeki yeri ve yasal çerçevesi tartışılacak, ortaya çıkardığı sorulara ve çözüm yollarına değinilecektir.

### I. METROPOLİTEN ALAN VE YÖNETİMİ KAVRAMI

Metropoliten alan yönetimini ne olduğunun anlaşılabilmesi için, öncelikle metropoliten alanın ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

#### A . Metropoliten Alan Kavramı

Literatürde «metropol», «metropoliten alan», «anakent», «büyükşehir» «anakentsel» «metropolis» gibi değişik kelimelerle birbirinin yerine kullanılan metropoliten alan kavramının çok çeşitli tanımları yapılmakla birlikte, ulusal ve uluslararası kabul görmüş veya görebilecek bir tanımını vermek oldukça zordur. «Metropolis» (metropoliten alan) Yunanca asıllı «metro» (ana, asıl) ve «polis» (kent/şehir) kelimelerinden oluşmuş ve ilk çağlarda kent devletlerini tanımlamak için kullanılmıştır.<sup>1</sup> Daha sonraları ise büyük yerleşim merkezlerini tasvir etmek için kullanıla gelmiştir. Aşırı derecede kentleşmiş bölgeler için «megapolis» veya «megapolis» (bitmeyen kent/engin kent) terimleri kullanılmaktadır.<sup>2</sup>

1959 yılından beri Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) metropoliten alanlar *Standart Metropoliten İstatistiksel Alan* (Standart Metropoliten Statistical Area -SMSA) olarak gösterilmektedir. ABD'de kabul gören tanımlamalardan

<sup>1</sup> EKE, Ali Erkan (1985) “*Anakent Yönetimi ve Yönetimlerarası İlişkiler: Batı Denevimi ve Türkiye*” Amme İdaresi Dergisi, Cilt 18, Sayı 4, s. 41.

<sup>2</sup> İlk olarak Eski Yunanda, kentlerin en büyüğü olarak tasarlanan bir kent devlete verilen megapolis adı, daha sonra ABD'de 7 eyaletin kentleşmiş yörelerini içeren ve 40 milyon üfusu kapsayan Kuzey - Doğu şeridinde, San Fransisko'dan San Diego'ya kadar olan Batı şeridinde denmektedir. En büyük megapolis, Tokyo, Osaka ve Kobe'yi içine ala Tokaido'dur. Ülkemizde ise, İzmit - Tekirdağ bölgesini gittikçe bir megapolise dönüşmekte olduğu söylenebilir. Bkz: EKE (1985), s. 42.

biri, Bütçe ve Yönetim Bürosu tarafından yapılmıştır. Bu tanıma göre, “Bir SMSA daima bir merkezî kent ve içerisinde yerleşmiş bulunan belirli nüfus büyüklüğündeki kent veya kentleri içerir. Bu alan ayrıca, merkezî kente oldukça yakın/komşu olan ve ekonomik ve sosyal açıdan merkezî kentle ilişkileri nedeniyle metropoliten özellik ve entegrasyon niteliği taşıyan *county*'leri de içerir.”<sup>3</sup> Metropoliten alanın bir diğer tanımı da şöyledir: En genel anlamıyla nüfusu yoğun olduğu ekonomik, sosyal ve yönetim açısından o bölgenin merkezi durumunda bulunan merkez kent veya kentlerin çevre kentleriyle oluşturdukları birimdir.<sup>4</sup>

Metropoliten alanın açıklaması şöyle yapılabilir: Bir metropol alanda çekirdek kent (merkezî kent) vardır. Bu merkezî kent adeta bir cazibe merkezidir. Bu merkezin etrafında yine irili ufaklı birçok kent bulunmaktadır. Ancak bu kentlerin varlığı ve yaşamı aslında cazibe merkezi olan merkezî kentten kaynaklanmaktadır. Uydu kentler denilebilecek diğerleri ile birlikte ele alınır ve bunların tamamı için ayrı bir yönetim tarzı benimsenirse, metropoliten alan kavramı ve yönetimi ile karşılaştırılır.<sup>5</sup>

ABD Nüfus Bürosu, metropoliten alanın tam bir tanımını yapabilmek için üç önemli ölçütün gerekli olduğunu belirtmektedir. Bunlar, nüfus, iş ve meşguliyet ilişkisi, merkezî kentle diğer kentlerin ilişkisidir. Nüfus açısından belirli bir yoğunluğa ulaşmış bir merkezî kentle, iş ve ekonomik bağlantıları yoğun olan başka kentlerin entegrasyonu ile metropoliten alanın oluşacağı belirtilmektedir.

Metropoliten alanların oluşumu ve gelişiminde iki ayrı gelişme göze çarpmaktadır:<sup>6</sup> Birincisi, metropoliten alanlar özellikle Avrupa ve Kuzey Amerika'da büyük kentler 18. ve 19. yüzyıl sanayi devriminin ve kırsal yörelerden kentlere doğru yoğun göçün sonucu olarak doğmuştur. Kentlerin bu aşırı nüfusu eritememesi, kent çevrelerinde plansız yerleşim alanlarının yaygınlaşmasına neden olmuş, zamanla bu alanlar biraz da merkezî yönetimlerin zorlama ve yarıdıkları ile kentlerin yönetim sınırları içine alınarak kentlerin nüfusu, hizmet yükü ve alanları genişletilmiştir.

İkinci gelişme ise şöyle olmuştur: Özellikle sanayileşmiş ülkelerde kentler ve çevresinde oluşan «*banliyö*», «*yatakhane kenti*», «*uydu kent*» gibi adlarla a-

3 BLAİR, George S. (1981) Government at the Grass - Roots, Third Edition, Palisades Publishers, California, s. 150; ABD'de Metropoliten alan tanımı hakkında geniş açıklamalar için bkz: İSPIR, Eyüp (1982) Kentleşme, Metropoliten Alan ve Yönetimi, AİTİA Yayını No: 185, Ankara, s. 71.

4 İSPIR, Eyüp (1991) Şehirleşme ve Meseleleri, İkinci Baskı, Ankara s. 185; Aynı tanım için bkz: İSPIR, Kentleşme, s. 71. Diğer tanımlar için bkz: NADAROĞLU, Halil (1994) Mahallî İdareler, Teorisi, Ekonomisi, Uygulaması, 5. Baskı, İstanbul, s. 111; GÖRMEZ, Kemal (1993) “Türkiye’de Anakent Yönetiminin Sorunları”, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt2, Sayı 1, s. 20.

5 NADAROĞLU, s. 111.

6 EKE (1985), s. 41-42.

nilan yerleşim alanları, kentlerin sorunlarından kaçmak, sahip oldukları görece iyi sosyo-ekonomik imkânları kentlerle paylaşmamak için kendi yerel yönetimlerini kurmuşlar, kentlerle birleşmeme yolunu seçmişlerdir. Bu gelişmenin sonucunda, birbiri ile ekonomik, sosyal ve hatta organik bütünlük içinde bulunan bu kentsel alanlarda sorunların büyük bir bölümünün ortak olmasına karşılık, birbirinden bağımsız, parasal açıdan yetersiz çok sayıda yönetim doğmuştur. Örneğin ABD’de metropolitan alanlarda pek çok yerel yönetim birimi bulunmaktadır. 1972 yılında kurulan 212 metropolitan alan içerisinde 25.869 farklı yönetim birimi bulunmaktaydı. Her bir metropolitan alana yaklaşık olarak 90 yönetim birimi düşmekteydi.<sup>7</sup>

### B - Metropolitan Yönetimi Kavramı Ve Önemi

Kentlerin büyümesiyle kentsel hizmetlerin yerine getirilmesinde verimliliğin ve etkinliğin sağlanması arasında yakın bir ilişki vardır.<sup>8</sup> Aynı şekilde, metropolitan alanın yönetim şekli ile buralarda yürütülen kamu hizmetleri birbirlerini önemli ölçüde etkilemektedirler. Özellikle bu alanda yürütülen hizmetlerin, metropolitan alanın yönetim şekline etkisi büyüktür.<sup>9</sup> Metropolitan alanlar kamu hizmetlerinin hepsi ya da büyük bir kısmı için ortak bir alandır. Bu nedenle, bütün ülkelerde devlet kentlerin kurumsal düzenleme biçimleriyle yakından ilgilenmek durumundadır. Bu ilgi, büyüklük ve hizmet ilişkilerinin akılcı düzenlenmesi gerekliliğini yanı sıra demokratik katılımın yönünü etkileyebilme hedefiyle de yakından ilgilidir. Metropolitan alanlarda kamu hizmetleri, kendilerinin yerine getirilmesini sağlayan belirli otoritelerin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu otoriteler ya “*özel amaçlı otoriteler*” (ad hoc authorities) ya da “*çok amaçlı otoriteler*” (multipurpose authorities) şeklinde teşkilatlanarak bu hizmetleri yerine getirmektedirler.<sup>10</sup>

Nüfus bakımından oldukça yoğunlaşmış ve kent merkez ile kentin merkezinden uzakta olmasına rağmen, kent merkezi ile ekonomik ve sosyal yönden karşılıklı etkileşim içerisinde bulunan alanlarda metropolitan yönetimi kurulabilir. Hatta bu alanın imarının yapılması ve kalkındırılması için metropolitan yönetimin kurulması idarî bir zorunluluk olarak da ele alınabilir. Diğer taraftan, bir

7 Yönetim dizgeleri ile metropolitan sorunlar arasında yakın bir ilişki vardır. Ancak, bütün metropolitan alanla ilgili temel sorunları çözecek herhangi bir kamusal kuruluşun bulunmaması yönetsel bir boşluk doğuruyordu. Diğer taraftan yerel fonksiyonlara bir parçalanmışlık vardı. Zira, her yerel yönetim birimini kendine özgü sınırları vardı. Geniş bilgi için bkz: BLAIR, s. 155.

8 TOPRAK, Zerrin (1990), “Büyükkent Yönetim Sistemi ve Kent Yönetiminde Ekonomik Kararların Etkinliği”, Kamu Yönetimi 1. Kitap, (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990), Ankara, s. 915-916.

9 İSPİR, Kentleşme, s. 115.

10 İSPİR, Kentleşme, s. 115.

bölgede metropoliten alan yönetiminin, merkezî yönetim tarafından siyasî amaçlarla kurulması da mümkündür.<sup>11</sup>

Metropoliten yönetim, merkezî yönetim ile yerel belediye yönetimi arasında bulunan bölgesel bir yönetimdir. Federal bir yapıya sahip ülkede metropoliten yönetim düzeyi eyalet (federe devlet, özerk bölge, kanton, land vs.) düzeyi veya il yönetim düzeyi ile yerel belediye yönetim düzeyi arasında bir yerde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, metropoliten yönetimlerinin sınırlarını tayin etmek üzere evrensel düzeyde kabul edilebilecek bir kriter bulmak oldukça zordur. Metropoliten yönetimlerin sınırlarının tayinini gerçekleştirmek için değişik ülkelerde kabul edilen kriterler olarak şunlar verilebilir: Nüfus büyüklüğü, nüfus yoğunluğu, konut, ulaştırma ve iletişim faaliyetleri, market özellikleri, ticaret şekilleri, sanayinin, sağlığın ve eğitim faaliyetlerinin dağılımı.<sup>12</sup> Bu nedenle, her ülkedeki bir metropoliten yönetimin sınırları o ülkenin koşullarına bağlı olarak belirlenmektedir.

## II. METROPOLİTEN YÖNETİM MODELLERİ

Metropoliten yönetimin, dünyadaki gelişme seyri de dikkate alınarak değişik örgütsel ve kurumsal şekilleri ortaya çıkmıştır. Metropoliten yönetimler için model aranırken, o toplumun tarihi, siyasî, idarî faktörleri şüphesiz dikkate alınmaktadır.<sup>13</sup> Bu faktörlerin bileşimi ve değerlendirilmesine göre birçok metropoliten yönetim türleri ortaya çıkmıştır. Metropoliten yönetimler, bir taraftan zorunlu veya isteğe bağlı; diğer taraftan da kanunla kurulan bir temele sahip olan metropoliten yönetimler ve kanunla kurulan bir temele sahip olmayan metropoliten yönetimler diye sınıflandırılmaktadır. Zorunlu ve kanunla kurulan metropoliten yönetim türleri arasında da bir ayırım yapılmaktadır. Zira çoğu durumlarda metropoliten yönetimin nihai kurumsal şekli bir kanundan veya başka bir düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu noktada metropoliten alanda bulunan yerel yönetimlerin görüşü alınmadan veya gerekli mutabakat sağlanmadan, devletin zorlaması ile kurulan metropoliten yönetimlerle, mevcut yerel yönetimlere danışılması, görüşlerinin alınması, ve belli bir mutabakatın sağlanması sonucu kurulan kurumsal metropoliten yönetimler arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu sınıflandırma çerçevesinde metropoliten yönetimin kurumsal şekilleri ele alınırken başka bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımı zorunlu, isteğe bağlı ve kanunla kurulu şekilleri daha sağlıklı bir sınıflandırmada ve dört kategori altında birleştirilmektedir. Bunlar: Tek kademeli metropoliten yönetimler, iki kademeli metropoliten yönetimler, isteğe bağlı metropoliten yönetimler ve özel a-

<sup>11</sup> MUKHOPADHYAY, Asok (1988), "Metropoliten Government: Problems ad Prospects", The Idia Journal of Public Administration, Vol. XXXIV, No 1, s. 18.

<sup>12</sup> BOLLENS, J. C. - SCHMANDT, H.J. (1965) The Metropolis: It's People, Politics ad Economic Life, N.Y. Harper, s. 6-7.

<sup>13</sup> TOPRAK, Büyükkent Yönetim Sistemi, s. 917.

maçlı kuruluşlar.<sup>14</sup> Şimdi bu modeller hakkında kısa açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

### A - Tek Kademeli Metropolitan Yönetimler

Tek kademeli metropolitan yönetim, bazı yerel hizmetler bakımından metropolitan alanın tamamını kapsaya bir niteliğe sahiptir. Diğer bir ifadeyle, metropolitan alanda yürütülmesi gereken kamu hizmetleriyle ilgili planlama, teşkilatlanma ve karar verme gibi bazı yetkilerin kullanılmasının yeni kurulan bu metropolitan yönetime geçtiği kabul edilir.<sup>15</sup>

Tek kademeli metropolitan yönetim biçimlerinin üçünü burada ele almak istiyoruz. Bunlardan ilk ikisi olan “kaynaşma/katma” ve “şehir/county birleşmesi” aslında bir süreci oluşturmaktadır ve aynı türün değişik kolları hüviyetindedir. Bu iki yönetim şekline daha çok ABD’de rastlanmaktadır. Bu metropolitan yönetim biçimlerinin her ikisinde de parçalar halindeki yerel yönetimlerden kurumsal yeni bir metropolitan yönetim oluşturulmaya çalışılmaktadır. Böylece bir merkezî kentin sınırlarını aşan bir yerleşme sürecinin üstesinden gelmeye yönelik somut usulleri temsil etmektedir. Nispeten az nüfuslu metropolitan alanlar açısından en uygun model, tek kademeli yönetim biçimidir. Ancak bu yönetimler, coğrafi yönden son derece geniş bir alanda tek bir yönetimin bulunmasından kaynaklanan, tüm alana erişme zorluğu gibi güçlükler, yerinden yönetim çabalarını bu alanlarda zorunlu kılmaktadır.<sup>16</sup>

#### 1. Katma/Kaynaşma

Katma (annexation), metropolitan yönetim oluşturulması amacıyla birbirine komşu iki veya daha fazla belediyenin veya bir kısmının veya tamamının, muhtemelen lağvedilmeleri suretiyle birleştirilmesi<sup>17</sup> veya bitişik bir bölgenin

14 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği (1987) *Metropolitan Yönetim: Dünya’da ve Türkiye’de*, İstanbul s. 16. Bir diğer sınıflandırmaya göre, metropolitan yönetim modelleri şu şekilde gruplandırılmaktadır: 1) Geçici küçük ölçekli çözümler: Yönetimlerarası hizmet anlaşmaları, kentsel birlikler ve kurullar, özel amaçlı metropolitan örgütler; 2) Uzun süreli köklü çözümler: Birleştirmeler ve yerel federasyonlar. EKE (1985), s. 46; EKE, Ali Erkan (1982) *Anakent Yönetimi ve Yönetimlerarası İlişkiler*, AUSBF Yayını No. 105, Ankara, s. 17; KELEŞ, Ruşen (1988) *Türkiye’de Kent Yönetimi*, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Ankara, s. 16; İSPİR, s. 185; TOPRAK, Büyükkent Yönetim Sistemi, s. 917; GÜLER, Birgül (1987) “Büyük Kentler için Yönetim Arayışları” *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 59, Sayı 374, s. 118. KELEŞ ise, metropolitan yönetim biçimlerini dört sınıfa ayırmaktadır: Birincisi, hizmet birliklerinin oluşturulmasıdır. İkincisi özel amaçlı örgütler kurmaktır. Üçüncüsü, il özel idarelerinin bulunduğu ülkelerde, metropolitan alanlarında belediyeler ile il özel idarelerini ortak bir yönetim oluşturacak şekilde birleştirmektir. Son model ise, federatif yapıya dayanmaktadır. KELEŞ, Ruşen (1990), *Kentleşme Politikası*, İmge Kitabevi, Ankara, s. 232.

15 İSPİR, Kentleşme, s. 118-119.

16 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, *Metropolitan Yönetimi*, s. 17.

17 LEEMANS, A.F. (1987) *Changing Paterns of Ldcal Government*, IJULA, The Hague, s. 85.

mevcut yerel yönetim birimine (belediyeye) katılmasıdır.<sup>18</sup> Diğer bir ifadeyle, bir veya birden çok belediyenin veya kentin bir başka belediye veya kentin kapsamına geçmesi veya birden çok belediyenin tek bir yerel yönetim birimi halinde kaynaşması ile yeni bir yerel yönetim meydana gelir.<sup>19</sup> Son yıllarda Belçika, Danimarka, İngiltere, Batı Almanya, Hollanda, Norveç ve İsveç'te gerçekleştirilen yerel yönetim reformlarında kaynaşma yöntemi yaygın olarak kullanılmıştır. Örneğin, Almanya'da 1968'de 24 282 olan belediye sayısı, birleştirme sonucunda 8500'e indirilmiştir. İsveç'te ise 1964'te 1006 olan belediye sayısı, birleştirme reformları sonucunda 278'e, Norveç'te ise 1951'de 744 olan belediye sayısı 451'e indirilmiştir.<sup>20</sup>

Katma veya kaynaşma süreci sonucunda ilgili belediyeler daha önceki kimliklerini, yetkilerini ve özerkliklerini kaybederek genellikle daha büyük veya yeni bir belediyenin parçası haline gelmektedirler. Ancak, katılan veya kaynaşmaya konu olan alan genellikle katma veya kaynaşma sonucu ortaya çıkan genişlemiş şehrin bir yöresi, şubesi veya bir ilçesi olarak aynı adla kimliğini sürdürmektedir. Yeni yerel yönetim biriminin büyüklüğünün bir ölçüde idarî yerinden yönetimi gerekli kılması halinde, önceki hizmet sınırları, idarî hizmet bölgelerinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. Batı Almanya'da *Köln* ve *Duisburg* bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır.<sup>21</sup> Büyük merkezlerin daha da büyümesini sağlayan katma sürecinin önemli uygulamalarına ABD'de rastlanmaktadır. Örneğin 1977 yılında 2500 veya daha fazla nüfuslu 102 yer birbiri-ne katılmıştır. Çok geniş katma yapılan bölgelerden en önemlileri *Huston, Teksas* tir.<sup>22</sup>

Bir kentin çevresindeki belediyeleri "katma" suretiyle daha büyük belediye sınırları içine almanın güzel bir örneği 1980 yılında Türkiye'de gerçekleşmiştir. Aralık 1980 tarihli ve 34 sayılı kararla *Millî Güvenlik Konseyi*'ne mahallî idare özerkliğine keyfî müdahale imkânı tanınmıştır. Bu kararla, Konsey, büyük kentlerin çevrelerindeki bazı belediye ve köylerin tüzel kişiliklerini, gerekli gördükleri takdirde kaldırmaya, sıkıyönetim komutanlarını yetkili kılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, her ne kadar, düzensiz kentleşmenin sonucu olan büyük kentlerin yakınında oluşan yerleşmelerin, su, kanalizasyon ve ulaşım gibi temel hizmetlerini bir bütünlük içerisinde çözmek ise de, sıkıyönetim komutanları, ye-

---

BLAIR, s. 158.

İSPİR, Kentleşme, s. 119; Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 17; LEEMANS, s. 85.

Avrupada yapılan yerel yönetim reformları hakkında geniş bilgiler için bkz: Coucil of Europe (1983), The Reforms of Local and Regional Authorities in Europe, Theory, Practice and Criticalm Appraisal, Strazbourg, s.

Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 17.

BLAIR, s. 159.

rel özerkliğe ve yerel yönetimlerin tüzel kişiliklerine keyfi şekilde müdahalelerde bulunabilmişlerdir.<sup>23</sup>

## 2. Kent/County Birleşmesi

Kent/County birleşmesi ara kademe yerel yönetim biriminin (county, district, kreis) yapısına ve büyüklüğüne bağlıdır. Bu tür metropolitan yönetimlerinin kurulması yoluna, geniş ve büyük kentlerin sınırlarının, *county* veya *district* yönetimlerinin sınırlarıyla aynı olmaması kamu hizmet ve politikalarının koordinasyonunun sağlanamaması nedeniyle başvurulmaktadır. Bu durum özellikle kentin dışında gelişen ve bu nedenle kentin yetki alanı dışında kalan «*yatakhane belde*»lerde apacık görülmektedir.<sup>24</sup> Kent/County birleşmesi, normal bir katma/kaynaşmadan kaynaklanan kimlik kaybı gibi bazı sonuçların doğmasına engel olunması amacıyla başvuru bir usuldür.<sup>25</sup> Bu tür metropolitan yönetim biçiminde, hem kent hem de county meclisi doğrudan doğruya kendi seçmen çevreleri tarafından seçilmektedir. Kanunen her biri ayrı bir yerel yönetim birimidir ve aralarında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Sadece, yol yapımı, sağlık ve itfaiye hizmetleri gibi bazı hizmetler bakımından her iki yerel yönetim birimi arasında işbirliği vardır.<sup>26</sup> Bu tür metropolitan yönetim biçimine daha çok ABD'de rastlanmaktadır. Örneğin, *Florida*'da *Jacksonville/Duval County*, *Nevada*'da *Las Vegas/Clare County*, *İndiana*'da *Indianapolis/Marion County* bunun yeni örnekleridir. 19.yüzyılda ise *New Orleans*, *Boston*, *Filadelphia*, *San Francisco* ve *New York* önemli birleşmeler olarak tarihe geçmiştir.<sup>27</sup>

Kent/county birleşmeleri genellikle hizmetlerin yerine getirilmesiyle mali sorunların yerel olarak kabul edilmişinden, özellikle sunulan hizmetlerle bu hizmetlerin getireceği maliyet yüküne ilişkin karşılıklı denge kaygısından kaynaklanmıştır.<sup>28</sup> Metropolitan örgütlenmeye kent/county birleşmesi açısından yaklaşımın ilginç bir örneğine *Dublin*'de (İrlanda) rastlanılmaktadır. Burada daha yüksek bir yönetim kademesi oluşturulmadığı gibi, şehri kuşatan metropolitan alan - *Dublin* kenti ve *Dublin County*'si sınırları içindeki iki yerel yönetim biriminin kaynaşması da sözkonusu değildir. Hem kenti, hem de county'yi yöneten

23 Millî Güvenlik Konseyi, Aralık 1981 yılında çıkardığı 2561 sayılı Kanun ile de, bu katma konusunu daha sistemli ve ayrıntılı olarak düzenlemiş idi. Ancak, yerel demokrasi ve yerel özerkliğe aykırılık açısından, 34 sayılı Karardan pek farkı yoktu. KALABALIK, Halil (1996), Yerel Yönetimlerde Özerklik Sorunu, S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s.

24 LEEMANS, s. 164.

25 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 17.

26 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 19.

27 LEEMANS, s. 164; BLAIR, s. 163.

28 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 18



ortak bir yönetici ve yardımcısı vardır. Bu en üst yönetim düzeyinde birleşmeden ziyade, her iki siyasal - idarî kuruluşun ayrı varlık taşıması söz konusudur.<sup>29</sup>

### 3. Yerinden Yönetim Esasına Dayalı Tek Kademeli Metropolitan Yönetim

Bu tür metropolitan alan yönetim modelinde karar oluşturma ve hatta yerel düzeyde hizmet ifa etme konularında sorumluluk yerel birimlere dağıtılmaktadır. Sorumluluğun yerel birimlere dağıtılması (=yerinden yönetim) oldukça geniş ölçüde değişiklikler gösterir. Karar oluşturma, yetki kullanımının ve bütçenin bazı veya bütün unsurlarını içerebilir. Tek kademeli metropolitan yönetim metropolitan alanın bütününe yönelik olarak oluşturulmakta ve sonra yetki ve sorumluluk devri (yerinden yönetim) gerçekleşmektedir.<sup>30</sup>

Bu tür metropolitan yönetimlere, *Winnipeg* (Kanada) gibi, bir zamanlar iki kademeli federasyon federasyon olup da sonradan tek kademeli bir metropolitan alan haline gelmiş metropolitan yönetimleri örnek olarak verilmektedir.<sup>31</sup> Bu tip metropolitan yönetim, yerinden yönetim unsurlarını da içeren eskiden beri tek kademeli bir nitelik taşıyan kentleri de kapsar. Bunların örnekleri arasında Viyana (Avusturya), Paris (Fransa), Oslo (Norveç), Roma, Polonya ve Floransa ve diğer İtalyan kentleri ve çoğu Batı Almanya kentleri sayılabilir.

İkinci bir örnek olarak *Viyana* kenti verilebilir. Avusturya Federal Cumhuriyetinin başkenti durumunda olan Viyana hem bir eyalet hem de bir yerel yönetim birimidir. Bu nedenle hem belediye ve hem de eyalet sorumluluklarına sahiptir. Şehir 23 ilçeye ayrılmıştır. Her bir ilçenin başında bir ilçe başkanı bulunan bir ilçe meclisi vardır. Yerel halk İlçe Meclisi üyelerini ve onlar da İlçe Başkanını seçerler. İlçe meclislerinin karar oluşturma yetkileri sınırlıdır, ancak yerel konularda bu meclislere bilgi verilmesi ve danışılması gerekir.<sup>32</sup>

---

Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 18. İlginçtir ki, İngiltere'de aynı ilişki county'lerle borough'lar arasında bulunmasına rağmen, kent/county birleşmesine rastlanılmamaktadır. LEEMANS, s. 164.

Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 19.

1971 yılında Winnipeg'i on üç belediyeden oluşan iki kademeli metropolitan yönetim sistemi kaldırılmış ve tek bir kent oluşturulmuştur. Winnipeg kenti Manitoba Eyaletinin hem başlıca ket merkezi hem de başkentidir. İlgili mevzuat gereğince kent alanının bütünü her biriyle ilgili meclis üyelerinin oluşturduğu komiteleri bulunan alt-bölgelere ayrılmıştır. Topluluk komitelerinin başlıca görevi yerel bölgeleme (zoning) işlemleri ve parklardır. Başlıca görevleri, bağlı oldukları yerel alt-bölgedeki bütçe ve harcamalar da dahil hizmetin sunulmasını izlemek ve ilgili olduğu konularda bir ölçüde doğrudan denetim uygulamaktır. Komitelerin yanısıra bir de yöre sakileri danışma grupları vardır. Bu gruplarda hemşhirlere seçilmiş temsilciler birlikte çalışırlar. Bkz: Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 19.

Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 19.

## B - İki Kademeli Metroliten Yönetimler (Jurisdictional Fragmentation - Two-Tier Systems)

Metroliten kent yönetimine bir diğer yaklaşım, bazı metroliten alanların iki-kademeli yönetim birimine sahip olması, metroliten yetki ve sorumlulukların parçalanması esasına dayanmasıdır.<sup>33</sup> Bu alanlarda görev ve sorumluluklar, metroliten alan ölçeğindeki sorunlarla ilgilenmek üzere oluşturulan genel nitelikteki çok amaçlı bir yönetim kademesine devredilmiştir. Bu metroliten kademe mevcut yerel yönetimlerin üstünde yeni bir yönetim kademesi teşkil etmektedir.

İki kademeli metroliten yönetimi gelişmekte olan ülkelerde pek yaygın değildir. Örneğin, Metroliten *Manila* içerisinde dört kentte ve 13 belediyede bu sistem işlemektedir; *Sao Paulo* belediyelerinin 1/30'u 100.000'i aşan nüfusa sahiptir; Tunus 13 belediyeden ibarettir. Buna karşılık pek çok gelişen ülke kentlerinde bu modelin uygulamalarına da rastlanabilmektedir. Dhaka, Lagos, Madras, Medellin ve Rio de Janeiro bunların örnekleridir.<sup>34</sup>

İki kademeli metroliten yönetimler, özel amaçlı metroliten kuruluşların aksine, kentleşmenin tabî sonucudur. Kentleşme ise, yetkili ve sorumlu olduğu sınırlar değişmeksizin, merkezî kentin kendisini çevreleyen küçük merkezlerin dışına ve kırsal alanlara doğru genişlemesi sonucunda oluşmaktadır.

İki kademeli metroliten yönetim yapısının yararı, daha küçük yerel yönetimler kurulması suretiyle yönetimin halka daha yakınlaşmasıdır.<sup>35</sup> Sakıncası ise, metroliten alanda görevler ve yetkiler, malî kaynaklar çok sayıda küçük yerel yönetim arasında paylaştırılmış bulunduğundan, metroliten alanlarda görülen çok sayıda kamu yönetimi olgusu, yerel hizmetlerde verimliliği ve etkinliği sağlamayı güçleştirici bir sonuç doğurabilmektedir. Zira, bütün hizmetler için uygun (optimal) bir kent büyüklüğü tespit etmek mümkün olmamakla, çoğu yerel hizmetler bakımından kentin büyüklüğü yararlı olmakla birlikte (economies of scale), aşırı büyüklük, verimsizliğe (diseconomies of scale),<sup>36</sup> vergi yükü bakımından metropol içindeki yerel yönetimler arasında eşiksizliklere<sup>37</sup> neden olabilmektedir. Ayrıca üst-kademe yönetimlere, alt-kademelere oranla geniş yetkiler

33 BAH, Roy W. -LİNN, Johannes F. (1992), Urban Public Finance In Developing Countries, Oxford University Press/The World Bank, s. 409.

34 BAH - LİNN, s. 409.

35 BAH - LİNN, s. 409.

36 EKE (1985), s. 44-45.

37 BAH - LİNN, s. 409.

verilirse, her iki kademe arasında eşitlik beklentisi o metropoliten alandaki siyasî dengeye bağlıdır.<sup>38</sup>

İki kademeli metropoliten yönetimlerin türleri olarak yerel federasyonlar, metropoliten birlikler ve kent/county birlikleri üzerinde durulacak ve bu türün belli başlı uygulamalarından örnekler verilecektir.

### 1. Yerel Federasyonlar (Local Federations)

Yerel federasyon türü metropoliten model, metropoliten sorunları çözmek üzere yerel yönetimlerin birleştirilmesi yerine mevcut yerel yönetimler ile eyalet ya da merkezî yönetim arasına bölgesel nitelikli bir metropoliten yönetim kademisinin kurulmasını öngörür.<sup>39</sup> Metropoliten yönetim, yerel birimlerin temsilcilerinden oluşur. Bu üyeler metropoliten meclise yerel halk tarafından seçilmiş kimseler olabileceği gibi, yönetimde üst düzey görev alanlar arasından atamış da olabilir.<sup>40</sup> Model, kentsel fonksiyonların yeni kurulmuş metropoliten yönetim ile mevcut yerel yönetimler arasında bölüşülmesi esasına dayanmaktadır.<sup>41</sup> Özellikle 2. Dünya savaşından sonra yaygınlaşan bir düzenleme ile metropoliten sorunlar ve bunlarla ilgili yetki ve sorumluluklar iki kademeli bir yönetim yapısı arasında paylaştırılmaktadır. Tüm bölgeyi ilgilendiren stratejik konulardan sorumlu bir metropoliten yönetim kurulurken, daha yerel nitelikli, küçük ölçekli görevler alt yerel birimlere bırakılmaktadır. Diğer bir deyimle, tüm metropoliten bölgeden sorumlu olarak üst düzeyde genel amaçlı bir yerel yönetim kurulmakta ve bu yönetim planlama, eğitim, altyapı gibi stratejik hizmetler üstlenmektedir. Buna karşılık, alt düzey yerel yönetimler ise tali yollar ve kanallar, cadde ve sokakları temizliği, aydınlatma, çöp toplama ve dağıtım gibi hizmetleri yürütmektedir.<sup>42</sup>

İki kademeli federatif yönetim modelinin en eski örneği, 1954 tarihli Metropoliten Toronto Belediyesidir. Kanada'da Toronto'nun yanı sıra, Montreal, Vancouver, Ottawa-Hull, Quebec kenti ve Hamilton iki kademeli metropoliten yönetime sahiptir. Kanada federatif bir yapıya sahip olduğu için belediyelerle ilgili düzenlemeler eyalet kanunları ile düzenlenmektedir. *Toronto* metropoliten yönetimi altı belediyeden oluşmaktadır. 40 üyeli Toronto Metropoliten Meclisi, belediye başkanlarından ve belediye meclislerinin seçilmiş üyelerinden ve Metropoliten Meclisin üyeleri tarafından seçilen Başkan'dan oluşmaktadır. Meclis, metropoliten yönetimin en yüksek karar organı konumundadır. Metropoliten a-

38 KEATING, Michael (1991) Comparative Urban Politics, Power and the City in the United States, Canada Britain and France, Edward Elgar Publishing Company, Old Post Road/Brookfield/Vermont, s. 129.

39 EKE, (1982), s. 27.

40 BLAİR, s. 166.

41 BLAİR, s. 166.

42 EKE 51982), s. 27; İSPİR, Kentleşme, s. 125.

lanla ilgili politikaları onaylar, gelir ve giderlerin artırılması konusunda yetki verir. Meclis komiteler aracılığıyla faaliyetlerini yürütür. Komiteler onaylanmak ve uygulanmak üzere meclise tavsiyelerde bulunurlar. Metropolitan Meclisin başkanı, görevi dolayısıyla her bir komitenin üyesi ve her komitede oy hakkına sahip olduğu için güçlü konumdadır. Kanada'daki iki kademeli metropolitan yönetimler doğrudan bir vergileme sistemine sahip değildirler. Metropolitan birimler metropolitan düzeydeki harcamaları yerel belediyeler arasında paylaşırlar, onlar da vergileri toplar. Gelirler, aynı zamanda su tedariki gibi hizmet karşılıklarından ve eyalet yönetiminden gelen yardımlardan sağlanmaktadır.<sup>43</sup>

Toronto Metropolitan Yönetiminin görevleri şunlardır: Ulaşım ve taşımacılık hizmetleri, trafik denetimi, kanalizasyon hizmetleri, çöplerin imhası, ambulans hizmetleri ve sosyal hizmetler. Bazı görevler ise bir bölümüyle metropolitan yönetimin sorumluluk alanına girmekle birlikte, aynı zamanda yerel kademe birimleri tarafından da yürütülmektedir. Bunlar, parklar, kütüphaneler, dinlenme ve topluluk hizmetleri, planlama ve bölgeleme hizmetleri ve ekonomik gelişmeyle ilgili hizmetlerdir. Yerel kademenin sorumlu olduğu hizmetler ise, itfaiye, otopark, su dağıtımı, sokak temizliği, çöp toplama hizmetlerinden, halk sağlığı denetimi, maliye ve vergileme faaliyetlerinden ibarettir.<sup>44</sup>

Londra'da 1986 yılına kadar iki-kademeli metropolitan sistemi (yerel federasyon) uygulamıştır. 1889 tarihli Yerel Yönetimler Kanunu ile, daha önce kurulmuş bulunan Londra Kent Meclisinin altında görev yapmak üzere "büyükşehir ilçe belediyeleri" (Metropolitan Boroughs) kurulmuştu. Böylece Londra'da iki-kademeli yerel yönetim sisteminin temelleri atılmıştı. 1964 yılında yapılan yeni düzenlemelerle Londra Metropolitan Meclisi (Greater London Council) kurulmuş, kent ölçeğinde yönetim, planlama ve koordinasyon görevleri bu Meclise verilmişti. Çeşitli nedenlerle Londra Metropolitan yönetimi 31 Mart 1986 yılında feshedilmiş, görevleri yeni kurulan özel amaçlı birtakım kuruluşlarla ilçe belediyeleri arasında paylaştırılmıştır.<sup>45</sup>

43 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 93.

44 ZIMMERMAN, Joseph F. (1986), *Participatory Democracy*, Praeger Publishers, New York, s. 174; Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 93.

45 Örneği, daha önce Londra Metropolitan Yönetimine ait ola konut, yargu yönetimi, parklar, kütüphane ve galeriler ilçe belediyelerine verilirken; itfaiye, yeni kurulan Londra İtfaiye ve Sivil Savunma Teşkilatına, planlama hizmeti Çevre Bakanlığı ile Londra Planlama Danışma Komitesine verilmiştir. Londranın eski ve yeni kent yönetimi hakkında bkz: UYANIK, Sırrı (1993) "Londra'nın Yerel Yönetimi (İki Kademeli Yönetimin Sonu ve Şu Andaki Durum)", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 2, Sayı 5, s. 23-26; TORTOP, Nuri (1993) "Londra Büyükşehir Yönetimi", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 2, Sayı 1, s. 3-8; TRAVERS, Tony (1989) *The Threat to the Autonomy of Elected Local Government*, The New Centralism, Colin Crouch & David Marquand (Ed.) Basil Blackwell, Kent/Great Britain, s. 3-20; LOUGHLIN, Martin (1986), *Local Government in the Modern State*, Sweet & Maxwell, s. 7-10.

## 2. Metropolitan Birlikler

Metropolitan birliklerin, iki kademeli metropoliten yönetimler içinde yer almakla birlikte, diğerleriyle bazı farkları bulunmaktadır. Bu modelin örneği, ABD’de ve belki de dünyada benzersiz bir nitelik taşıyan *Minneapolis/St. Paul* ikilisinin oluşturduğu metropoliten modelidir. Minnesota’da (ABD) iki kentten oluşan metropoliten yönetim, 2 milyonu aşan dağınık bir nüfusa sahip geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu model, birbirine komşu iki büyük kentten (Minnesota/St. Paul) oluşmaktadır. Metropoliten yönetimin kurulması mevcut belediye kuruluşlarının varlığını sona erdirmemiştir, Bu yönetim modeli niteliği itibarıyla çok işlevlidir ve bölgenin bütününe yönelik olarak stratejik planlama sorumluluğuna sahiptir. Metropoliten Meclisin görevleri şunlardır: Metropoliten alan gelişme rehberinin hazırlanması, yerel yönetim planlarının onaylanması, Ulaşım, su ve parkların denetimi gibi üç metropoliten komisyonların koordinasyonunun sağlanması, yerel yönetimlerin, özel bölgelerin ve eyalet birimlerinin proje ve faaliyetlerin metropoliten alan bakımından öneminin belirlenmesi, yardım başvurularının gözden geçirilmesi, konut ve park hizmetleri için ve genel araştırma ve yardım sağlanması.<sup>46</sup> Bu modelde, 13 kişiden oluşan metropoliten meclis üyeleri Vali tarafından dört yıllık bir süre için seçilir. Bu üyelere Vali tarafından atanan birisi başkanlık yapar, diğer 12 üye ise district’leri (ilçe) temsil eder. Başkan Valiye bağlı olarak çalışır.<sup>47</sup>

## 3. Şehir/County Birliği

İki kademeli metropoliten yönetim türlerinden birine de Batı Almaya’da Aşağı Saksonya eyaletinde rastlanmaktadır. Bu modelde, eyalet yasası gereğince, bir kentle bir county bir “birlik” oluşturmaktadır. *Hannover* Metropoliten alanında 1962 yılından bu yana bölge ölçeğinde bir ikinci kademe birimi bulunmaktadır. Metropoliten alandaki nüfusun yarısının Hannover kentinde, kalanı da Hannover County’de oturmaktadır. 1974’den 1980’e kadar bu ikinci kademe birim doğrudan seçilen 75 üyeli bir meclise sahipti. Kentin ve County’nin isteklerine rağmen bu meclis modeli eyalet kanunlarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Bugün Mecliste, yarısı Hannover Kenti tarafından ve yarısı da County tarafından atanan 28 üye bulunmaktadır. Statü ve yetki bakımından otorite olmaktan çıkarılan ve “ortak kurul” niteliği kazandırılan kuruluş, toplu taşımacılık, ekonomik gelişmelerin özendirilmesi, alt-bölgesel planlama ve bölge çapındaki dinlenme-eglenme tesisleri faaliyetlerini yürütmektedir. Kentin ve County’nin vergi gelirlerinin sabit bir yüzdesi bu ortak kurula ödenmektedir.<sup>48</sup>

5 BLAİR, s. 162.

7 BLAİR, S. 162; Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 22.

8 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 222

## C - İsteğe Bağlı - Gönüllü Metropolitan Kuruluşlar

### 1. Yönetimlerarası Hizmet Anlaşmaları

Yönetimlerarası hizmet anlaşmaları uygulaması, yerel yönetimleri kendi aralarında, eyaletle ya da diğer komşu ve özel kuruluşlarla hizmet alım satımı için yapılan anlaşmalardır. Bu yolla belirli bir yerel hizmeti ya da hizmetleri yerine getiremeyen, pahalıya maleden ya da istenilen nitelikte ve kalitede yapamayan yerel yönetimler bu hizmetleri satın almak üzere anlaşmalar yapmaktadırlar. Böylece yerel yönetim kendi özerkliğini ve yapısını koruduğu gibi, bu tür hizmetlerden yerel halkın yararlanmasını da sağlamış olmaktadır.<sup>49</sup> Ayrıca, kaynak israfını önlenmesine, özel amaçlı metropoliten kuruluşlarının kurulma ihtiyacının ortadan kalkmasına da hizmet etmektedir.<sup>50</sup> Yönetimlerarası hizmet anlaşmalarının bazı sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Yerel topluluklar arasında çıkar anlaşmazlıkları, bu sözleşmeleri metropoliten alanda bulunan bütün yerel yönetimleri bağlayıcı olmasının sağlanmasındaki güçlükler, sözleşmeleri göreceli de olsa kısa süreleri kapsamak zorunda olmaları ve kanunun denetlemesine elverişli bulunmamları başlıca sakıncalarını oluşturmaktadır.<sup>51</sup>

Değişik uygulamaları ile karşılaşılma birlikte, genellikle bu usul üç şekilde kullanılmaktadır. Bir yerel yönetim kendi dışındaki yerel yönetimlerin kentsel hizmetlerini yapmak, yani hizmet satmak üzere anlaşmakta, ya iki veya daha fazla yönetim bu yolla belirli hizmetleri işbirliğine dayalı bir düzenleme içinde birlikte yerine getirmekte ya da olağanüstü durumlarda karşılıklı olarak yardımlaşmak üzere anlaşmaktadırlar. Bu usulün en çok kullanıldığı hizmet alanları polis, itfaiye, eğitim ve kanalizasyon hizmetleridir.<sup>52</sup>

Yönetimlerarası hizmet anlaşmaları yoluyla metropoliten yönetim modeli ne daha çok ABD'de rastlanılmaktadır. Eyaletlerin çoğu yerel yönetimlerini, birbirleriyle hizmet alım-satımı konusunda yetkili kılmaktadır. ABD'de en geniş şekilde hizmet anlaşmalarının uygulandığı county ise *Los Angeles County*'dir (California). County 5 temel konuda koordinatör olarak hareket edebilmektedir. Bunlar, belirli hizmetlerin county çapında gerçekleştirilmesi, county çapında öneme sahip belirli *district*'lerin faaliyetlerinin idare edilmesi, diğer yerel yönetimlerden transfer edilen fonksiyonların yerine getirilmesi, kentler için belediye hizmetlerinin sözleşme bazında gerçekleştirilmesi, büyüklüğünün ve yönetiminin tanınmış kalitesi nedeniyle liderlik etkisinin denetlenmesi konularıdır.<sup>53</sup>

49 EKE (1982), s. 18;

50 KELEŞ (1988), s. 16.

51 KELEŞ (1990), s. 16.

52 EKE (1982), s. 18.

53 BLAİR, s. 157.

Yönetimlerarası hizmet anlaşmalarına örnek olmak üzere, Los Angeles County tarafından 1954 yılında yapılan ve uygulandığı kentin adı ile anılan “*Lakewood Planı*”ndan bahsetmek gerekir. Lakewood, Los Angeles ile Long Beach kentleri arasında 1953 yılında kurulmuş bir yerleşim yeridir. Her iki kent de üst gelir gruplarının burada yer alması nedeniyle burayı kendi yetki sınırları içine almayı istemişlerdir. Ancak, Lakewood kendi özerk yerel yönetimini kurmuştur. Kanunen yerine getirmek zorunda olduğu tüm yerel hizmetlerin tamamını, bunlarla ilgili örgütü kurarak sunmak yerine, “*Lakewood Planı*” adı verilen bir hizmet anlaşması çerçevesinde County’den satın almıştır. Bu uygulama oldukça geniş uygulama alanı bulmuş ve daha sonra pek çok yerel yönetim birimi Los Angeles metropoliten yönetiminden hizmetleri sözleşmelerle satın almaya gitmiştir.<sup>54</sup>

Bir hizmetle ilgili sözleşme yapma uygulamasının rastlandığı başka metropoliten alanlar da bulunmaktadır. Bazı durumlarda bir şirket kurulmakta ve her yerel yönetim birimi dilediği zaman bu şirketten hizmet satın alabilmektedir. Fransa’da “*karma ekonomi şirketleri*” adı altında bu tür kuruluşlar faaliyette bulunmaktadır. Bilgisayar hizmetleri gibi değişik alanlarda uzmanlaşan bu kuruluşlar daha çok metropoliten nitelik taşımayan alanlarda bulunmakla birlikte, bazı bölge çapındaki hizmetlerin yürütülmesi amacıyla metropoliten alanlarda da kullanılmaktadır.<sup>55</sup>

## 2. Yerel Yönetimler Birliği

Yerel yönetimler birliği yerel, sınırları aşan bölgesel sorunların çözümü için, yerel yönetimler arasında işbirliğini sağlamak üzere isteğe bağlı olarak kurulan ve üye yerel yönetimlere değişik hizmetlerde bulunan bölgesel teşkilatlardır. Bölge birlikleri veya kurulları birkaç bölgesel teşkilatı kapsar. Bunlar “Yönetim Meclisleri”, “Bölgesel Planlama Komisyonları”, “Ekonomik veya Yerel Gelişme Bölgeleri”dir. Bölge birliklerinin hizmetlerinde danışmanlık ağır basmaktadır. Genellikle vergi toplama, hukukî düzenleme yapma ve doğrudan doğruya kamu hizmeti yürütme yetkileri yoktur veya sınırlıdır.<sup>56</sup> Bu tip kuruluşlar yerel yönetimlerin ortak sorunlarına çözüm getirmeye çalıştıkları bir forum işlevi görürler. Bir yerel yönetim birliğinin başlıca faaliyet alanı bölgesel planlamadır. Bunun yanında pek çok birlik, üyelerine, planlamanın yanısıra teknik hizmetler de sunmaktadır. Ayrıca merkezî bilgi kaynağı olarak faaliyet göster-

54 BLAİR, s. 158; EKE (1985), s. 47; Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 24.

55 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 24.

56 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 89.

mekte ve bir de merkezi yönetim nezdinde yerel veya bölgesel çıkarların savunuculuğunu yapmaktadır.<sup>57</sup>

Yerel yönetimler birliği modelinin en güzel örneği San Fransisko Körfez Birliğidir Birlik (The Association of Bay Area Governments - ABAG), körfezin çevre ile iletişim, ulaşım, konut ve ekonomik gelişme konularında üyelerine danışmanlık yapmaktadır. 93 kenti ve 9 county'nin bulunduğu San Francisco Körfez Bölgesi, 1961 yılında, körfezdeki kentler ve county'ler tarafından yerel denetimi sağlamak, planlama yapmak ve bölgesel faaliyetlerde işbirliğini sağlamak için kurulmuştur. ABAG Federal Hükümet ve Eyalet hükümeti tarafından bölgesel planlama kuruluşu olarak kabul edilmiştir. ABAG tarafından yapılan ve yerel olarak kabul edilen bölge planı bölgenin konut, ekonomik gelişme, çevre sağlığı, ulaşım, rekreasyon, sağlık ve güvenlik konularında rehber oluşturmaktadır. San Francisco Körfez Birliğinin önemli fonksiyonlarından bir diğeri de bölgedeki yerel farklılıkların etkili bir uzlaşma ile çözüldüğü bir forum olmasıdır. ABAG etkin kamuoyu yaratma ve halkın katılımını sağlama programı vatandaşların planlama programına katılımını sağlamaktadır.<sup>58</sup>

Almanya'da çoğu eyaletlerde yerel yönetimler planlama yapmak üzere bölgesel teşkilatlar ve kurullar (Planungsgemeinschaften) oluşturmuşlardır. Hollanda'da Ren Bölgesi için kurulan özel bir birlik (The Rijnmond Authority), Fransa'da 1968'de kurulan Lyon - Raubaix - Tourcoing, Bordo ve Strazbourg'da kurulan kentsel birlikler (communautés urbaines) örnek olarak sayılabilir. Ayrıca bu tür birliklere, Almanya'da Ruhr Bölgesi Yerel Yöetimler Birliği, Türkiye'de Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Kanada'da Ontario Belediyeler Birliği, Hollanda Belediyeler Birliği, Alman Kentler Birliği, ABD Ulusal Kentler Birliği, Finlandiya Kentler/Belediyeler Birliği, Uluslararası Yerel Yönetimler Birliği (IULA) örnek verilebilir.<sup>59</sup> ABD'de metropolitan planlama alanındaki boşlukları doldurmak üzere Metropolitan Planlama Komisyonları kurulmuştur. ABD'de eyaletlerin çoğ bölgesel soruları çözmek üzere yönetimlerarası planlama ve işbirliğini teşvik eden bölgesel birlik ve kurullar kurulmasını kolaylaştıran kanunlar çıkarmışlardır.<sup>60</sup>

Yönetimlerarası hizmet anlaşmaları için geçerli olan eleştiriler yerel yönetim birlikleri için de geçerlidir. Gerçekten, asıl olarak gönüllü katılıma dayanması, görev ve yetkilerinin sınırlı olması gibi nedenlerle birliklerin tüm metropolitan alan için köklü kapsamlı ve bağlayıcı düzenlemeler yapması zordur. Ancak

<sup>57</sup> Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 24.

<sup>58</sup> Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropolitan Yönetimi, s. 89.

<sup>59</sup> Kent ve belediye birlikleri hakkında kısa açıklamalar için bkz: ÜNLÜ, Halil (1993), Yerel Yönetimlerarası İşbirliği, Kent ve Belediye Birlikleri, IULA/T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, İstanbul, 23-39.

<sup>60</sup> BLAİR, s. 161.



yerel yönetimlerin özerkliklerini ve tüzel yapılarını aynen korumalarına fırsat verirken, sınırlı da olsa bazı metropoliten sorunlarla işbirliğine dayalı çözümler getirmesi nedeniyle birliklerin kullanımı gittikçe artmaktadır.<sup>61</sup>

### 3. Alt Bölge Belediye Birlikleri

Kanada'daki British Columbia'nın alt -bölge belediye birlikleri yerel yönetim işlevinde asgarî bir merkezileşme sağlamaya yöneliktir. Bütünü oluşturan belediyeler belirli görevleri alt bölgesel kademeye devretmektedir. İlin bütünü 1965 yılında alt-bölge niteliği taşıyan birimlere bölünmüştür. Nitelik itibariyle bölgesel sayılan görevler konusunda alt-bölge birimine yavaş yavaş genel veya kısmî sorumluluk devredilmiş bulunmaktadır. Bu gelişme, 1984 tarihli kararlarla getirilen ve il yönetiminin planlamayı bu birimlerin sorumluluk alanından çıkarıp münhasıran üye belediyelere verebilmesi istisnası dışında devam etmiştir.<sup>62</sup>

### D - Özel Amaçlı Metropoliten Kuruluşlar

Daha çok Anglo-Sakson yönetim geleneğinin egemen olduğu ülkelerde görülen bu modelde metropoliten alanla veya iki veya daha fazla yerel yönetimle ilgili su, ulaşım, kanalizasyon gibi temel hizmetleri, bu alanın tamamında veya bir kısmında yerine getirmek üzere, özel amaçlı (ad hoc) metropoliten kuruluşlar kurulmuştur.<sup>63</sup> Gerçekten, fonksiyonel olarak parçalanmış metropollerde yerel yönetimlerin hizmet sorumlulukları sınırlıdır ve temel bazı fonksiyonlar özerk yapılı yerel kuruluşlara devredilir. ABD'de metropoliten veya bölgesel özel kuruluşlar (metropoliten or regional districts) bu alanlarla ilgili olarak buralarda bulunan yerel yönetimlerin sorunlarının üstesinden gelmek üzere kurulmaktadır. Örneğin, Güney Kaliforniya Sular İdaresi, county'deki belediyelere su sağlamaktadır.<sup>64</sup>

61 EKE 1982, s. 23; KELEŞ (1988), s. 16.

62 Marmara ve Boğazları Belediyeler Birliği, Metropoliten Yönetimi, s. 25.

63 EKE (1985), S. 47; KELEŞ (1990), s. 232; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER (1967) Yerinden Yönetim ve Kalkınma, (Çev: YALÇINDAĞ, Selçuk - ULUSAY, Necil), TODAİE, Ankara, s. 56.

64 ABD'de özel amaçlı kuruluşlar çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Birinci grup özel amaçlı kuruluşlar fonksiyonel bazdadır ve sundukları hizmete göre sınıflandırılmaktadır. Bu hizmetler genellikle, su tedariki ve itfaiye, atık su, sel kontrolü gibi birden fazla görevi yürüten bölgeler tarafından yerine getirmektedirler. Özel amaçlı bölgelerin ikinci temel grubu hizmet götürülen alaya bakımındadır. Bu grupta dört tür özel kuruluş ortaya çıkmaktadır: Birincisi, metropoliten veya bölgesel kuruluşlardır. İkincisi, genel amaçlı yerel yönetimlerle aynı sınırlara sahip bölgeler, üçüncüsü, kent-kenar bölgeleridir ve kentlerle çevrili fakat tüzel kişiliği bulunmayan alanlarda yerel halka, su, tedariki, sağlık, cadde aydınlatılması ve itfaiye gibi belediye türü hizmetleri sağlayan kuruluşlardır. Dördüncüsü ise, kırsal özel kuruluşlardır. Bunlartarimsal ihtiyaçları karşılamak ve toprak muhafaza, drenaj ve pis suları atılması gibi hizmetleri sağlamak için kurulmaktadır. Geniş açıklamalar için bkz: BLAIR, s. 141.

Özel amaçlı kuruluşlar toprak muhafazası, su temini ve dağıtımı, sağlık, kanalizasyon, her türlü terminal yapım ve işletimi, parklar, konut, elektrik ve toplu taşımacılık gibi her türlü alanda hizmet sunmak amacıyla kurulabilmektedir. Ancak tamamiyle metropoliten nitelik taşıyan itfaiye ve polis gibi temel yerel hizmetlerde bu tür teşkilatlara rastlanılmamaktadır.<sup>65</sup>

Özel amaçlı kuruluşların faydalı yönleri bulunmaktadır. Bir defa hizmetlerin yerine getirilmesinde partizanlıklar (siyasi etkiler) ortadan kaldırılabılır veya en aza indirilebilir. Bunlar genellikle tek bir hizmeti yerine getirmek üzere kurulduklarından, bu hizmette uzmanlaşmaları ve metropoliten alan çapında gereği gibi yerine getirmeleri mümkün olur. Buna karşılık olumsuz yönleri daha çoktur. Bir kere, metropoliten alanda çalışan özel amaçlı bu kuruluşlar ne kadar özerk olurlarsa o kadar metropoliten görevlerde ikilemler, otoritede katlanma potansiyeli o kadar çok olur ve kentin gelişmesi de o kadar zorlaşır.<sup>66</sup> Diğer taraftan, aşırı uzmanlaşmış yöneticiler tarafından yönetildiği için, halkın bunlar üzerinde denetim yapabilmesi imkanlarının sınırlılığı, bu kuruluşları halka kapalı hale getirir. Fonksiyonel uzmanlaşma, karşılıklı bağımlılık içinde bulunan metropoliten sorunların koordineli bir şekilde ele alınmasını zorlaştırır.<sup>67</sup>

### III. TÜRKİYE'DE METROPOLİTEN YÖNETİM SİSTEMLERİ

Metropoliten yönetim modellerinden hangisinin kabul edileceği ve uygulanacağı, her ülkenin yapısına, demokratik gelişme düzeyine, imkânlarına ve ihtiyaçlarına göre değişir. Metropoliten alanların hepsinde, benzer modellerin uygulanmasının zorunlu olmadığı gibi, bir metropoliten yönetim sisteminde modellerden birden fazlası da benimsenebilir. Anayasanın 127 inci maddesinin, 3. fıkrasının son cümlesinde «Kanun büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir.» hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre kanun koyucunun hangi modeli benimseyeceği konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Aşağıda yasal çerçevesi kısaca anlatılacağı gibi, Türk Kanun Koyucusu da bu yetkisini iki kademeli metropoliten yönetimlerin bir türü olan federatif model yönünde kullanmıştır.

#### A - Metropolitan Yönetimlerin Tarihi Gelişimi

Ülkemizde metropoliten yönetimi uygulamasına 1984 yılında 3030 sayılı Kanunla başlanmıştır. Ancak, her ne kadar bu tarihe kadar metropol özelliğine sahip kentlerde metropoliten yönetimlerin hukukî yapısı düzenlenememiş ise de, metropoliten yönetim benzeri uygulamalara rastlanmıştır.

<sup>5</sup> EKE (1985), s. 47-48.

<sup>6</sup> BAHL - LİNN, s. 407.

<sup>7</sup> KELEŞ (1988), s. 17; EKE (1982), s. 26.

İlk belediye teşkilatı İstanbul'da 1855 yılında *İstanbul Şehremaneti* adıyla kurulmuştu. Belediyenin başında merkezî yönetimin tayin ettiği bir *şehremini* ve tamamı merkezi yönetimin atadığı kişilerden oluşan *şehir Meclisi* bulunmaktaydı. İstanbul'un hızla büyümesi üzerine özellikle nüfusun yoğun olduğu Galata ve Beyoğlu semtlerinde *Altıca Daire-i Belediye* adıyla bir ilçe belediyesi kurulmuştu. 1869 tarihli *Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi* bu modeli geliştirmiş ve bütün İstanbul metropolünü kapsayacak şekilde genişletilmişti. Bu yeni model, İstanbul'da iki düzeyli federal bir yapıya sahip bir yerel yönetim getirmişti. Bu sistemde, alt düzeyde 14 ilçe belediyesi, üst düzeyde ise bir metropoliten meclis (*Cemiyeti Umumiye*) bulunuyordu. 1876 yılında metropoliten alan içinde ilçe belediyeleri sayısı 14'den 20'ye yükseltilmişti. 1912 yılında bir kanunla seçilmiş oluşmuş ilçe belediyeleri kaldırılmış, yerine seçilmiş gelen meclisi ve tüzel kişiliği bulunmaya 9 şube müdürlüğü kurulmuştu.

Cumhuriyetten sonra 1930 yılında çıkarılan 1580 sayılı Belediye Kanunu İstanbul için özel bir yönetim biçimi getirmişti. Bu kanunla İstanbul Belediyesi ile İl Özel idaresi birleştirilmişti. ABD'de kent/county birliğine benzer bir kent yönetim sistemi benimsenmişti. İstanbul valisi aynı zamanda İstanbul Belediye Başkanı idi, Bu ortak yönetimin yerel halkın oyu ile oluşan bir meclisi ve hem atanmış hem de seçilmiş üyelerden oluşan karma bir encümeni bulunmaktaydı. 1956 yılında itibaren ise il özel idaresi ve belediyeye, diğer illerde olduğu gibi ayrı ayrı meclise sahip olma hakkı tanınmıştı.

1961 Anayasası, birden çok sayıda yerel yönetimi içinde barındıran metropoliten yönetimlerin kurulmasına elverişli değildi. Zira, Anayasanın 116. maddesine göre, yerel yönetim türleri "*il özel idareleri, belediyeler ve köyler*" şeklinde belirli ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olması gerekiyordu. Bu nedenle, 1960 ve 1980 arasında yerel yönetimler görevlerini dahi iyi yürütebilmek için kanuna dayanan zorunlu hizmet birlikleri kurmaya çalışmışlardır.<sup>68</sup> Daha çok, münferit kimi görevlerin yerine getirilmesini amaçlayan bu birlikler metropoliten yönetimine benzememektedir. Zira metropoliten yönetimleri, bu alanlarda her türlü hizmeti yerine getirmekle görevli kuruluşlardır.<sup>69</sup>

Ülkemizde özellikle Toronto Metropoliten Yönetimine benzer bir federatif model kurma fikri 1970'li yıllarda tasarı olarak Meclise götürülmüş fakat kanunlaşamamıştır. Gerçekten ilk tasarı 1972 yılında "Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı" adıyla hazırlanmıştır. Bu tasarıda, nüfusu yüz bini aşan yerleşim yerleriyle bunları çevreleyen birimlerin zorunlu olarak katılacakları hizmet bir-

88 AYTAÇ, Fethi (1996) «*Büyükşehirler İle İlçe ve Altkademe Belediyeleri İlişkileri*», Türk İdare Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 411, s. 30.

89 KELEŞ, Ruşen (1994) *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, İkinci Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, s. 250; GÜLER, Büyük Kentler, s. 127.

liklerine dayalı bir metropoliten yönetim öngörülmüştür.<sup>70</sup> 1975 yılında İçişleri ve İmar ve İskân Bakanlıklarınca hazırlanan “Büyük Kent Birliği Kanun Tasarısı”nın diğerlerinden farkı, “Birlik Başkanı”nın “Vali”nin yerine, “Birlik Meclisi”nin kendi üyeleri arasından seçeceği bir üye olmasıdır.<sup>71</sup> 1976 yılında ise Senatör Şerif TÜTEN tarafından “Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı” hazırlanmış ve Senatoya sunulmuştur. Bu tasarıda da “Birlik Başkanlığı” vali yerine birlik merkezinin bulunduğu kentin belediye başkanına verilmiş<sup>72</sup> olması nedeniyle daha demokratiktir.<sup>73</sup> 1978 yılında İmar ve İskân Bakanlığı ve 1980 yılında aynı Bakanlık ile İçişleri Bakanlıklarınca “Büyük Kent Birliği Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır. Görüldüğü gibi, yerel hizmetlerin etkinliğini sağlamayı amaçlayan metropoliten yönetim tasarılarının hemen hepsi birlik modeline dayandırılmıştır.<sup>74</sup> Bu dönemin bir diğer özelliği, metropoliten sorunların salt bir imar planlaması sorunu olarak ele alınmasıdır.<sup>75</sup>

1973 yılında düzenlenen “İstanbulun İdari Sorunları” seminerinde metropoliten alan yönetimine ilişkin iki öneri ortaya atılmıştı.<sup>76</sup> Birinci öneri, 1961 Anayasası’nın 116. maddesinin sınırları içinde, yerel yönetim birimlerinden birinin yeni yetkilerle donatılarak güçlendirilmesi esasına dayanmaktaydı. Toprak bu birimin “il özel idaresi” olduğunu belirtmektedir.<sup>77</sup>

İstanbul için metropoliten yönetim formülüne karşı iki öneri ortaya atılmıştır.<sup>78</sup> Bunlardan ilki, metropoliten yönetim kurmak yerine, mevcut belediyelerin güçlendirilmesi, diğeri ise “federal yerel yönetim” biçimidir. Belediyelerin güçlendirilmesi önerisinde, Belediye Kanunu kapsamı içerisinde çalışacak bir birlik teşkil edilmesi, bu birliğe katılacak yerel yönetim birimlerinin kanunlarla kendilerine verilen görevlerini bu birliğe devretmeleri, birliğin gelirlerinin birliği oluşturan yerel yönetim birimlerinden aktarılacak kaynaklarla oluşturulması önerilmiştir. Federatif yerel yönetim biçiminde ise, çekirdek kentin çevresindeki yerel yönetimlerin merkez kent yerel yönetimine katmak yerine tüm kent yerel yö-

- 
- 70 Geniş bilgi için bkz: İçişleri Bakanlığı (1972) “Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı”, Ankara; GÜLER, Büyük Kentler, s. 125.
- 71 TOPRAK, Zerrin (1988) “Büyük Kent Belediyesi Yönetim Sistemi - Londra Ketü Uygulaması ve İzmir İçin Bir Yaklaşım”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 60, Sayı 378, s. 374.
- 72 TOPRAK, Büyük Kent Belediyesi, s. 375; GÜLER, Büyük Kentler, s. 127.
- 73 GÜLER, Büyük Kentler, s. 127.
- 74 TOPRAK, Büyük Kent Belediyesi, s. 375.
- 75 GÜLER, Büyük Kentler, s. 119.
- 76 Bu seminer için bkz: Cumhuriyetin Ellinci Yılında İstanbul’un İdarî Sorunları Semineri (1973) (14-15 Mayıs 1973) İstanbul Üniversitesi Yayını o: 1885, İstanbul.
- 77 TOPRAK, Büyük Kent Belediyesi, s. 375.
- 78 TOPRAK, Büyük Kent Belediyesi, s. 376 vd.

netimlerinden (belediyelerden) ibaret ortak bir yönetim düzeni teşkil edilmesi tvsiye edilmiştir. Ancak, 1961 Anayasasının 115. ve 116. maddeleri karşısında o dönem için iki-kademeli federatif bir metropoliten yönetim kurmak mümkün değildi.

1980 yılında Millî Güvenlik Konseyinin 11.12.1980 gü ve 17187 sayılı RG'de yayımlanan 34 sayılı Kararı ile bir çok illerde sıkıyönetim komutanlıklarınca belediye şubeleri kurulmuştur. Büyük şehirlerin içinde veya civarlarında bulunan belediyelerin tüzel kişilikleri kaldırılarak büyük belediyelerin şubeleri haline getirilmiştir.<sup>79</sup> Daha sonra 4 Aralık 1981 gün ve 2561 sayılı «*Büyükşehirlerin Yakın Çevresindeki Yerleşim Yerlerinin Ana Belediyelere Bağlanmaları Hakkında Kanun*» çıkarılmış, bu kanunla, son genel nüfus sayımına göre nüfusu 300.000'i aşan kentlerin çevresinde bulunan belediye ve köylerin yakınındaki büyükşehir belediyelerine bağlanmaları öngörülmüştür.<sup>80</sup> Hangi belediyelerin büyükşehir belediyelerine bağlanacağı ise, ilgili belediyenin yetkili organlarının, varsa sıkıyönetim komutanların görüşü üzerine valiliklerce tesbit edilmesi, İçişleri ve İmar İskân Bakanlıklarının görüşleri alındıktan sonra Bakanlar Kurulunca kararlaştırılması belirtilmiştir.

1982 yılında yürürlüğe giren yeni Anayasa ile 1961 Anayasasındaki eksikliği giderilerek, kanunla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği esası benimsenmiştir. Anayasanın 127. maddesi gereği yürürlüğe konulan 2972 sayılı *Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun*'un 4. maddesi belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan büyükşehir belediye başkanı seçimi için, o şehrin belediye sınırları içerisinde bir seçim çevresini sayarken, bu sınırlar içindeki belediye başkanı ve belediye meclis üyeleri seçimlerinde ise her ilçeyi bir seçim çevresi olarak kabul etmiştir. Böylece büyük şehirlerde büyükşehir belediye meclisinin yanı sıra, ilçelerde de belediye meclislerinin oluşturulması hükme bağlanmıştır. 2972 sayılı Kanunun geçici 5. maddesi, büyükşehir yönetiminin hukukî statüsünün oy verme günü olan 25 Mart 1984 gününden önce 2680 sayılı Yetki Kanununa göre Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmesini Hükümete görev olarak vermiştir. 1983 Kasım'ında yapılan milletvekili genel seçimi sonucunda kurulan Hükümet tarafından bu yetki kullanılarak, büyük şehir yönetimlerinin hukukî statüsü, hizmetlerin planlı, programlı etkili ve uyum içinde yürütülmesinin sağlanması ama-

Birleştirmeden sonra eski belediyelerin ya belediye şubesi, ya da mahalle olmaları benimsenmiştir. Eski köyler ise mahalle statüsü kazanmışlardır. Bu şekilde İstanbulda 13, İzmir'de 12 belediye şubesi kurulmuştur. Diğer illerde benzeri uygulamalara gidilmiştir. Şubelerin tam listesi içi bkz: GÖKÇEER, Fikri (1981) *Atatürk Yılında Belediyelerimiz*, Türk Belediyecilik Derneği Yayını, Ankara s. 14.

Bu nedenle, düzenleme sadece 8 kenti kapsamıştır. Bunlar, Ankara, İstanbul, İzmir, Adana, Bursa, Gaziantep, Konya ve Eskişehir kentleri idi. Nüfus ölçütünün dışında, uzaklık, belediye hizmetlerinin bağlanacak yerlere getirilmesi kolaylığı ve fiziki birleşme imkânlarının bulunması gibi ölçütler belirlenmişti. Kanunla ilgili geniş açıklamalar içi bkz: GÜLER, Büyük Kentler, s. 132.

cıyla, 23 Mart 1984 gün ve 195 sayılı “*Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” çıkarılmıştır. Bu kararname, 4 ay sonra 27.6. 1984 gün ve 3030 sayılı<sup>81</sup> “*Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*”a dönüşmüştür. Böylece bu Kanunla üç büyük şehirde iki kademeli metropolitan yönetim modeli hukuken kurulmuştur. Sözü edilen 3030 sayılı Kanunun 5. maddesine göre büyükşehir sınırları içinde birden fazla bulunan şehirler; ilçe belediyesi de büyükşehir sınırları içinde kalan ilçelerde kurulan belediyeler olarak tanımlanmıştır. Büyükşehirlerde, «Büyükşehir belediyesi», büyükşehir sınırı içindeki ilçelerde de ilçenin adını taşıyan «ilçe belediyesi» bulunur. Kanun büyükşehir belediyelerinin sınırlarını, adını aldıkları büyükşehirin belediye sınırları, ilçe belediyelerinin sınırlarını da bu ilçelerin büyükşehir belediyesi içinde kalan kısımların sınırı olarak göstermiştir. 25.3.1984’te yapılan yerel yönetimler seçimi ile Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir belediyeleri kurulmuş, daha sonra çıkarılan 3306, 3391 ve 3399 sayılı kanunlarla sırasıyla Adana, Bursa, Gaziantep ve Konya’da büyükşehir belediye sistemine geçilmiştir. Daha sora bulara Kayseri eklenmiştir. 1993 yılında 504 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>82</sup> ile Antalya, Eskişehir, Mersin, Samsun, İzmit, Erzurum ve Diyarbakır illerinde de Büyükşehir belediyesi kurulmuş, böylece sayı 15’e yükselmiştir.

### **B - Büyükşehir Belediyesi Yönetim Sisteminin Metropolitan Modeller İçindeki Yeri ve Yasal Çerçevesi**

1982 Anayasası 127. maddesinin üçüncü fıkrasında «Kanun büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir» denilmektedir. Böylece Anayasa, kanun koyucuya metropolitan alanlar için, diğer kentlerin bağlı oldukları sistemin dışında bir sistemle yönetmeyi öngören düzenlemeyi yapma yetkisini vermiş bulunmaktadır. 127. maddeni gerekçesinde ise, şehirleşmenin hızla geliştiği ülkede, büyük kentlerin sorunlarının yürürlükte bulunan ve yıllarca önce çıkarılmış kanunlarla çözümlemenin imkânsız hale geldiği, büyük kentlerin ulaşım ve kanalizasyon gibi sorunlarının çevredeki belediyelerle birlikte çözümlenmesi zorunluluğunun bunu kanıtladığı belirtilmektedir. Metropolitan hizmetlerin daha iyi görülebilmesini sağlamak amacıyla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimleri getirilmesi yetkisinin kanun koyucuya tanındığı; yerel yönetimler arasında birlik kurulması imkânının tanınmasının bu ihtiyacın bir sonucu olduğu vurgulanmaktadır.<sup>83</sup>

81 Resmî Gazete, 9.7. 1984, Sayı 18453.

82 504 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “ilçe” kaydı kaldırılmış; “alt kademe belediyesi” adı ile yeni türde bir belediye tipi benimsenmiştir.

83 Anayasanın 127. maddesini gerekçesi için bkz: AKAD, Mehmet - DİNÇKOL, Abdullah (1998) 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, ALKİM, İstanbul 480.

## 1. Türkiye’de Yerel Federasyon Örneği: Büyükşehir Belediyeleri

3030 sayılı kanunla yasal çerçevesi çizilen bugünkü büyükşehir<sup>84</sup> modelinin ana hatları ve temel özellikleri şunlardır:

- Büyük şehirlerde iki kademeli bir yerel yönetim sistemi kurulmuştur. Alt düzeyde büyük şehir içindeki ilçeler ile merkez ilçede kurulan «ilçe belediyeleri», üst kademede ise büyük şehri kapsayan bir «büyük şehir belediyesi» bulunmaktadır (BŞBK. md. 4). İlçe belediyeleri 1580 sayılı kanunla getirilen klasik belediye sisteminin özelliklerini korumaktadırlar. Üst kademe yönetimin de birtakım istisnalar dışında bu klasik belediye sistemine uyduğu görülmektedir. Bu istisnalar şunlardır: İlçe belediye başkanlarının aynı zamanda büyükşehir belediye meclisinin tabî üyesi olması (BŞBK. md. 10/2); büyük şehir belediye encümenlerinin, büyükşehir belediye başkanının veya temsil edeceği kişinin başkanlığında sadece atanmış ve kendine bağlı birim başkanlarından oluşmasıdır (BŞBK. md. 13).

- Büyük şehir belediyesinin orgnları, Büyükşehir Belediye Meclisi, Büyükşehir Belediye Encümeni ve Büyükşehir Belediye Başkanı’ndan ibarettir. Büyükşehir Belediye Meclisi, Büyükşehir Belediye Başkanı, ilçe belediye başkanları ve ilçe belediye meclis üyelerinin 1/5’inde oluşmaktadır (BŞBK. md. 10). Büyükşehir Belediye Encümeni, Büyükşehir Belediye Başkanı veya görevlendirileceği kişinin başkanlığında, Genel Sekreter, büyükşehir belediyesini imar, fen, hukuk, hesap ve yazı işleri ile personel işlerini yürüten birim başkanlarından oluşur (BŞBK. md. 13). Büyükşehir Belediye Başkanı, büyükşehir belediye surları içindeki seçmenler tarafından 5 yıl süreyle seçilir. Büyükşehir Belediye Başkanı, kanunla kendisine verilen görevler yanında, ilçe belediyeleri arasında hizmetlerin yürütülmesinde birlik ve beraberliği sağlamakla görevlidir (BŞBK. md. 14)

- Büyükşehir belediyesi, yatırım plan ve programları, mazım plan ve buna uygun olarak tatbikat planlarının yapımı ve uygulanması; meydan, cadde, bulvar ve anayolların yapımı, bakımı ve onarımı; yolcu ve yük terminalleri katlı otoparkları yapmak, yaptırmak, çevre sağlığını korumak, su, kanalizasyon, her nevi gaz, merkezi ısıtma ve toplu taşıma hizmetlerini toptancı halleri, mezbahaneler yapmak, itfaiye hizmetlerini yürütmek gibi metropoliten hizmetlerde yetkilidir. İlçe belediyeleri ise bu sayılanlar dışındaki görevleri ve diğer kanunlarla belediyelere verilen görevleri yürütmekle yetkilidirler (BŞBK. md. 6).

- Büyükşehir belediyesinin gelirleri, Genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ilçe belediyelerine verilmesi gereken paylardan Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlardan, büyükşehirde toplanacak genel bütçe gelirlerin-

<sup>84</sup> Nadaroğlu, büyükşehir belediyesi uygulamasının bir metropoliten yönetim uygulaması olmadığını belirtmektedir. Çünkü metropoliten alan kavramının içeriğinin ve boyutunun 3030 sayılı Kanunda tanımlanan büyükşehirden çok farklı; çok daha büyük olduğunu ifade etmektedir. Geniş açıklamalar için bkz: NADAROĞLU, s. 208.

den verilen % 3'lük paylardan,<sup>85</sup> Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi ile Aydınlatma Harcının % 50'sinden, yol, su ve kanalizasyon harcamalarına katılma paylarından, devlet yardımlarından, iç ve dış borçlanmalardan, tahvil gelirleri, bağışlar ve taşınır ve taşınmaz gelirlerinden büyükşehir belediyesi iktisadî teşebbüslerinin safi hasılatından büyükşehir belediye meclisince belirlenecek oranda alınacak paylardan meydana gelir. (BŞBK. md. 18). Ayrıca, belediye alanları ve komşu alanların sınırları içinde gerçek ve tüzel kişilerce işletilen her türlü müzelerin giriş ücretlerinin % 40'ının % 75'i büyükşehir belediyelerince ilçe belediyelerine devredilmektedir. Emlak vergisinin, il özel idarelerine verilen % 15 paydan geriye kalan kısmın % 20'si büyükşehir belediyelerine verilmektedir.

- Büyükşehir yönetiminde hizmetlerin başkan adına, onun direktif ve sorumluluğu yürütülmesini sağlamak üzere bir Genel Sekreter ve en çok 4 genel sekreter yardımcısı bulunmaktadır. Genel sekreter Başkanın teklifi ve İçişleri Bakanın onayı ile, Genel sekreter yardımcıları ise büyükşehir belediye başkanınca atanır ( BŞBK. md. 16). Büyükşehir belediyelerinin teşkilatı Genel Sekreterin yönetiminde daire başkanlığı, müdürlük, şeflik ve memurluklardan oluşur. Birimler hizmet gereklerine göre, büyükşehir belediye meclisinin kararı ve İçişleri Bakanının onayı ile kurulur. Kamu kurum ve kuruluşlarının personeli koordinasyon merkezlerinde ikinci görev verilmek suretiyle çalıştırılır. Büyükşehir yönetiminin hizmet alanlarına giren konularda büyükşehir belediye başkanlığına istişarî nitelikte görüş bildirmek üzere "büyükşehir belediyesi danışma kurulu" kurulabilir. Bu kurulun üye sayısı onu geçemez (BŞBK. md. 17).

- Metropolitan alanlarda büyük şehir belediye başkanlarının başkanlığında ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinin, ilçe belediye başkanlarının da kendi görev alanlarıyla ilgili olarak, katılmasıyla «Alt Yapı Koordinasyon Merkezi» ile «Ulaşım Kordinasyon Merkezi» kurulmaktadır (BŞBK. md. 7).

- İlçe belediyelerinin kendi aralarında veya büyükşehir belediyeleri ile aralarında ihtilaf çıkması veya ilçe belediyeleri arasında farklı uygulamalar bulunması halinde, bu ihtilaf ve farklı uygulamaları kaldırmak amacıyla yönlendirici ve düzenleyici tedbirleri almaya büyükşehir belediye meclisi, toplantıda değilse, büyükşehir encümeni yetkilidir (BŞBK. md. 24).

- İlçe belediye meclislerinin ve büyükşehir belediye meclisinin aldığı bütün kararlar büyükşehir belediye başkanına gönderilir . Başkan konuların tekrar görüşülmesini isteyebilir. Meclisler eski kararlarında 2/3 çoğunlukla ısrar ederlerse, bu kararlar kesinleşmiş olur (BŞBK. md. 14/3-4).

Bu miktar 195 sayılı Kanu Hükmünde Kararname ile % 1 olarak öngörölmüş iken, 3030 sayılı Kanunda % 3 olarak belirtilmiştir. 1985 yılında, 3030 sayılı Kanunun 18. maddesinin 2. fıkrasının verdiği yetkiye dayanılarak, 95/9382 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile % 5'e çıkarılmıştır. Bk: RG. 27 Nisan 1985, Sayı 18737.



## 2. Belediye Şubeleri

1984 yılında büyük şehirler için özel yönetim usulleri getirilmeden önce, 1580 sayılı Kanunu 7. maddesi gereğince, bir ilin merkez belediyesinin sınırları içinde birden çok ilçenin bulunması halinde bu ilçelerden her biri ayrı ayrı belediyeler halinde değil, belediye şubeleri şeklinde teşkilatlanmıştı. Bugün, büyükşehir statüsüne kavuşturulmuş il merkezlerinde büyükşehir belediye merkezleri içerisinde bulunan ilçelerde ilçe belediyeleri kurulmaktadır. 1580 sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince, büyük şehir belediyesi statüsüne kavuşturulmamış il merkezi belediyesi sınırları içinde kurulan ilçelerin merkezlerinde belediye teşkil edilmeyip, bu gibi yerlerde belediye şubeleri kurulması yoluna gidilmektedir.

Bir belediye içinde iki durumda belediye şubeleri kurulması mümkündür: Bunlardan birincisi, nüfusu yoğun olması nedeniyle bir beldenin türlü kümelerden oluşması; ikincisi de nüfusu 80 bini geçmesidir. Bu iki durumda belediye şubelerinin kurulabilmesi için, orada oturan seçmenlerin en az yarıdan fazlasının, ya da belediye meclisinin o yerin en büyük mülkiye amirine başvurması gerekir. Bu başvuru üzerine en büyük mülki âmirin ilçe seçim kurulu tarafından seçmelerin oyuna başvurulur. Halkoyu sonucunun vali aracılığıyla İl idare kuruluna sunulması, Danıştay'ın görüşü, Bakanlar Kurulu kararı ve Cumhurbaşkanının onayı ile belediye şubesi kurulmuş olur. (1580 sayılı Kanun md. 10).

Ülkemizde uygulaması bulunan belediye şubeleri uygulaması, yerinde yönetim esasına dayalı tek kademeli metropoliten yönetim modeline benzemektedir. Gerçekten, yerel düzeyde karar oluşturma ve yerel hizmetleri sunma sorumluluğu öncelikle merkez belediye idaresindedir. Daha sonra bir yerinde yönetim misali, görev ve yetkilerin bir kısmı belediye şubelerine devredilmektedir.

## 3. Özel Amaçlı Metropoliten Kuruluşlar

Yerel yönetim yasaları, özel bir yasa olmadan birlik kurulmasına imkân vermekle birlikte, bu tür girişimlerin başarılı olamayacağını görülmesi üzerine, belirli kentsel hizmetleri görmek üzere, özel yasa ile birlikler kurmak ve işletmek görüşleri ortaya atılmıştır.<sup>86</sup> Dünya Bankasının sağlayacağı malî yardımın, tek bir sorumlu birim kurulması şartına bağlanması üzerine, 1975 yılında İmar ve İskân Bakanlığı tarafından "*İstanbul Bölgesel Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmış, ancak Yasama organına gönderilememiştir. 1976 yılında yine aynı bakanlık tarafından aynı isimle bir başka tasarı hazırlanmış, Yasama organına gönderilmiş olmasına rağmen kesinleşmemiştir.

86 GÜLER, Büyük Kentler, s. 128.

Nihayet, 1981 yılında 2560 sayılı Kanunla<sup>87</sup> “*İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü*” kurulmuş, böylece İstanbul Belediyesinin su ve kanalizasyon işleri, bağımsız bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir özel amaçlı kuruluşa bırakılmıştır. Gerçi, hizmet alanı İstanbul Belediyesinin sınırlarını kapsamakta ise de, 34 sayılı Millî Güvenlik Kurulu kararı ile çevre belediyeler ve köylerle bir metropoliten kent haline getirilmişti. Böyle bir düzenleme olmasa idi yine, 2560 sayılı Kanunun 1/2. maddesine göre, İçişleri ve İmar Bakanlıklarının önerisi üzerine başka belediye ve köylerin su ve kanalizasyon işlerini de, Bakanlar Kurulu kararı ile bu kuruluşa verilebilmesi mümkündür.

18.11.1983 gün ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu<sup>88</sup> ile getirilen düzenlemelerin de özel amaçlı metropoliten yönetim modellerinde saymak gerekir. Şöyle ki: 2960 sayılı Kanun Boğaziçi alanında, koruma ve planlama görevini İstanbul Belediyesi dışında bir teşkilata bırakmıştı. Bu kanunla, İstanbul Boğaziçi alanının kültürel, tarihî değerlerini ve tabî güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak, geliştirmek ve bu alandaki üfus yoğunluğunu artıracak yapılaşmayı sınırlamak amacıyla bir “*Boğaziçi İmar Yüksek Koordinasyon Kurulu*,” “*Boğaziçi İmar Müdürlüğü*” ve “*Boğaziçi İmar İdare Heyeti*” oluşturmuştu. Kapsam yönünden sadece Boğaziçi alanını içine almakla birlikte, kanundaki amaçları gerçekleştirmek için yapılan her türlü planlama ve uygulama hizmetleri belediyeden alınarak yeni oluşturulan bu teşkilata bırakılmıştı. Ancak, Boğaziçi Kanunu ile getirilen bu teşkilatların varlığına, 3194 sayılı *İmar Kanunu*<sup>89</sup> ile son verilmiş, Boğaziçi İmar Müdürlüğünün görev ve yetkileri İstanbul Büyük şehir ile ilçe belediyeleri arasında bölüştürülmüştür.

#### 4. Yerel Yönetim Birlikleri

Yerel yönetim birlikleri, mahallî sorunları daha doğru teşhis edebilme gücüne kavuşmak için, yerel yönetimlerin biraraya gelmeleri, güçlerini birleştirmeleri ve belirli bölgesel ve kentsel sorunların çözümünde fiziksel ağırlığa sahip olmaları ihtiyacından doğmuştur. Bu nedenle, birlikler, sadece birlikten doğan gücün somutlaştığı kuruluşlar değil, fakat aynı zamanda yerel yönetim olgusunun ülke ve bölge düzeyinde canlı tutulmasını sağlayabilecek kamu tüzel kişileridir.<sup>90</sup>

Yerel yönetim birlikleriyle ilgili esas hükümler 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda bulunmaktadır. Ancak bu hükümler, belediyelerin kendi aralarında kuracakları birlikleri değil, aynı zamanda köyler ve il özel idarelerinin katılacakları

87 Resmî Gazete: 23 Kasım 1981, Sayı: 17523.

88 Resmî Gazete, 22 Kasım 1983, Sayı: 18229

89 Resmî Gazete: 8 Mayıs 1985, Sayı: 18749.

90 KAZANCI, Metin, (1982) «1973 Sonrası Belediyeler ve Belediyelere İlişkin Sorunlar,» Ergun Türkcan (ed.), Yeni Bir Belediyeciliğe Doğru, Belediyecilik Araştırma Projesi, Türk İdareciler Derneği, Bilimsel Araştırma Dizisi-2, Ankara, s. 261

birlikleri de ilgilendirmektedir. Belediye Kanunu'nun 133. maddesine göre, «Belde ve köyler, vilayet idare-i hususiyeleri kendilerine kanunlarla verilen mecburi ve ihtiyari vazifelerin bir veya birkaçını müşterek tesisat ve idare ile ifa için birlik tesis edebilirler.»

İl belediye ya da köy idarelerinin kanunlarla kendilerine verilmiş zorunlu ya da isteğe bağlı görevlerini yerine getirebilmeleri için bir ya da birden fazla konuda, imkânlarını yeni bir kamu tüzel kişiliği içinde ve bir zorlama olmadan, süreli ya da süresiz teşkilatlanmalarından doğan<sup>91</sup> yerel yönetim birlikleri, Belediye Kanunu gereğince, daha önce belediyelere bırakılmış konularda faaliyet gösterebilecek ve fakat belediyelerin yerini kesinlikle alamayacak kuruluşlardır.<sup>92</sup>

Belediye Kanunu, birliklerin teşkilat yapılarının, organlarının, faaliyetlerinin, gelir-gider durumlarının, hak ve yetkilerinin "birlik tüzüğü"nde yer almasını öngörmektedir. Birliğin kurulması için, belediye meclisi, köy ihtiyar meclisi ve il genel meclisi üyelerinin birlik tüzüğünü ittifakla kabul etmiş olmaları gerekir. Bundan sonra, tüzük idari vesayet makamının onayıyla yürürlüğe girer. Vesayet makamı, birlik kuran yerel yönetim birimlerinin aynı il içinde olmaları durumunda vali, ayrı illere bağlı olmaları durumunda ise İçişleri Bakanlığıdır. 1982 Anayasasının 127. maddesinin son fıkrasına göre ayrıca, Bakanlar Kurulunun izni gerekir.

Birliğin organları, birlik meclisi, encümen ve birlik başkanıdır. Birlik meclisinin üyeleri, birliği oluşturan yerel yönetim meclislerinin, meclis üyeliği için aranan özelliklere sahip olanlar arasından beş yıl için seçilirler (BK. md. 140). Her birinden en az iki üyenin birlik meclisine gönderilmesi gerekir. Kanun, ayrıca, birliğin, içinde yer aldığı illerin valilerinin, belediye başkanlarının ve köylerin muhtarlarının da meclisin doğan üyeleri olmalarını öngörmektedir (BK. md. 144/2). Birlik encümeni, birlik başkanı ile, birlik meclisinin kendi üyeleri arasından seçeceği dört üyeden oluşur. Belediye meclis ve encümenlerinin yetki ve görevleri hakkındaki hükümler, birlik tüzüğü ile verilen yetki, görev ve hukuk dışına çıkmamak şartıyla, birlik meclis ve encümenleri hakkında da uygulanır (BK. md. 146, 148).

Uygulamada, birlik kurma önceliğinin, genellikle, birliğe katılan makamlardan değil, şu veya bu sebeplerle bucak ve ilçe gibi merkezî idarenin taşra kuruluşlarının başaramadığı bazı görevlerin ifası için birliği bir araç olarak kullanan mahallindeki merkezî idare temsilcilerinden çıktığı görülmektedir.<sup>93</sup>

91 GÖNÜL, Mustafa, (1982) Yerel Yönetim Birlikleri, TODAİE Yayınları No:159, Ankara, s. 15.

92 KAZANCI, s. 260.

93 HANSON, A. H., (1955), «Türkiye'de Bağımsız Mahalli İdare Hakkında», A. H. Hanson (ed.), Mahalli İdareler Hakkında Etütler, TODAİE- Ankara, s. 155.

## DEĞERLENDİRME, SONUÇ VE ÖNERİLER

1984 yılında 3030 sayılı Kanunla hukukumuzda giren ve 1970' yıllardan beri yapılan çalışmaların bir ürünü olan "büyükşehir yönetimi" ile, metropoliten yönetim modelleri içinde federasyon tipi (iki kademeli) bir yapının benimsendiği görülmektedir. İki kademeli yapı içerisinde kuruluş bakımından farklı bir statüde olmakla birlikte, büyükşehir belediyeleri içerisinde bulunan ilçe belediyelerince 1580 sayılı Kanuna göre oluşturulan<sup>94</sup> "belediye şubeleri"ne üçüncü bir basamak gözüyle de bakılabilir.<sup>95</sup> Diğer iki kademeli metropol yönetimlerle karşılaştırıldığında, büyükşehir yönetim sisteminin, kendi kamu yönetimi yapımızdan kaynaklanan bazı özellikleri bulunmaktadır.

Büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasında gerek görevler, gerekse yetki ve kaynaklar itibarıyla bir denge sağlanması yerine büyük şehir belediyesinin üstünlüğü esas alınmıştır. Toronto metropoliten yönetiminin esas alındığı intibamı vermesine rağmen, bu özelliğiyle daha çok Tokyo örneğine benzemektedir. İlçe belediyelerinin büyükşehir nazım imar planlarına uygun olarak hazırlayacakları tatbikat imar planlarını onaylaması ve uygulamasını denetlemesi; ilçe belediyeleri arasında ihtilafları çözmek, zabıta ve diğer hizmetlerde koordinasyonu sağlamak; ilçe belediye meclislerinin aldığı kararların büyükşehir belediye başkanının onayına tabi olması, Başkanın bunları tekrar görüşülmesi amacıyla geri gönderebilmesi bu üstünlüklere örnek olarak verilebilir. Bunlar da gösteriyor ki, büyükşehir belediye kademesi ile ilçe belediye kademesi arasında bir tür hiyerarşi vardır. Halbuki her iki düzey yerel yönetim birimi de kamu tüzelkişiliğine sahiptir. Birini diğerini üzerinde farzetmek iki kademeli yönetim sisteminin özüne aykırıdır. Bu nedenle, büyükşehir belediyeleri ile ilçe ve alt kademe belediyelerinin görev ve yetki paylaşımı bakımından daha açık bir nitelik kazandırılmalıdır. Büyükşehir belediye başkanları ile ilçe ve alt kademe belediye başkanları arasındaki anlaşmazlıklar böyle bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Ancak ağırlığın bu kademelerden hangisine verileceği hususu bir siyasi tercih konusudur. Bu alanda eğilim büyükşehirlerin görev ve yetkilerini, özellikle imar alanında, biraz daha artırma yönündedir. Nitekim, halen yürürlükte bulunan *7. Beş Yıllık Kalkınma Planı* ön hazırlık çalışmaları sırasında oluşturulan *Mahalli İdareler ve Büyükşehirler Yönetimi Özel İhtisas Komisyonu Raporu*'nda bu tavsiye yer

94

1580 sayılı Kanununun 10. maddesine göre, nüfusun yoğun olması nedeniyle bir bir beldenin çeşitli kümelerden oluşması veya belde nüfusunun 80 bini geçmesi hallerinde, belediye şubesi kurulabilmesi içi orada oturan halkın en az yarısından bir fazlasının ya da belediye meclisinin o yeri en büyük mülkî âmirie başvurması zorunludur. Bunu üzerine, en büyük mülkî amirin ilçe idare kurulundan karar alması, sonucun valiye bildirilmesi üzerine valinin il idare kurulunda karar alması, Danıştay'ın görüşü, Bakanlar Kurulunun kararı ve Cumhurbaşkanının onayı ile belediye şubeleri kurulur.

95

GÜLER, Birgül (1988), "Planlama İşlevi Örneğinde Büyükkent İle İlçe Belediyeleri İlişkileri" *Türk İdare Dergisi*, Yıl 60, Sayı 378, s. 397.

almış,<sup>96</sup> bu tavsiye adı geçen plana yansımış ve Planın 1996 Yılı Kalkınma Programı'nda da yer almıştır.

Büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında görev ve yetki dağılımı açısından büyükşehir belediyesini esas alan bir sistem ortaya çıkmıştır. Bu sonuca, Kanunda her iki kademenin görevlerini inceleyen herkes varabilir. Halbuki, yerel demokrasinin gerçekleşmesi bakımından ilçe belediyelerinin esas alınması, metropoliten alan çapındaki hizmetlerin koordinasyonunu sağlanmasında büyükşehir belediyelerinin sorumlu olması gerekirdi.

3030 sayılı Kanun ile kurulması sağlanan büyükşehir ve ilçe belediyeleri kurumunun, Anayasada (md. 127/3) belirtilen “*özel yönetim biçimi*” olup olmadığı tartışılabilir. Ayrıca, Anayasada, “büyük yerleşim merkezleri” deyiminin, “*sınırları içinde ilçe bulunan*” kentleri karşılayıp karşılamadığı da sorulabilir.<sup>97</sup> Metropoliten ve büyükşehir özelliği taşımayan yerleşim yerleri, siyasilerce, oy kaygısı ile meydanlarda söz verilmekte ve daha sonra bu yerler büyükşehir belediyesi haline getirilmektedir. Diğer taraftan, pek çok kent büyükşehir statüsüne sokulmak istemektedir. Bu yöndeki taleplerin esas nedeni merkezî idareden büyükşehirliere verilen ek gelirlerdir.<sup>98</sup> Mevcut büyükşehir belediyelerinin incelenmesi halinde, bunları büyük bir kısmının büyükşehir özelliği taşımadığı görülecektir. O nedenle, büyükşehir özelliği taşımayan yerlerde, tek kademeli belediye yapısına dönülmesi, nüfusu dağılımı itibariyle kümelerden oluşa böyle beldelerde tek kademeli belediye içinde belediye subelerinin kurulması ile kentsel hizmetler daha rasyonel bir şekilde yürütülebilir ve bu hizmetler bakımından koordinasyon sağlanabilir.

96 Devlet Planlama Teşkilatı (1994) Mahallî İdareler ve Büyükşehir Yönetimi, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayını, Ankara, s. 114.

97 AYDIN, Ahmet Sezai (1986), “Büyükşehir ve İlçe Belediyeleri Organları Üzerine Bazı Düşünceler”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 58, Sayı: 373, s. 52.

98 Devlet Planlama Teşkilatı (1994) Mahallî İdareler ve Büyükşehir Yönetimi, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayını, Ankara, s. 116.



## SİGORTANIN OSMANLI HUKUKUNA GİRİŞİ

Dr. Mustafa AVCI\*

### A-Kavram

İtalyanca *sicurta* kelimesinden alınan ve dilimize sigorta olarak yerleşen kelime<sup>1</sup>, Fransızca'ya emniyet ve güvenlik manasına gelen *sécurité*, İngilizce'ye de *security* olarak geçmiştir.<sup>2</sup> Sigortanın sözlük anlamı emniyet, güven, nefsin mutmain olması, korkusuz ve güven içinde bulunmasıdır.<sup>3</sup> Bu kelime İbn Abidin tarafından ilk olarak "sevker" şeklinde kullanılmış, günümüzde sigorta şeklini almıştır. Ancak sigorta akdi için Fransızca'da hukuki terim olarak emniyet ve güvenlik vermek manasına gelen *l'assurance*, İngilizce'de ise *insurance* kelimesi kullanılmaktadır. Arapça'da kullanılan "et-te'min"<sup>4</sup> kelimesi Fransızca'daki *l'assurance* kelimesinin tam karşılığıdır,<sup>5</sup> "emin kılma, güvence altına alma" anlamlarına gelir.

### B-Sigorta Fikrinin Doğuşu

İnsanlar hayatları boyunca bazen gelir ve kazançlarında eksilmeye ya da kayba yol açan, bazen de ek harcamalar gerektiren olay ve tehlikelerle karşılaşır. Nehir taşar, ev ve ekinleri su basarsa bir tehlikedir, insan hastalanırsa, yaşlanır ve çalışamazsa bir tehlikedir, ev yanar, yağmur yağmaz kuraklık olur veya dolu yağarsa bir tehlikedir, harp olur, isyan olur, can ve malımız zarar görürse bir tehlikedir. Ekonomik ve sosyal alanları tehlikelerle karşı karşıya olan insanlar, iradeleri dışında meydana gelmesi muhtemel doğal veya sosyal tehlikelere (risk) karşı korunmak isterler. Bu da iki yolla olur. Ya tehlikeleri önler, ya da bunların meydana getirdiği zararları tahammül edilir hale getirirsiniz, ya da önlemek mümkün olmazsa onun zararını asgari seviyeye indirirsiniz. Doğadaki değişiklikleri ve dolayısıyla tehlikeleri önlemek imkanı yoktur. İnsan yaşlanır, ölür, deprem olur, gemi batar. Tehlikelerin kendisine yönelik iradi, gayri iradi (refleks) ve ferdi mücadele teknikleri yeterli olmayınca insanlar toplu mücadele yöntemle-

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 ARSEVEN, Haydar, *Sigorta Hukuku*, İst.1991, s.3. "İtalyanca *sicurta* kelimesinden lisanımıza aktarılmış ve eşyanın kıymetini bir ücret-i muayyene mukabilinde tazmin taahhüdüyle kazadan temin manasında istimal olunmuştur." ERGİN, O. Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, İst.1995, V/1977.

2 "Bir adamın malını meblağı muayyen mukabilinde kumpanyanın (sigorta şirketinin) zaman-ı tahtına (tazmin sorumluluğu altına) vaz etmesidir." İBN HÂZİM FERİD, "Sigorta", *Beyânülhak*, İst.1325, Yıl:1, C:II, No:27-29, s.634.

3 *Türkçe Sözlük*, Türk Dil kurumu, II/1306.

4 ERGİN, V/2977. Kelimenin sözlük ve terim anlamı hakkında geniş bilgi için bkz. ÂL MAHMUD, Abdullatif Mahmud, *et-Te'mînü'l-İctimai fi Dav'i's-Şer'ati'l-İslamiyye*, Beyrut, 1994, s.25vd.

5 TUNCAI, A. Can, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İst. 1998, s.17.

ri geliştirmeye çalışmışlardır. Fakat tehlikenin kökünü kazımak insanlığın ebedi tutkusu olarak kalacak, hayatın olduğu yerde tehlike ve mücadele de sürecektir. İnsanlar ilk çağlardan beri tehlikelerin zararını azaltma yönünde mücadele vermişler, kendilerini ve ailelerini karşılaştıkları muhtelif tehlikelere karşı emniyete alma ihtiyacını hissetmişler, bunun için çeşitli yollar ve tedbirler düşünmüşlerdir.<sup>6</sup>

Tehlikenin acı sonucundan kurtulmak için ilk akla gelen ferdi mücadele şekli tasarruftur. İlgüdüsel olarak hayvanlarda bile mevcut olan tasarruf ve ihtiyaç stoklaması insanların ilk başvurdukları, ancak günümüzde bile önemini yitirmemiş bir mücadele tekniğidir. Para biriktirme, tasarruf hesabı açtırma, tasarruf sertifikası vb. günümüzdeki tasarruf şekilleridir<sup>7</sup>. Bireysel tekniklerin faydaları olmakla birlikte, tasarruf yapamayanlarla paradaki değer düşmeleri tasarrufun satın alma gücünü azaltmaktadır. Bu sebeple yeterli bir güvenlik rejimi olamaz.

Başka kişilerin katılımını gerektiren güvenlik teknikleri de sosyal yardım ve hukuki sorumluluk şeklinde ortaya çıkar. Ancak asıl olan toplu tekniklerle güvenliğin sağlanmasıdır.

Toplu tekniklerden yardım sandıkları ticari amaç taşımayan ve sigorta tekniğinin aksine herhangi bir aracı kabul etmeyen, kendilerini güvence altına almak isteyen ve aynı şartlar içinde bulunan bir topluluğun oluşturduğu, topluluk üyelerinden herhangi birinin karşılaştığı riskin yükünü öteki üyeler arasında dağıtan ve üyelerin temsilcileri tarafından yönetilen kurumlardır.<sup>8</sup> Avrupa'da uzun süre kendilerini güvenceye almak isteyen işçilerin başvurduğu bu teknik sendikaların kurulması yasak olduğu için Fransa'da mutualite, İngiltere'de ise friendly societies adını alan yardım sandıklarıdır, bu sandıklar üretim ve tüketim kooperatifleri kurmuşlar, hastalık, kaza, yaşlılık ve sakatlık gibi bir kısım risklere karşı yardım sağlamışlardır.<sup>9</sup>

Toplu mücadele türünde başkaları ile beraber hareket etme ve tehlikenin sonucunu daha geniş bir kitle üzerine yayma düşüncesi vardır. Yoksula, hastaya, sakat veya muhtaç birine yardım düşüncesi dini veya ahlaki bir borçtan, yahut örf ve adetten kaynaklanabilir. Özellikle aile fertleri, yakın akraba ve komşular arasında yardımlaşma daha çok görülür. Sigorta da toplu mücadele tekniklerinin en

6 YAZGAN, Turan, Sosyal Sigorta, İst. 1977, ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.3-4. "Tabî'l-vukû olan şu hallere heyet-i ictimaiyece te'min-i emlak meselesi nazar-ı itinağa alınmış ve bunun neticesi olarak sigorta kaziyesi meydana çıkmıştır." İBN HÂZİM FERİD, s.633.

7 TUNCAY, s.8.

8 GÜZEL-OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, İst.1998, s.11-12.

9 GÜZEL-OKUR, s.11.



gelişmişlerindedir. Günümüzde yaygın olan sigortanın tarihi seyrini inceleyebiliriz.

### C-Sigortanın Tarihçesi

Sigortanın tarihi henüz yazılmamıştır. Sigortaya benzer bazı kuruluşlar eski çağlarda da var olmuş,<sup>10</sup> bu günkü anlamda sigortacılık değil, riziko paylaşımının münferit şekilleri bazen bir kanun, bazen egemen gücün emri, bazen de ilgili çevrelerin uygulaması ile olmuştur.<sup>11</sup> Sigortacılığın bilinmediği zamanlarda başka hukuki şekil ve kurumlar emniyet temini için kullanılmıştır<sup>12</sup>. Doğuş tarihi bilinmemekle birlikte ilk olarak deniz ticareti alanında uygulanmıştır.

#### 1-Eski Çağlar

Eski çağlarda kabile, daha sonra aile içi dayanışma ve yardımlaşma güvenliğinin temininde doğal yollar olarak görülmüş, eski kabileler bir tür üretim ve tüketim birliği halinde yaşamıştır. Aile içi dayanışma tarım ekonomisine geçişten sanayileşme öncesine kadar olan dönemde güvenliğinin temininde önemli rol oynamış, sanayi devriminden sonra da bütünüyle kaybolmamıştır.

M.Ö. 4500 yıllarında Mısır'da yaşayan taş yontucularının aralarında bir sandık kurdukları ve birinin ölümü halinde bu sandıktan yardım yaptıkları ele geçen bir papirüsten anlaşılmıştır.<sup>13</sup>

Deniz öduncü eski medeniyetlerde de bilinirdi. M.Ö. 3000 yıllarında Çinli tacirler yüklerini kayıklarla taşıyorlar, bir kayık kayaya çarpıp parçalanınca zarar tüm tacirler arasında paylaşıyordu.<sup>14</sup> M.Ö. 1800'lerde Mezopotamya'da hüküm sürmüş olan Hammurabi'nin Kanunu haydutların saldırısına uğramış kervanların zararlarının diğer kervanlar arasında paylaşılmasını öngörmüştü. Bu tehlike paylaşımı kara taşımacılığındaki bir örnektir.<sup>15</sup> Yine bu Kanununun 23-24. paragraflarına göre bir haydut veya soyguncunun saldırısına uğrayan kişi, fail yakalanmaz

10 MANNAN, M. A. İslam Ekonomisi (Çev. Tevfik Ömeroğlu) İst. 1980, s.484.

11 ARSEVEN, Sigortanın Tarihçesi, s.418.

12 KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İst. 1995, s.11-12.

13 ÇETİNOĞLU, Muharrem, Türkiye'de Sigortacılık Teknik Esasları Üzerine Bir İnceleme, İst.1965, s.3. Mısır'da Yusuf (as) yedi bolluk yılında rezervler teşkil ederek yedi kıtlık yılında dağıtmış, böylece üretim, tüketim ve tasarruflar arasında anlamlı bir ilişki kurarak hayat seviyesindeki büyük dalgalanmaları önlemiştir. RICHARDSON, J. H. İktisadi ve Mali Yönüyle Sosyal Güvenlik (Çev: T. Yazgan) İst.1970, s.4, DİLİK, Sait, Sosyal Güvenlik, Ank.1991, s.15, TUNCAY, s.9. Bazıları Hz. Yusuf'un bu uygulamasını sigorta fikrinin nüvesi sayarlar. Halbuki onun yaptığı stoktur ve insanlık stokun önemini anladığı günden beri iktisadi bir mecburiyet olarak uygulaya gelmiştir. Yusuf (as)'ın özelliği bu uygulamayı vahiyle gelen haberle yapmış olmasıdır. BİLTÂCİ, Muhammed, 'Ukûdu't-Te'mîn, Mısır, 1982, s.9

14 YAMAN, Erdal, Dış Satış Kredisi Sigortası, Ank.1983, s.20.

15 ARSEVEN, Sigortanın tarihçesi, s.419.

ve mağdur zararının bütün ayrıntılarını gösterir bir beyanda bulunursa mal ve can zararını soygunun yapıldığı şehir, bölge veya o yerin yöneticisi tarafından öderirdi.<sup>16</sup> Devlet emniyet fonksiyonunu yerine getiremediği için kanundan doğan kamu sigortası gereği bu ödemeyi yapardı.<sup>17</sup>

Roma İmparatorluğunda Roman Collegia'lar üyelerine ödemelerde bulunan ve cenaze masraflarını karşılayan derneklerdi, İmparatorluk döneminde tüzel kişilik kazandı ve girilmesi mecburi meslek birliklerine dönüştü,<sup>18</sup> kapsam genişletilerek ölüm, iş göremezlik ve emeklilik halleri de sigorta kapsamında kabul edilmeye başlandı.<sup>19</sup> Kural olarak ticari ortaklıkların tüzel kişiliği yoktu. Societates publicanorum veya büyük sınaî ortaklıkların, maden ve tuz işletmeleri için kurulanların tüzel kişiliği olduğu kabul edilir.<sup>20</sup> Devletin teminat vermesi, rizikoyu garanti etmesi şartıyla esir taşınmasını da bir tür sigorta sayanlar olmuştur.<sup>21</sup>

M.Ö. 640-558 Atina kanunlarına göre aynı siyasi eğilime mensup dini ve ya fikri cemiyetler ile aynı meslek ve sanat sahipleri arasında kurulmuş teşekküller üyelerinin ödedikleri primlere karşılık cenaze masraflarını karşılıyordu.

Deniz ödücü ile ilgili normlar Finikelilerde de vardı. Hindular ve Romalılar M.Ö. VI-VII. yüzyıllarda uygulamıştı.

<sup>16</sup> Madde metni için bkz. TOSUN Mebrure-YALVAÇ, Kadriye, Sumer Babil Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Ank.1975, s.187. Aynı Kanun, § 126'ya göre, "eğer bir adam malı kaybolmadığı halde malım kayboldu derse ve bölgesini aldatırsa bölgesi malı kaybolmamış gibi Tanrı önünde ilan edecek kaybolduğunu iddia ettiğinin iki katını yapıp bölgesine ödeyecektir." Bkz. TOSUN-YALVAÇ, s.197. Eski Türklerde de mahalle halkından birinin malı çalınır ve fail bulunamazsa mahalle sakinleri bu malı tazmin etmekle yükümlü tutulurdu. DANIŞMEND, İ. Hami, Eski Türk Seciye ve Ahlakı, İst. Ty. s.548-551.

<sup>17</sup> ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.8.

<sup>18</sup> KARADENİZ, Özcan, Roma Hukuku, Ank.1986, s.183, UMUR, Ziya, Roma Hukuku. İst.1979, s.414, UMUR, Z. Roma Hukuku Lügati, İst.1983, s.39. RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İst.1980, s.144. DİLİK, Sosyal Güvenlik, s.14. Roma'da toplumun bütün sınıflarında birbirinden çok farklı nitelikte collegiumlar meydana getirilmiştir. Bir bölümünün kamu tüzel kişiliği vardır, bir bölümü yarı resmidir. Bazıları ise özel hukuk tüzel kişisidir. Amaçlarındaki farklılığa rağmen tümünde dini bir nitelik görülür. Augustus döneminde collegium görünümü altında yasa dışı baskı grupları oluşuyordu. Kuruluşu izne bağlandı. Daha sonraları klasik hukuk anlayışına ters olarak collegiumlara üye olmak mecburiyeti kalktı. Collegiumlar da bütün meslektaşları içine alması gerekmiyordu. Geniş bilgi için bkz. HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, İst.1977, s.44vd.

<sup>19</sup> ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ank.1997, s.5.

<sup>20</sup> HATEMİ, Tüzel Kişiler, s.45.

<sup>21</sup> ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.9.

## 2-Orta Çağ

Orta Çağda Kilise ve Manastır gibi dini kuruluşlar da yoksullara, hastalara, kimsesiz çocuklara, dul ve yetimlere halkın bağışlarından oluşan fonlardan yardım yaparlardı. Bu yardımlar genellikle kilise ve manastırların bünyesindeki hastanelerde fakir ve parasız hastalara tedavi ve bakım sağlama, onlara para, yiyecek ve giyecek verme şeklinde oluyordu.<sup>22</sup>

XVII. yy.da İspanya'da XIX. yy. da ise Fransa'da ortaya çıkan mutualite ve İngiltere'de ortaya çıkan "friendly societies" muhtaçlara yardım eden derneklereydi.<sup>23</sup>

Özel sigorta türünde ilk ortaya çıkan deniz öduncünden (bottomry) kaynaklanan deniz sigortasıdır.<sup>24</sup> Deniz sigortasının klasik zamanlarda Kuzey Afrika Müslümanları tarafından tesis edildiği söylenir.<sup>25</sup>

Deniz rizikolarının karşılanması konusunda büyük gelişmeler kaydedilmiş, ancak bu arada bir çok yolsuzluklar yapıldığı için M.S.1230'da Papa VII. Gregoire deniz öduncü akdinin haramlığına faizli uygulama sebebiyle hükmetmiş ve dinen yasaklamıştır.<sup>26</sup>

Prim esasına dayalı sigorta<sup>27</sup> uygulaması ilk defa 1250 yıllarında Venedik, Pizza ve Floransa'da görülmüştür. Fransa, Hollanda, İspanya ve İtalya gibi denizci ülkelerde sigorta kazalara karşı korunmak ihtiyacıyla uygulanmaya başlanmıştır. M.S. 1310'da Belçika'nın Batı Flandır bölgesi şehirlerinde deniz sigortası tesis edilmiştir.<sup>28</sup>

XV. ve XVI. yy.da deniz sigortaları alanında tedvin faaliyeti başlamıştır. İlk önemli kanun 1435 tarihli Barcelona Emirnamesi (Ordonnance de Barcelona) dir. 1436, 1453 ve 1461'de tadil edilmiş ve yerini 1484 tarihli "Grande Ordonnance de Barcelona" almıştır. Bundan sonra diğer düzenlemeler olmuş, ancak bu prensiplerin kara sigortalarına ne zaman uygulanmaya başlandığı bili-

22 TUNCAY, s.9.

23 TUNCAY, s.12.

24 "Sigortanın mebdei pek yenidir. Seyr-i sefain tehlikeleri bi'n-nisbe kesiru'l-vuku olmakla beraber ticaretle de alakadar bulunduğundan on dördüncü asırda sigorta fikri bu tehlikeleri bertaraf edebilmek düşünceleri meyanında zuhur etmiş ... ilk defa İtalya'da vücut bulmuştur." ERGİN, V/2977dn.

25 HAMİDULLAH, Muhammet, İslam'da Devlet İdaresi (Çev: K. Kuşçu), Ank.1979, s.357.

26 ÇETİNOĞLU, Muharrem, Türkiye'de Sigortacılık Teknik Esasları Üzerinde İnceleme, İst.1965, s.3vd.

27 Günümüzdeki anlamıyla primli sigortanın gelişmesi kapitalizm ile sıkı ilişkisi vardır. KOCATAŞKIN, Işın, Dünyada ve Türkiye'de Sigorta ve Reasürans Tarihçesine Kısa Bakış, İst.1990, s.15.

28 BİLTACI, s.12.

nememiştir.<sup>29</sup> 1560'ta "Ordonnance de Bilbao"yu 1681 yılında "Ordonnance de la Marine" takip etmiştir.

1591 yılında Almanya'da "Feuer Casse" olarak bilinen bir yangın derneği örgütlenmiş,<sup>30</sup> Londra'da 1666 senesinde vuku bulan yangında 13.000 ev ile yüze yakın kilise hasara uğramış ve bu yangını müteakip çok sayıda yangın sigortası şirketi kurulmuş, bunu hayat sigortaları takip etmiştir. Fransa'da ise sigorta mefhumu XVIII. yy. da yerleşmiştir.<sup>31</sup> Sigorta emniyet satan bir kurumdur, sigortacının ödeme gücü önemlidir. Bu sebeple XVII. yy.dan itibaren ruhsatlı ve imtiyazlı sigortacılık ortaya çıkmış, bu suretle sigortacının ödeme güçlüklerine çare bulunmaya çalışılmıştır. Fransa'da 21.5.1686 tarihli bir kararla "Chambre Genele d'assurance" adlı bir şirkete 6 yıllık imtiyaz verilmiş ve bu imtiyazı diğer şirketlere verilenler takip etmiştir. imtiyazlı sistem İngiltere'de 1720 yılında yürürlüğe girmiş, İtalya, Danimarka ve İsveç'te de bu uygulama görülmüştür.<sup>32</sup>

XIX. yy. gelişen önceki sigorta nevelerine sorumluluk sigortası eklenmiştir. XX. yy. sigorta için hamle çağı olmuş istatistik esasları sigortada kullanılmaya başlanılmış sanayi hayatının temel unsuru olan işçi sınıfının sosyal güvenliklerini temin için sosyal sigortalar tanzim edilmiş ancak bu durum hususi sigortaların önemini azaltmamıştır.<sup>33</sup> Hatta sosyal güvenliğini tamamen hususi sigortalar eliyle gerçekleştiren ülkeler bile mevcuttur. (Şili gibi)<sup>34</sup>

### D-İslam'da Güvenlik Kavramının Teorik Temelleri

İslam'ın ilk kaynaklarında sigortanın günümüzdeki şekline dair malumata rastlamak mümkün değildir. Emniyet arzulanan ve Kuran'da yer yer ele alınan bir konudur.

#### 1-Kuran-ı Kerim

Hz. İbrahim "Bu şehri (Mekke'yi) emniyetli kıl!" şeklinde dua etmiş, (14/35, 2/126) Allah bu duayı kabul etmiş ve büyük bir nimet olan emniyeti Mekke'ye vermiş, (28/57) güvenli şehir üzerine yemin etmiştir.(95/3) "...Kâbe'yi insanlara (sevap için) toplanti ve güven yeri yaptık..." (Bakara, 2/125)

<sup>29</sup> ZERKA, Mustafa A. Nizamü't-Te'min, Beyrut, 1984, s.14. Bu emirnamede akdin noter senedine bağlı olması ve malın ¼ değerle sigorta edilmesi benimsenmiştir. ARSEVEN, Sigortanın Tarihçesi, s.423.

<sup>30</sup> EYÜPOĞLU, Erdal, Sigorta İşletmelerinde Giderler, İst.1978, s.7.

<sup>31</sup> BİLTACI, s.16.

<sup>32</sup> ARSEVEN, Sigortanın Tarihçesi, s.424.

<sup>33</sup> KENDER, s.13.

<sup>34</sup> TUNCAY, s.11.

“Allah güven ve huzur içinde, ekonomik doygunluğu had safhada olan bir toplumu misal verir ki, halkın rızıkı her taraftan (karadan ve denizden) bol bol gelirdi. Fakat Allah'ın nimetlerine nankörlük ettiler de Allah ceza olarak onlara açlık ve korku elbisesini tattırdı.” (Nahl, 16/112)

Ayetlerde Allah'ın indirdiklerini tatbik ile iktisadi tehlikelerden kurtulmak arasında ilgi kurulmaktadır. (5/66)

“Allah sizden iman edip de salih amel işleyenlere...güven sağlayacağını vadetti.” (Nur, 24/55)

İnsanın fizyolojik ve ekonomik varlıklarının (mal ve nesilde) sırf imtihan için bile tehlikeye (korku, açlık ve eksilme) maruz kalabileceği haber verilmektedir. (Bakara, 2/155)

Allah yolunda infak etmeden ve savaşmadan sırf ekonomik durumu düzeltmeye çalışmak insanın kendini kendi eliyle tehlikeye atması olarak nitelendirilmiştir. (Bakara, 2/195)

Emniyetin zıddı olan korkunun şeytandan kaynaklandığı bildirilmektedir. (Alü İmran, 3/175) İnsana geçim konusunda fakirliğe düşmek korkusunu ilka eden de şeytandır (Bakara, 2/268). Şeytanın işi insanları, Allah'tan başkasıyla korkutmak ve Allah korkusunu azaltmaktır. Ondan uzak olan korkudan da uzak olacak, dolayısıyla emniyeti elde edecektir.

Kuran ibret için geçmiş milletlerden, israfları, hak tanımazlıkları, Allah'a isyanları, zayıflara zulümleri ...vb. yüzünden kendilerinin de, ekonomik varlıklarının da helak olduğunu anlatmaktadır. (Misal için bakınız: Kasas, 28/58, 78, Alü İmran, 3/117, Yunus, 10/13, Meryem, 19/74, Enbiya, 21/9, En'am, 6/6, Enfal, 8/54, Taha, 20/134, İsrâ, 17/16, Hâkka, 69/6) Görülüyor ki ayetlerde metafizik alemle riskler arasında bir bağ kurulmaktadır.<sup>35</sup>

## 2-Sünnet

Hz. Peygamber, ömrün kötüsünden (ihtiyarlık dahil) acizlikten (hastalık ve sakatlıklar dahil) üzüntülerden, kederden, ezici borçtan, insanların zulmünden, zenginliğin ve fakirliğin şerrinden, yoksulluktan, aşağılanmaktan, ezilmekten, nimetlerin elden çıkmasından, sağlığını yitirmekten, çeşitli afetlerden, açlıktan, **enkaz altında kalmaktan, evinin yıkılmasından, düşüp yuvarlanmaktan, boğulmaktan, yangından, zehirlenmelerden, (kısacası emniyeti ihlal eden tüm tehlikelerden) Allah'a sığınmıştır.**

Hadislerde de ayetlere paralel olarak risklerin maddi olmayan tedbirlerle önlenileceği (mesela kuraklığın sebep olacağı riskler için dua edilebileceği)<sup>36</sup>

<sup>35</sup> es-SABUNİ, M. Ali, Muhtasarı Tefsir-i İbn Kesir, Beyrut, 1981, II/420.

<sup>36</sup> Buhari, İstiska, 14.

ve bazı maddi tehlikelerin maddi olmayan faydalarının olduğu (mesela hastalığın günahları eriteceği)<sup>37</sup> geçim sıkıntısının, diğer ibadetlerin silemediği günahlara kefarete olacağı belirtilmiştir.

Söylenmek istenen sadece sosyal risk denen olayların bile sırf maddi bir olgu olarak görülmediği, sebep ve çare açısından maneviyatla ilgi kurulduğu gerçektir. Esasen Allah'ın çift yönlü yaratmadığı hiçbir şey yoktur. (Zariyat, 51/49)

Günümüzdeki güvenlik ve sigorta tanımlarından riskin tamamen ekonomik ve maddi bir olay olup, ahlâk ve metafizikle ilgisi olmadığı anlaşılmaktadır. Zenginlik günümüz güvenlik anlayışlarında risk olmadığı halde İslam'a göre risk olabilmektedir. Modern sosyal güvenlik sistemleri hümanisttir ve gayeleri insanda son bulur. İnsanın güvenliği de aslında üretimin güvenliği içindir. Oysa İslam'ın anlayışında insanın güvenliği Allah'a kulluğunun alt yapısını oluşturmaktır. Bu böyle olunca insana Allah'ı unutturan fakirlik kadar, şımartan serveti elinde sömürü aracı olarak tutan zenginlik de bir risktir. Çünkü insan nihayet Allah'a kulluk için yaratılmıştır. (Zariyat, 51/56) Binaenaleyh İslam'da güvenliğin amacı insanı yerine göre fakirliğin, yerine göre de zenginliğin tehlikelerinden koruyarak onu Allah'a kulluk görevini yerine getirecek seviyeye getirmektir.<sup>38</sup> Görülüyor ki, İslam'da güvenlik kavramının kapsamı daha geniştir.

### E-Uygulama

#### 1-İslam'ın İlk Dönemlerinde Sigorta Benzeri Uygulamalar

Hz. Peygamber daha 20 yaşlarında iken Mekke'de haksızlığa uğrayan veya malları gasp edilen kişilere yardım etmek üzere yapılan erdemliler andına (hıfû'l-fudûl) katılmıştır.<sup>39</sup> Bu topluluk sadece isimden ibaret kalmamış, suç işleyen veya haksızlık yapanın zararı ödemesi için bunların ihtarı yeterli olmuştur.<sup>40</sup>

Yine Hz. Peygamber Medine'ye hicretinden 5 ay sonra Medineli maddi durumu iyi olan aile reislerinin, Mekkeli bir muhacir aileyi kendi yanlarına alarak birlikte çalışıp kazançlarını paylaşmak, hatta birbirlerine mirasçı olmalarını sağlamak üzere ahdi kardeşlik münasebeti (muâhât) tesis etti. Bu sayede muhacirler Medine'deki ekonomik yapı ile bütünleştiler. Askeri seferlere çıkılırken

37 Muvatta, Ayn, 8.

38 BEŞER, Faruk, İslam'da Sosyal Güvenlik, İst.1988, s.123vd. TUNCAY, s.14.

39 HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Peygamberi (Çev: S. Tuğ) İst.1980, I/56-59. Bu and'a göre yerli-yabancı, hür-köle kim olursa olsun kimseye haksızlık yapılmayacak, zulme uğrayan olursa zarar zalimden alınarak veya kendi ceplerinden mazluma ödenecektir. ŞEKER, Mehmet, İslam'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, Ank.1984, s.39.

40 SEYDİŞEHİRİ, Mahmud Esad, İslam Tarihi (Sadeleştirilenler: A. L. Kazancı-O. Kazancı) İst.1983, s.385-386.

kardeş aile reislerinden biri alınıyor, diğeri iki ailenin de işlerini görmek üzere görevlendiriliyordu.<sup>41</sup>

Hz. Peygamber ve ilk dört halife döneminde sağlık problemi önemli bir masraf gerektirmediği gibi, at ve develerle yapılan yolculuklarda görülen kazalar da önemsizdi. Aileler evlerini ucuz ve basit malzemelerle kolay bir şekilde ve düşük masraflarla inşa ediliyordu. Bu yüzden hastalık, yangın ve trafik kazası gibi konularda ferdin gücünü aşan büyük riskler söz konusu olmuyordu. Buna karşılık asıl yük, esirlik veya mala ya da cana karşı verilen zararların tazmininde söz konusu oluyordu.<sup>42</sup>

Sosyal sigortanın ilk izlerine de Hz. Peygamber'in tatbikatında rastlamaktayız.<sup>43</sup> Hamidullah'a göre dünyanın ilk yazılı anayasası olan Medine Vesikası<sup>44</sup> idari ve siyasi teşkilatlanma yanında din ayırımı yapmaksızın bütün vatandaşların sosyal güvenliklerini temine yönelik mecburi sosyal sigortanın esaslarına yer vermektedir.<sup>45</sup>

Mezkur kanunun 3-11. maddeleri yalnız kabile isimleri değişmek üzere birbirine yakın ibarelerle dikte edilmiştir.

**3. madde:** "Kureş'ten olan Muhacirler kendi aralarında adet olduğu veçhile kan diyetlerini ödemeye iştirak ederler. Ve onlar harp esirlerinin fidye-i necatını müminler arasındaki iyi ve makul bilinen esaslara ve adalet umdelerine göre ödemeye katılırlar."

HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, I/196-197, ŞEKER, s.44. Böylece Araplar arasındaki aşabiyetin ileride bir tefrikaya sebep olması da önlenmiş oluyor, yani hem ekonomik hem de sosyal barış açısından önem taşıyordu. SEYDİŞEHİRİ, s.547. Günümüzde deprem vb. felaketlerden etkilenenlerin sorunlarıyla yakından ilgilenilmesi için kardeş aile uygulamasına devlet tarafından çağrı yapılması muahatın önemini ortaya koymaktadır.

HAMİDULLAH, Muhammed, İslam'a Giriş (Çev: K. Kuşçu) Ank. Ty. s.200-201, DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İst.1993, s.170.

Sosyal sigortalar kapitalizmin doğurduğu haksızlıklar ve sosyal riskler sonucunda zorunlu olarak ortaya çıkmıştır. İslam'da böyle bir kuruma hiç ihtiyaç yoktur. Ancak yardımlaşma esprisi taşıdığı için İslam ile idare edilmeyen ülkelerdeki Müslümanlar adına tartışılmış, bir çok çağdaş alim bunu çabaz olarak değerlendirmiştir. BEŞER, Faruk, Fıkıh Araştırmaları Işığında Fetvalar-I, İzmir,1991, s.223.

Bu metin Müslümanlar ile Yahudiler ve diğer din mensupları arasında yapılmış bir antlaşma mahiyetindedir. Medine'de Müslümanlardan başka bir cemaatin kalmadığı Asrı saadetin son dönemlerinden itibaren bu anayasa tarihi bir metin olarak kalmış, yerine yeni bir metin konmamıştır. AYDIN, M. Akif, "Anayasa" DİA, III/154.

Kapitalist yapıya sahip toplumlarda tek taraflı risk esasına dayalı sigorta yerine İslam'da karşılıklı risk esasına dayalı sigorta sistemi bizzat Hz. Peygamber tarafından tesis edilmiş, Hz. Ömer devlet hazinesinden tacirlere kredi açmış, elde edilen kârı tacir ile devlet arasında taksim etmiştir. HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, II/1037.

Bundan sonra on ikinci maddeye kadar Avf, Haris, Sâide, Cüşem, Neccâr, Amr bin Avf, Nebit ve Evs oğulları mevzu edilerek üçüncü maddedeki gibi bunların da kendi aralarında kan diyeti ve fidye-i necat ödemelerine iştirak edecekleri kaydedilmiştir.

**12. madde:** “Müminler kendi aralarında ağır mali mesuliyetler altında bulunan hiçbir kimseyi (bu halde) bırakmayacaklar. Fidyeye-i necat ve kan diyeti gibi borçlarını iyi ve makul bilinen esaslara göre vereceklerdir.”

Bu maddelerde her zümre, kendi içinde bir sosyal sigortaya kavuşmuş olacak ve hepsinin ayrı bir fonu olacaktır.<sup>46</sup>

Bu maddeler: 1-Öldürme veya yaralama halinde öldürülenin ailesine verilecek olan kan bedeli, 2-Harp esirlerinin kurtarılması için ödenecek olan fidye-i necat (on ikinci madde, ilaveten aynı fonda umumi kaide koymaktadır). 3-Ağır mali mesuliyetler altında bulunan müminlerin bundan kurtarılması hususu tanzim edilmektedir.

Aidatlarda ödeme mecburiyeti getirilen, müeyyideye bağlanan ve Müslim-gayrimüslim ayrımı yapılmayan bu sistemde Medine Site Devleti vatandaşı olmak mükellefiyet için yeter sebeptir.

Salih Tuğ bu bilgileri verdikten sonra, yukarıdaki hususları zamanımızdaki mecburi sosyal sigortalara benzetmektedir.<sup>47</sup> Hamidullah, “ağır borç altına girenler için sosyal sigorta tedbirleri alınmıştı” demektedir.<sup>48</sup> Ayrıca risklerin zaman ve şartlara göre değişebileceğini, ilk devirde sigortaya, halkın en fazla ihtiyaç duyduğu alanlarda gidildiğini, günümüzde değişik rizikoların sigortaya konu olabileceğini söylemektedir.<sup>49</sup>

Medine Vesikası'nda yer alan meâkil (âkile) sistemi, karşılıklı yardımlaşma sigortası mı yoksa sosyal sigorta mıdır? Kanunla düzenlenmesi ve mecburiyet esasından dolayı bunu sosyal sigortalara benzemekte ise de, her kabilenin kendi aralarında yardımlaşmasının sağlanması sebebiyle yardımlaşma sigortasına benzemektedir. Günümüzdeki düzenlemelere tıpatıp uymayan bu sisteme “nevi şahsına münhasırdır” dememiz belki daha uygun olacaktır.<sup>50</sup>

46 YENİÇERİ Celal, İslam İktisadının Esasları, İst. 1980 s.436.

47 TUĞ, Salih, İslam Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı, İst.1984, s.42.

48 HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, II/1037.

49 HAMİDULLAH, İslam'a Giriş (Çev: K. Kuşçu) Ank.1965 s.200

50 ESEN, Adem, Sosyal Siyaset Açısından İslam'da Ücret, Ank.1993, s.95.



## 2-Eyyubiler

Eyyubiler'de muhtaçlara ilaç parasız dağıtılıyordu. Kimsesiz bakıma muhtaç çocuklar ve yabancı fakirler için bakımevleri ve misafirhaneler vardı.<sup>51</sup>

## 3-Selçuklular

Selçuklular döneminde ticaretten alınan bac ve geçiş vergileri kaldırılmış, yol güvensizliğinden kaynaklanan sebeplerden dolayı zarar gören tüccarın zararlarını tazmin etmek amacıyla bir **ticaret sigortası** sistemi oluşturulmuştur.<sup>52</sup> Selçuklular devrinde kervanlarla yapılan ticari taşımacılıkta malların çalınması, gasp edilmesi, tabii ve diğer sebeplerle hasar görmesi halinde zararın devlet tarafından karşılanması esasına dayalı bir nakliyat sigortası olarak derbend teşkilatı oluşturulmuş, bu teşkilat Osmanlılar devrinde de yaşatılmış ve yaygınlaştırılmıştır.

## 4-Osmanlılar

*a-Derbend:* Derbend sisteminin Osmanlılara İlhanlıların tutkavulluk sisteminin etkisiyle geçtiği, derbendcilerin buldukları yerin güvenliğini sağladıkları,<sup>53</sup> ihtiyaç halinde yolculara kılavuzluk yaptıkları, bölgelerindeki yolculardan birinin malı kaybolduğu takdirde kendilerinin ödediği<sup>54</sup>, hizmetlerine karşılık bütün örfi vergilerden muaf tutuldukları<sup>55</sup>, yolculardan da geçit akçesi, derbend resmi veya derbend adeti<sup>56</sup> adı altında bir miktar para veya mal aldıkları bilinmektedir.<sup>57</sup> *"Ve dahi bir yerde derbend hafızları (sahipleri) olsa dahi taksirat edip hıfzında tekasül etseler ol yollarda zayi olan müslümanların (ebnayı sebinin; yolcuların) rızıklarını almanı bulmazlar ise (Şer' ile tazmin yoksa) tazmin ettireler zira derbendi hıfzedip gözetmek onların üzerine lazımdır."* Kanuni Ka-

Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, Editör: H. D. Yıldız, İst.1992, VI/408.

TURAN, Osman, Selçuklular Zamanında Türkiye, İst. 1971, s.285, 292. Gazneliler gibi Selçuklular da ticari kervanlara askeri muhafızlar koyarak güvenliğini sağladılar, zarara uğrayan kervancının zararı devlet hazinesinden tazmin edilirdi. Büyük İslam Tarihi, VII/206.

"Devlet yol güvenliğini sağlamak için derbentler kurarken..." İLGÜREL, Mücteba, "Eşkîya", DİA, XI/467.

"...o yollarda biri helak olsa veya malı zayi olsa hangi varoşa yakın olursa ol varoşu bekleyenlere tazmin ettireler deyü ümera-i maziye ile bu veçhile muahede etmişlerdir." Bosna Vilayeti Kanunnamesi, m.16, kanun metni için bkz. BARKAN, Kanunlar, s.398.

Örnekler için bkz. BARKAN, Kanunlar, s.141, m.5, s.276, m.18, s.281, m.20, s.283, m.32.

Tanzimata kadar yürürlükte kalan Rumeli Derbend Kanunnamesi metni için bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, II/357.

Geniş bilgi için bkz. ORHONLU, Cengiz, Osmanlı İmparatorluğunda Derbend Teşkilatı, İst.1990, s.40, 49, HALAÇOĞLU, Yusuf, "Derbend" DİA, IX/162-163.

nunnamesi, m.122.<sup>58</sup> aynı hüküm Kanuni devri Bosna Sancağı Kanunnamesi, m.301 ve I. Ahmed Kanunnamesi, m.187'de tekrarlanmıştır.<sup>59</sup> Esasen bu Kanunnameye göre mahalle veya köy içinde bir hırsızlık olur ve sanık yakalanamazsa mağdurun zararı mahalle veya köy halkına tazmin ettirilir (m.77), bir köyün yakınına konaklayan kişinin malı çalınır ve yine sanık bulunamazsa, o köyün halkı tazminden sorumlu tutulur (m.78), Pazar içinde hırsızlık olur ve sanık yakalanamaz ise bu pazarın bekçisine tazmin ettirilir (m.80), kervansaray içindeki hırsızlıkta kervansaraycıya (m.84), yaya, müselleme, yörük ve doğancı (voynuk), vakıf ve mülk olan yere hırsız kaçıp içlerine girse hırsızın onlara buldurulması, bulamazlar veya hırsız teslim etmezler ise hırsızın aldığı onlara ödetilmesi (m.117) hükme bağlanmıştır. Benzer hükümler daha sonra IV. Mehmet Kanunnamesinde de yer almıştır.<sup>60</sup>

*b-Ahilik:* Osmanlı'da teşkilatlanmış ticaret ve küçük sanayi kesimleri fütüvvet ve ahilik ilkelerine dayalı esnaf birlikleri oluşturmuştur.<sup>61</sup> Ortaçağda İslam Dünyasında doğan fütüvvet anlayışı, ahilik ve lonca teşkilatları güvenliğin temininde önemli rol oynamışlardır.<sup>62</sup> Anadolu'nun her şehir ve kasabasında mevcut olan ahiler, ahi denen başkanlarının yönetiminde zorbaları yok etmek, yabancılara, gezgin ve misafirlere zaviyelerinde ziyafetler vermek, türkü ve oyunlarla hoş vakit geçirmek, her hususta sosyal yardımlarda bulunmakla kendilerini görevli sayıyorlar, sıkı bir bağlılık ve disiplin içinde yaşıyorlardı.<sup>63</sup> Ahilerin kurduğu esnaf ve sanatkar birliklerinin koydukları kurallar, sonraları bu alanda hazırlanan kanunnamelerin temelini oluşturmuştur.

Lonca ya da esnaf-sanatkar birliklerinin Avrupa ülkelerinde sosyal güvenlik alanında gerçekleştirdikleri kendi kendine yardım düzeni İslam ülkelerinde de görülmektedir. Örneğin Osmanlı'da loncaların bu amaçla kurmuş oldukları sandıklara "orta sandığı" ya da "teavün sandığı" denmektedir.<sup>64</sup> Bu sandıklarca karşılanan sosyal risklerin kapsamı oldukça geniştir. Hastalanan üyelere tedavi yar-

58 Madde metni için bkz. HEYD, Uriel, *Studies in old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s.91, AKGÜNDÜZ, *Osmanlı Kanunnameleri*, IV/318.

59 Kanun metni için bkz. AKGÜNDÜZ, *Osmanlı Kanunnameleri*, VI/487, IX/518.

60 Bkz. Ahmet Lütfi, *Mir'at-ı Adalet*, (Osmanlı Adalet Düzeni, Sadeleştirilen; Erdinç Beylem) İst.1979, s.68, ayrıca bkz. Zanaatkarlar Kanunu (Kanunname-i Ehl-i Hıref) Haz: Abdullah Uysal, Ank.1982, s.74-75.

61 TABAKOĞLU, Ahmet, *Türk İktisat Tarihi*, İst. 1986, s.163.

62 Fütüvvet kendisini halka vakfedip herkese iyilikte bulunma, özellikle cömert olma, konuk sevme, din ve mezhep farkı gözetmeden tüm insanlara sevgi besleme, ihtiyaçlarını gidermeye çalışma, alçak gönüllü olmasıdır.

63 DİLİK, s.30-31.

64 Vakıfların dini karakterli olmasına karşılık, loncaların laik niteliği üzerinde durulmakta ve sosyal yardımla benzerliği vurgulanmaktadır. Bkz. SAYMEN, F. Hakkı, *Yakın ve Ortadoğu Memleketlerinde İhtimai Güvenlik*, İÜHFİM, C:XIX, S:3-4, s.924.

dımı, yaşlanarak işini bırakmış ve muhtaç duruma düşmüş ustalara, hastalık veya sakatlık sonucu iş göremez duruma düşmüş usta, kalfa ve çırakların geçimlerini sağlamak, fakir üyelerin ölümü halinde seviyelerine uygun cenaze töreni yapmak ve üyelere faizsiz kredi vermek bu sandıkların amaçlarındandı.

Usta olan gence sandıktan bu iş için ayrılan fondan bir dükkan açılır, dükkan sahibi olan bu kişi, loncasına, mahallesine ve topluma ebedi bir borç ödeme görevini severek yüklenir, eli açık, hayır sahibi ve yardımsever bir fakir babası olurdu. İşini yoluna koyunca lonca sandığına olan borcunu öder, adağını yerine getirirdi.

Osmanlı'da yardım sandıkları bir meslek kuruluşu olan loncalar içinde başlamıştır. Sandıkların gelirleri, esnafın bağışları, usta ve kalfaların haftalık veya aylık olarak ödedikleri aidatlardan oluşuyordu.<sup>65</sup> Sandıktan yararlanacak kişiler, çalışanlar ve çalışmayanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışanlar cüzi bir faiz karşılığı ticarethanelerinin ıslahı, sanatlarının tevsi yahut aletlerinin yenilenmesi için gerekli parayı borç olarak alıyorlardı.

Çalışmayan üyeler ise hastalık, yaşlılık veya sakatlık sebebiyle mesleklerini icra edemeyenlerdir. Sandık bunlara yetecek miktarda bir gelir bağlıyor, böylece hastalık, yaşlılık ve sakatlığa karşı bir sigorta görevini görüyordu.<sup>66</sup> Yi-ne üyelerine ölüm ve doğum masraflarını karşılamak üzere yardımda bulunur, böylece işsizlik, doğum, ölüm, hastalık gibi tehlikelere karşı üyeler korunmuş olur, bütün bu hizmetler devletin müdahalesi olmadan yerine getirilirdi.<sup>67</sup>

Bu dönemde aile bir tür üretim ve tüketim birliği oluşturmakta, aile fertlerinden birinin bir hastalık veya kazadan ötürü çalışamaz hale gelmesi veya ölmesi durumunda tarıma dayalı üretim faaliyeti diğerleri tarafından sürdürülmekte idi. Tarım alanındaki çalışma yanında tezgah ve el sanatlarına dayalı faaliyet alanı da bulunmaktaydı. Tümüyle dini sebepler ve esnafın karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma anlayışından doğmuş olan loncaların kurdukları sandıklara orta veya teavün sandığı denirdi. Ayrıca esnaf vakıfları da kurulmuştu.<sup>68</sup>

*c-Emeklilik Sistemi:* Osmanlılarda devlete hizmeti geçmiş silah altında saç ağartmış veya aldığı yaralardan hizmete iktidarı kalmamış yeniçerilerle vezir, beylerbeyi ve sancakbeyleri gibi askeri ve ilmi sınıftan mazur kimselerin geçimi

<sup>65</sup> ÇAĞATAY, Neşet, Bir Türk Kurumu Olan Ahilik, Ank.1974, s.151, DİLİK, s.34, GÜZEL-OKUR, s.12-13, TUNCA, s.59-60, TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.415.

<sup>66</sup> SAYMEN, s.924.

<sup>67</sup> bkz. SAYMEN, s.924-925.

<sup>68</sup> TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.414. Avarız, müessesatı hayriye adını taşıyan vakıflar doğuş ve gelişimlerin İslam'ın hayır, iyilik ve yardım çağrısına borçludur. GÜZEL-OKUR, s.32-33. Ayrıca bkz. ŞEKER, s.128-132.

için tekaüt (emekli) maaşı verilir, <sup>69</sup> Lütü Paşa Asafnamesinde emeklilik taleplerinin hepsine olumlu cevap verilmemesini salık veriyor; “*Hususası ki, tekaüd vermede ihtimam edip vermeyeler, tekrar yazılmak gerek.*” <sup>70</sup> Koçibey risalesinde oturak sayısının on bini aştığı ve bunların kuvveti beden sahibi taze kimseler olduğunu belirtmiştir. 1524 yılında çıkarılan Mısır Kanununun 6. maddesi bu hususu şöyle düzenlemiştir; “*Bu cemaat-i Çerakise taifesinin pir ve natuvan olup hidemat-ı padişahiye kadir olamayanlarındanır yevmi ikişer veya üçer akçe ulufe yiyip hazreti padişah-ı hilafetpenah hazretlerinin devam-ı devlet-i ebed peyvend-i ruz efüm dualarına iştigal ederler bunlardan birisi fevt olsa yerine ahardan kimesne yazılmaya meğer yine bu taifeden bölükte olup tekaüt ihtiyar eden kimesne ola. Onun gibi dahi der-i devlete arz oluna ki anda olan numune defterine kaydolunup bölüğünden ihraç oluna. Amma telbis ile müteveffa adına ahar kimesne geçmeye ziyade ihtiyat oluna.*” <sup>71</sup>

*c-Vakıflar:* Vakıf kurumu özellikle İslam dini içinde tekamül ve inkişaf etmiş, ancak vakfın bu dini niteliği onun bir sosyal yardımlaşma sistemi olmasına mani olmamıştır. <sup>72</sup> Osmanlı’da çok gelişmiş ve yaygınlaşmış sosyal yardım kurumlarından biri de vakıflardır. Dini, psikolojik, sosyolojik ve ekonomik düşüncelerle kurulan vakıfların sosyal dayanışmayı temin eden kurumlardan olduğu, özellikle kimsesiz ve fakirlerin geçimine tahsis edilen vakıfların insana verilen değeri ortaya koyduğu gibi toplumdaki dengesizlikleri de önleyen kurumlar olduğu görülecektir. Devlete ait bir çok hizmetin vakıflar tarafından yerine getirildiği düşünülünce halkın bir zorlama olmadan devlete olan desteği yanında hali vakti iyi olanların toplumuna karşı vicdan borcunu yerine getirme fonksiyonu da görülecektir. <sup>73</sup>

Yukarıda anlatılanlar Osmanlı toplumunun geleneklerinde yer almış ve zamanla oluşmuş kurumlardır. Primli sigorta ise batıda ortaya çıkmış, ithal yoluyla Osmanlı’ya girmiş bir kurumdur. Biz bu kurum üzerinde yapılan doktrin tartışmaları ve mevzuat yoluyla hukuk sistemine girişini konu edineceğiz.

<sup>69</sup> TUNCAY, s.55-58, GÜZEL-OKUR, s.29. Emekliye ayrılan, iyi hizmetleri karşılığı taltife layık görülen illetli ve ihtiyar yeniçerilerin muvazzaf hizmetten af ve tekaütlük ile çırağ olmasına “oturak” denirdi. Vezir, Beylerbeyi, Sancak Beyleri gibi askeri ve ilmi sınıftan mazul kimselerin geçimine tahsis olunan muvakkat mazuliyet veya tekaüt maaşına “arpalık” denirdi. YAZGAN, Sosyal Sigorta, s.80.

<sup>70</sup> Tekaüd aylığı olarak Beylerbeyine; 150 akçe, kazaskerlere; 120 akçe, İstanbul Kadısına; 100 akçe, Edirne ve Bursa Kadısına; 90 akçe, sair taht kadılarına 80, mal defterdarına 80, Vezirlere; 200, Sancakbeylerine 70 akçe verilmelidir. Akt. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, IV/274.

<sup>71</sup> Bkz. BARKAN, Ö. Lütü, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları-I, Kanunlar, İst.1943, s.359.

<sup>72</sup> SAYMEN, s.922.

<sup>73</sup> Vakıflar hakkında geniş bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ank.1988, ŞEKER, s.97-121.

## F-Sigorta Konusunun Doktrin Sahasında Ele Alınışı

### 1-İbn Abidin

Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrin sahasında meseleyi ilk olarak ele alan İslam hukukçusu İbn Âbidin'dir. (ö.1252/1836)<sup>74</sup> Reddü'l-Muhtâr isimli hacimli eserinin Kitabı'l-Cihâdin Müste'men babında "sevkerâ" ismini vererek konuyu incelemiş ve şu mütalaayı serd etmiştir: "*Anlattığımız hususlar zamanımızda sık sık sorulan bir meseleye de açık cevap getirmiş oluyor. Mesele şudur; adete göre tacirler düşman yurdunun vatandaşından (harbiden) bir nakil vasıtası kiraladıkları zaman hem kira bedelini veriyorlar, hem de kendi memleketinde oturan harbiye muayyen bir meblağ ki buna sigorta (primi) deniyor. Bunun üzerine vasıtaya yüklenen mal, yangın, batma, yağma vb. gibi sebeplerle zarara uğrarsa o adam aldığı prim karşılığında zararı tazmin ediyor. O adamın İslam ülkesinin sahil şehirlerinde devletin izniyle müstemem olarak oturan ve tacirlerden sigorta primi alan bir temsilcisi (acente) bulunuyor. Denizde tacirlerin malı helak olursa mezkur mümessil bedelinin tamamını (sigorta tazminatı) sahiplerine ödüyor. Kanaatime göre tacirin helak olan malının bedelini alması helal olmaz. Çünkü bu borçlu olmadığı şeyi borçlanmak kabilindedir...*"<sup>75</sup>

Konuyu Mecmûâtü'r-Resâil içinde aynı ifadelerle yeniden ele almış ve sigortanın ademi cevazına Hanefî Mezhebindeki iki meseleden delil getirmiştir. Bunlar ücretli emanetçilik ve yol tehlikesi tazminatıdır. İbn Abidin'e göre sigor-

İslam'ın zuhuru ve inkişafı devirlerinde modern anlamdaki sigorta yoktur, Kuran'da ve hadislerde sigortaya temas eden bir nas, müçtehitlere ait bir içtihat yoktur. ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.16, VEHBE, s.92.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Ömer, Haşiyetü Reddi'l-Muhtar ala Dürril-Muhtar, İst.1985, IV/160. Yahudiler arasında faiz kesinlikle yasak olmasına rağmen, bir Yahudi, Yahudi olmayana faizle borç para verebilir. Hicretten önce Medine'de faizcilik yaparak borçlarını ödeyemeyenlerin mülk ve arazilerine el koyan ve böylece zengin olanlar vardı. HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Peygamberi (Çev: S. Tuğ) İst.1980, I/616. İslam Yahudilerin bu hükmünü kesinlikle reddetmiş ve faizciliği kesin olarak yasaklamıştır. Ancak Yahudilikteki bu uygulamaya benzer bir şekilde daru'l-harpte bir Müslüman'ın bir harbi ile faiz veya fasit akitlerden birini yapmasını Ebu Hanife ve İmam Muhammed caiz görmüşse de İslam Alimlerinin çoğu bunu benimsememiştir. KÂSÂNÎ, Alaeddin Ebubekir b. Mesud, Bedâi'u's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi, Beyrut,1982, VII/132. Bu hususta Caferiye mezhebi de Ebu Hanife ve İmam Muhammed gibi düşünmektedir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed, "Daru'l-harpte müslüman ile harbi arasında faiz yoktur." şeklindeki Mekhul'un rivayet ettiği hadis ile faiz yasaklanmış olmasına rağmen Hz. Peygamber'in amcası Hz. Abbas'ın Mekke'de faizli işlemler yapmasını yasaklamadığını, Nadir oğullarının Medine'yi terk etmeleri gerekince yahudilerin Müslümanlardan olan vadesi gelmemiş alacaklarını hemen tahsil etmek istiyorlarsa iskonto olarak tahsil edebileceklerini söylemiş olması, Hz. Ebubekir'in müşriklerle bahse girmiş ve bahsi kazanınca konulan malı almasını tasvip etmiş olması vb. delillere dayanmışlardır. Geniş bilgi için bkz. İBN HÜMAM, Kemaleddin, Şerhu Fethi'l-Kadir, Mısır, 1970, VI/39, ÖZEL, Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İst.1988, s.168-178, ÖZSOY, İsmail, Faiz ve Problemleri, İzmir, 1993, s.242-245. Çağdaş İslam hukukçuları bu konuda cumhurun görüşünü benimsemektedir.

ta, fasit akitlerdendir. Ancak düşman ülkesinde o ülkenin vatandaşıyla Müslüman arasında akdedilirse o zaman sigorta tazminatını almak helal olur.<sup>76</sup>

İbn Abidin, Müslümanlar arasında yapılacak sigorta akdine dayanarak telef olan malın bedelini almanın caiz olmadığını şu delillere dayandırmıştır;

a) Sigorta İslam'a göre haksız fiilin türlerinden olan kasten öldürme, yaralama, yakma, yıkma, yağma, hırsızlık vb. ile taksirli bir fiil ile örneğin genel bir yol üzerinde çukur açıp birinin düşmesi sonucu ölmesi veya yaralanmasına sebep olma, taksirle ızzar ve geçerli bir borçlanma türü olan kefalet gibi bir sebep olmadan bağlayıcı olmayan bir borçlanmadır.

b) Sigorta ücretli emanetçilik yapan kimsenin yanında telef olan malın tazmini niteliğinde de değildir. Çünkü mal sigortacının elinde değil, nakliyecinin elindedir. Nakliyecinin aynı zamanda sigortacı olsaydı, bu takdirde o emanetçi değil işçi (ecir) olurdu. Emanetçi ve ortak işçi (ecir-i müşterek) kaçınılması mümkün olmayan zararı tazminle yükümlü tutulamaz. Ölüm, suda boğulma ve genel yangın kaçınılması mümkün olmayan durumlardır.

c) Sigorta aldatmanın tazmini niteliğinde de değildir. Çünkü aldatanın tehlikeyi bilmesi, aldatılanın da bilmemesi gerekir. Sigorta şirketi sigortalıyı aldatmak istemez, tehlikenin olup olmayacağını önceden bilemez. Sigortalı veya sigortacı tehlikenin kesin olarak olacağını akit sırasında bilirse zaten sigorta akdi olmaz.<sup>77</sup>

## 2-Osmanlı Şeyhülislamlığının Fetvası

1870 tarihinde Beyoğlu'nda vuku bulan büyük yangın üzerine Şeyhülislamlıktan sigortanın cevazı hakkında fetva alınmıştır. Bu fetva özetle "her ferdin Allah'ın kendisine verdiği malı muhafaza ile mükellef olduğunu" belirtilmiş, 23 Teşrinievvel 1327 tarihinde Mahmut Celaleddin isimli bir zat Şeyhülislamlıktan sigortanın hükmünün bir dilekçe ile sormuştur. Sigortanın hükmünü ve bu hususları dile getirmek üzere Üniön Şirketi tarafından gönderilen bu müşterinin dilekçesi şöyledir;

*Huzur-i Ali-i Cenab-i Meşihatpenahiye maruz-i çakerleridir,*

*Memalik-i ecnebiyyenin bir mahallinde mesela Fransa'da teşekkül etmiş Üniön namındaki bir şirketle acizleri beyinde hayatta kaldığım halde on beş senenin hitamında vefat edersem vereseme mahalli mezkurdan gönderilip beş yüz adet Osmanlı lirası verilmek üzere bir akit icra etsem yani beher sene maktuan mezkur şirkete otuz bir adet Osmanlı lirası gönderip iş bu on beş sene hitamina*

<sup>76</sup> İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Ömer, Mecmuatu'r-Resail, İst.1325, II/177.

<sup>77</sup> İBN ABİDİN, Resail, II/175-177, DÖNDÜREN, Hamdi, Ticaret ve İktisat İlmihali, İst.1993, s.168, VEHBE, s.92.

kadar vermiş olduğum meblağın miktarı da dört yüz altmış beş liraya baliğ olsa, bu göndermiş olduğum meblağa mukabil şirketin hissedarını tarafından acizlerinden müddet-i mezkur zarfına almış oldukları dört yüz altmış beş liraya otuz beş lira zammı ile beş yüz lira mezkur şirket tarafından acizlerine mahall-i mezkurdan gönderseler veyahut senevi maktuan göndereceğim otuz bir adet lirayı Osmani'yi bir sene gönderip de vefat etsem şu bir senede gönderdiğim otuz bir liraya dört yüz altmış dokuz lira zammıyla beş yüz adet lirayı Osmani'yi şirketin hissedarını vereseme mahall-i mezkurdan gönderseler böyle bir akdin kabul ve icrasına şer'i cevaz olup olmadığının fetvahane-i alice tekkik ve bu bapta bir küt-a fetvayı şerife verilmek üzere iş bu istida-i kemteranemin makam-ı müşarun ileyhaya havale buyurulmasını istirham eylerim. Ol bapta emru ferman hazret-i men lehülemrindir.

23 Teşrin-i evvel 1327 (3 Mart 1911)

Sultanahmet'te Kapağası Mahallesi 3 numaralı hanede sakin

Mahmut Celaleddin

*Havale buyurulan işbu arzuhal mütalaa olundu. Derunu arzuhalde muharrer akd-i mezkur dar-i İslam'da olmayıp da ber vech-i meşrut memalik-i ecnebiyede kain bir sigorta şirketiyle icra edildiği takdirde şirket-i mezkure rızasıyla vereceği ziyadeyi yani makudin aleyh sigorta bedeli ne miktar meblağ ise onu ahz (almak) helal olur ol bapta emru ferman menlehülemrindir.*

Alelusul itası

22 Zilkade 1329 (14 Kasım 1911)

25 Zilkade 1329

Eminü'l-fetva<sup>78</sup>

### 3-Muhammed Bahit el-Mutiî

İbn Abidin'den sonra Mısır Müftüsü Muhammed Bahit el-Mutiî kendisine Anadolu'dan bu mevzuda fetva sorulması üzerine, bir mektupla cevap vermiştir. İbn Abidin'in yolundan yürüyerek sigortayı fasit akit olarak nitelendiren el-Mutiî insanın başkasına borçlanması için ya kefalet akdetmesi ya da haksız fiil ile zarar vermesi gerektiğini, sigortada helak olan malın sigortacının bir kusuru sonucu helak olmaması sebebiyle kişinin borçlu olmadığı şeyi borçlanması olarak görmüş ve aynı şekilde İslam ülkesinde akdedilmesine karşı çıkmıştır.<sup>79</sup>

78 ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Sigorta Konusu ve İki Belge, İÜHF, *Arslanlı Armağanı*, İst. 1978, s.270-271, KARAMAN Hayrettin, İslam'a Göre Banka ve Sigorta, İst. 1981, s.15. KENDER, s.13, YENEL, H. M. Sigorta Endüstrimize Ait Ettütler, İst. 1953 s.11, ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.15.

79 el-Mutiînin bu fetvası Mısır'da 1906 yılında yayınlanmıştır. ez-ZERKA, M. Ahmed, Nizâmu't-Te'mîn, Beyrut, 1984, s.25-26

#### 4-Mısır Müftüsü Muhammed Abduh'un Fetvası

Muhammed Abduh (ö.1323/1905) kendisine sorulan bir soru üzerine sigorta konusunda şu fetvayı vermiştir;

*Soru: Amerikan Şirketi müdürü Mutwell Life'in sorusu; bir adamın sigorta şirketi ile anlaşma yaparak, ona muayyen taksitler halinde muayyen bir müddet için bir meblağı ticaret için vermektedir. Bunda kendisi için şans ve menfaat vardır. Şayet bu müddet geçip de o şahıs hayatta kalırsa o müddet içindeki ticaretten hasıl olan kârı ile birlikte bu parayı onlardan geri alacaktır. Bu müddet içinde ölürse ya mirasçuları ya da hayatında kendisine yetki verilen kimse ödediği meblağın ortaya çıkardığı kârı ile birlikte mezkur meblağı alacaktır. Bu şer'an caiz midir?*

*Cevap: Zikredildiği şekilde bu şahsın bu şirket ile bir meblağ vermek hususundaki anlaşması zımni şirketin bir çeşidini husule getirir. Bu ise caizdir. Bu şahıs için ticarete hasıl olan kâr ile birlikte malını almasına bir engel yoktur. Şayet bu adam tespit edilen müddet içinde ölürse, şirket de onun verdiği parayı işletmişse mirasçularının veya malında tasarruf hakkı olana mevcut ödeme borcunu ifa etmişse ticaretten elde edilen kârı ile birlikte zikredildiği şekilde meblağı öderler.”<sup>80</sup>*

#### 5-İbn Hâzım Ferîd'in Görüşü

Beyanülhak mecmuasında Temyiz Mahkemesi ceza katiplerinden İbn Hazim Ferid isimli bir zat iki sayı devam eden bir makale yazarak sigorta hakkındaki görüşlerini serdetmiştir. Bu görüşleri belli başlıklar altında şöylece özetleyebiliriz:

*a-Sigorta Teorisinin Ortaya Çıkışı:* “Tabiul-vuku olan şu hallere karşı heyet-i ictimaiyece temin-i emlak meselesi nazar-ı itinaya alınmış ve bunun neticesi olarak sigorta kaziyesi meydana çıkmıştır. Heyet-i ictimaiyece bunda menafî görülerek dairesi hayata, hayvanata kadar tevsi edilmiş...tir.”<sup>81</sup>

*b-Sigortanın Tanımı:* “Bir adamın malını meblağı muayyen mukabilinde kumpanyanın (sigorta şirketinin) zaman-ı tahtına (tazmin sorumluluğu altına) vaz etmesidir”<sup>82</sup>

#### *c-Sigorta Çeşitleri:*

*aa)Ücretli (primli) Sigorta;* “bir kimse muayyen bir şeyi bedel-i malum mukabilinde sigorta ettirir ve bir zarar vukuunda kumpanya tazminini deruhte

<sup>80</sup> Aktaran, VEHBE, s.95.

<sup>81</sup> İBN HÂZİM FERÎD, s.633.

<sup>82</sup> İBN HÂZİM FERÎD, “Sigorta”, *Beyanulhak*, İst.1325, Yıl:1, C:II, No:27-29, s.634.



ederse buna ücretli sigorta derler ki Ticaret-i Bahriye Kanununda mevzu bahis olan sigorta budur.”<sup>83</sup>

*bb)Mütekabil (mutuel) Sigorta:* Yardımlaşma düşüncesi ağır basan ve kâr gayesi güdülmeyen bu sigorta şeklinde yönetim, üyelere aittir. Yani “akideyn hem sigortacı hem de sigorta ettirendir.”<sup>84</sup>

*cc)Hayat sigortası:* “Hayat sigortasından maksat te'min-i hayattır. Vakıa denilebilir ki sigorta ile temin edilen hayat değildir. Belki onun zımındaki menfaat-i maliyedir... Çünkü hayat sigortası insanın tekasit-i malume ile bir nevi hayatını kumpanyaya (sigorta şirketine) satması demektir. Halbuki hür olan adem (insan) kendisini nasıl satabilir. Çünkü mal değildir, rûkn-ü bey' mün'adimidir (satım akdine konu olan mal yoktur). Denilecek ki menfaat-i maliyeyi temin eden sigortacıdır. Binaenaleyh maliyet sigortacı tarafından tasavvur olunmalıdır. Lakin sigortacının bu temini ne mukabilindedir. Hayatını sigortaya vaz eden şahsın a-centeye verdiği paraya müstenit ise bu adeta faizle para ikraz etmek olur.”<sup>85</sup>

*d-Aşkın Sigorta:* “sigortanın menafii derkâr ise de menfaat-i şahsiyesini menafii umumiyenin haleldar olmasında arayan ve hırs-ı menfaatine mağlup olan erbab-ı denaet için adeta iktisab-ı servet gibi telakki edilmiş, 100 lira değerinde bulunan bir malı eşyayı müstear ile 1000 lira kıymetinde göstererek sigorta kumpanyasının zaman-ı tahtına vaz edip de bilahare kundak vaz-ı ile haneyi ihrak ... her an görülmektedir.”<sup>86</sup>

*e-Sigorta Akinin Özellikleri:* aa)Sigorta fasit akitlerdendir.<sup>87</sup> bb)Sigorta baht ve talihe müstenit bir akittir.<sup>88</sup> cc)Diğer akitlerden bağımsız yeni bir akit- tir.<sup>89</sup>

### *f-Sigorta ile Diğer Akitlerin Karşılaştırılması:*

*aa)Yol tehlikesi tazminatı ve sigorta:* “bir kimse diğerine şu yoldan gidiniz, tarik emindir deyip de o adam gösterilen tarikden giderken esnayı rāhda malı ahz edilse yolun emin olduğunu söyleyen kimseye zaman lazım gelmez. Fakat eğer malın ahz olunursa ben zaminim dese o zaman zamin olur, çünkü bu suretle zamanı deruhte etmiştir. Bir kimse değirmene tahn için buğday götürüp de değirmenci makinenin buğday ilka edilecek yerini gösterip şuraya koy deyip buğ-

83 İBN HÂZİM FERİD, s.634.

84 ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.52, KENDER, s.21, İBN HÂZİM FERİD, s.635

85 İBN HÂZİM FERİD, s.682-683.

86 İBN HÂZİM FERİD, s.633.

87 İBN HÂZİM FERİD, s.648.

88 İBN HÂZİM FERİD, s.636.

89 İBN HÂZİM FERİD, s.647.

day sahibi zahiresini oraya boşalttığında o mahal delik olup zahire değirmeni tedvir eden suya karışıp telef olsa değirmenci ilka için emrettiği mahallin delik olduğunu bilse zamân lazım gelir. Halbuki sigortacı sefinenin gark olup olmaya-çağını bilmediğinden tüccarın tağririni kastetmemiştir ki zamânla mahkum edilsin.”<sup>90</sup>

*bb)Mudarabe ve Sigorta:* Bazı kimseler sigortayı akdi mudarebeye teşbih etmişler ise de bu da ahkam-ı fikihiyeye adem-i vukuf seyyiesinden başka bir şeye haml olunamaz. Çünkü akdi mudarebede mal, rabbu'l-mal canibinden ve amel mudaripten olup ribh beynlerinde ittihaz ettikleri şarta göredir. Bu surette sahib-i malın kumpanyaya ber mucib-i mukavele verdiği parayı sermaye ve harik vukunda kumpanyanın itfayı harik ve tahlis-i mal hususundaki gayreti amel akdi ile bir akdi mudarebe telakki etmek doğru olmaz.

*cc)Ücretli Emanetçilik ve Sigorta:* “Mudi vedianın muhafazası için ücret ahz ederse vedia helak olduğu takdirde zaman lazım geleceği Mecellenin 777. maddesi sarahatinden ise de sigorta meselesi bu kabilden değildir.”

*dd)Kefalet akdi ve sigorta:* “Akdi kefaletle olan tazminat bu meseleye kaabil-i tatbik değildir. çünkü kefalette mekfulün bihin deyni sahih yahut binefsiha mazmun olması lazımdır. Binaenaleyh kumpanya ile vuku bulan akit kefalet değildir. çünkü sigortada kumpanyanın zaman-ı tahtına konan mal sahibinin yedinden çıkmadığı gibi teslimi de vacip olmaz... bu surette sigorta kumpanyasının kefaleti şer'an zaman-ı kefalet değildir.”

*ee)Haksız fiil (gasp ve itlaf) ve Sigorta:* “tazminat müteaddi ile mütlife lazım gelir. Mesela mal-ı mağsup gasıp yedinde helak olursa kıyemiyattan ise kıyemetini, misliyattan ise mislini mağsubun minhe vermek lazımdır. Halbuki sigorta kumpanyası ne gasıptır, ne de mütliftir, mal-ı mütlefte kumpanyanın cüzi bir dahil, ufak bir taarruzu bile yoktur...”<sup>91</sup>

Müellif sigortanın umumi bir ihtiyaç olduğuna dair iddiayı, ihtiyaçların da hususi olsun, umumi olsun zaruret menzilesine tenzil olunacağına dair Mecelle kaidelerini (m.31) hatırlatıp sigortanın böyle bir umumi hacete konu olup olmadığı meselesine cevaplandırma-mış, konu hakkında aynı dergide yazacağını umduğu Mustafa Sabri Efendi'ye konuyu havale etmiştir.<sup>92</sup>

Sigorta akdinin Osmanlı ülkesinde yapılması ve sigorta tazminatının da yine ülke dahilinde veya yabancı ülkede tediyeye olunması ile akdin yabancı ülkede yapıp bedelin Osmanlı ülkesinde alınması hallerinde caiz olmayacağını, akit yabancı ülkede yapılır ve bedel de yabancı ülkede alınrsa caiz olacağını belirt-

<sup>90</sup> İBN HÂZİM FERÎD, s.648.

<sup>91</sup> İBN HÂZİM FERÎD, s.635.

<sup>92</sup> İBN HÂZİM FERÎD, s.684.

miş, akdin fasit olup yabancının kendi ülkesinde rızası ile malını almanın caiz olduğu gerekçesine dayandırmıştır.<sup>93</sup>

Müellif yazısını Ticaret-i Bahriye Kanunu üzerine değerlendirmelerle birtirmiştir.<sup>94</sup>

*Sonuç olarak*; “bazen de sahte bir takım kumpanyalar tarafından efrad-ı millet dolandırılarak mutazarır bulunmaktadır. Mamafih sigortanın heyet-i içtimaiyeye temin eylediği menfaat mazarratı ile tekabül ettirilecek olursa hasârât-ı maddiye zannetmem ki menfaatinin madununda bulunsun.”<sup>95</sup>

### 6-Mustafa Sabri Efendinin Görüşü

Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi (ö.1954), 21 Şubat 1327 (6 Mart 1911) tarihli Beyanülhak mecmuasında “Din-i İslam’da hedef-i münakaşa olan mesailden sigorta ve kumar” başlığı altında yazdığı iki makalede sigortaya ticarette emniyet ve terakki için zaruret görülmekte olduğunu, yangına karşı evini sigorta ettirenin sigortalı evini koruma konusunda özen göstermeyeceğini ve sigorta konusu malın kıymetini takdir konusunda müşkülât çıkacağını belirtmiş, daha sonra sigortanın karşılayacağı güven ihtiyacının karşılıklı yardımlaşma sandıkları veya şirketleri ile giderilebileceğini, böylece hem sigortalı hem de sigortacı sayılabilecek olan kişilerin mallarını koruma konusunda daha dikkatli davranacaklarını, karşılıklı yardımlaşma sigortasının tazminatının bir teberru olması sebebiyle üyeler arasında maddi ve manevi faydaların olacağını, artan temetuun hissedarlara hisseleri oranında tevzi edilebileceğini söylemiştir.<sup>96</sup> Mustafa Sabri Efendiye göre;

*Reasürans*: Halkın mallarını sigorta eden şirketlerin kendi sermayelerini müteselsilen birbirlerine sigorta ettirmeleridir.<sup>97</sup>

Primli sigorta **kumar** özelliği taşır. Kumarda bulunan atalet manalarını takdir için bütün bir memleket ahalisini kumar ile meşgul farz ediniz. Bu veçhile bir müddet aralarında tedavül eden servetin arası çok geçmeden suyunu çekip tükendiğini görürsünüz.<sup>98</sup>

93 İBN HÂZİM FERÎD, s.647-648. Yapılan sigorta akdinin fasit olması dolayısıyla prim ödeme zorunluluğu olmadığını söylemiştir, s.683.

94 İBN HÂZİM FERÎD, s.684-685.

95 İBN HÂZİM FERÎD, s.634.

96 Mustafa Sabri Efendi, Meseleler, s.142-143, ARMAĞAN, Sigorta Konusunda İki Belge, s.252-255, ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.16.

97 Mustafa Sabri Efendi, Meseleler Hakkında Cevaplar (Sadeleştiren: O. N. Gürsoy) İst.1978, s.132.

98 Mustafa Sabri Efendi, Meseleler, s.138. Mustafa Sabri Efendinin sigorta konusunu anladığını, ancak diyar-ı küfürden gelen her şeyin dine aykırı olarak kabul edilmesi zihniyetiyle bunu kumara benzettiği idiası için bkz. ARSEVEN, Sigortanın Tarihi, s.426.

## G-Sigortanın Osmanlı'ya Kurum Olarak Girişi

Sigortanın İslam ülkelerine girişi oldukça geç olmuştur. Avrupa'daki sanayi devrimi doğu-batı arasındaki ticari münasebetleri geliştirmiş, Osmanlı ülkesinde oturan yabancı ticaret temsilcileri ithal mallarını sigorta ettirmişler, böylece sigorta İslam ülkelerine girmiştir. Önceleri merkezi Avrupa'da bulunan sigorta şirketleri Osmanlı sahil kentlerinde acenteleri vasıtasıyla gemileri sigortalamışlar, bilahare yerli ortaklar bularak sigorta şirketlerini Osmanlı topraklarında tesis etmişlerdir.<sup>99</sup> “Bizde sigorta acentesi iptida Sakız'da sonra Dersaadet'te teşekkül etmiş, fakat merkezleri memalik-i ecnebiyede bulunması ve nizamat-ı dahiliyeleri devletçe gayri malum olması hasebiyle bu nevi hisseli komandit ve anonim şirketleri aleyhine dava ikamesi meselesi müşkül bir renk almıştır...”<sup>100</sup>

1840 yılından itibaren Osmanlı'da karma ticaret mahkemeleri Avrupa ticaret teamüllerini uyguluyordu. Ülkelerarası ticaret ve ekonomik hayat Avrupa hukuk sisteminin tamamen dışında kalmayı engelliyordu. İmparatorluk dünyanın yeni ekonomik düzenine ayak uydurmak için ilk etapta 1849 yılında 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu Çamiş Ohannes Efendi tarafından tercüme edildi. 1850 yılında Fransız Ticaret Kanununun 1. ve 2. Kitapları yürürlüğe girdi. Bu kanunda faiz kabul ediliyor, İslam hukukunda yer almayan modern şirketler birer tüzel kişilik olarak düzenleniyordu,<sup>101</sup> ancak sigorta mevzuu yoktu.<sup>102</sup>

1864 tarihli Deniz Ticareti Kanununun 11. Faslında yalnızca deniz sigortası ile ilgili hükümler tanzim edilmiştir.<sup>103</sup>

Bu sebeple sigorta başlangıçta tamamen yabancı şirketlerin elinde kalmıştır. Yabancı sigorta şirketlerinin Osmanlı topraklarında acente açması kanuni

<sup>99</sup> Türk kanunları ve yargı mercilerine bağlı olmayan bu şirketlerin yaptığı faaliyet sonucu şirket merkezi Osmanlı topraklarında olmamasından dolayı vergilerini bile merkezin bulunduğu ülkeye vermişlerdir. ARSEVEN, Sigortanın Tarihçesi, s.425-426.

<sup>100</sup> İBN HAZİM FERİD, s.634.

<sup>101</sup> ORTAYLI, İber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İst.1983, s.159-160.

<sup>102</sup> Kaza sigortalarına dair hükümler 1906 yılında hazırlanan zeyil ile düzenlendi. Ticaret kanununun pek çok hükmü özellikle faizle ilgili olanlar İslam Hukuku ile çatışıyordu. BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ank.1996, s.151, 155.

<sup>103</sup> Bkz. Düstur, 1. Tertip, C:I, s.466vd. Kanunun 11. Fasil başlığı şöyledir; “Sigorta yani Te'min Keyfiyeti Beyanındadır” m.175, Sigorta Mukavelesini (kontratosunu) şöyle tanımlamaktadır; “Sigorta kontratosu sefer-i bahri tehlikesine uğramalarından ihtiraz olunan şeylere kaza-i bahriden dolayı vukua gelebilecek ziyat ve mazarratın bir miktar-ı muayyene kadar sigorta eden tarafından alınan bedel-i sigortaya mukabil sigorta ettiren tarafa tamamen tediyeye-i tazminin taahhüdünü mutazannın bir mukavele-i bahriyeden ibarettir.” m.176; sigorta mukavelesinin şekli, muhtevası, sigorta değeri, süresi vs, m.180; sigorta edilen malların cinsi ve miktarında veya sigorta mukavelesinde yalan beyan, sahtekarlık vb. hükümleri, m.183; sigorta bedelinin yabancı para birimi ile takdiri m.187; mükerrer sigorta yasağı gibi hususlar düzenleme konusu olmuştur.

şarta ve mali teminata bağlanmadığı gibi kontrolden da uzak olması sebebiyle sigortalar arasında gayri meşru rekabete yol açmıştır.

İlk Türk sigorta şirketi 1893' de (7 teşrinisani 1308) kurulmuş (Osmanlı Sigorta Şirket-i Umumiyesi)<sup>104</sup> bunu diğerleri takip etmiş, ancak Cumhuriyet dönemine kadar sigortacılık büyük ölçüde yabancıların elinde kalmıştır.<sup>105</sup>

1906'da Deniz Ticareti Kanununun üçüncü eki olarak neşredilen 25 maddelik kanunla kaza sigortalarına dair hükümler vazedilmiştir.<sup>106</sup> Bu kanunun 16. maddesinde; "Sigorta ettiren emval ve eşyanın muhatara vukuunda kısmen veya tamamen kurtarılması için sigorta ettirenler tarafından ihtiyar olunan her türlü masarif sigortacıya aittir." 865 sayılı ve 1926 tarihli Türk Ticaret Kanununun 954. maddesine göre; "...sigorta ettiren şahıs zararın menî vukuuna veya tenkis veya tahfifine ait tedabiri ittihaz ile mükelleftir." TTK m.1293'e göre ise; "Sigorta ettirene kimse zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri almakla mükelleftir." ifadeleri bu yükümlülüğü anlatır.<sup>107</sup>

Kapitülasyonlardan faydalanan yabancı şirketlere, gerek deniz gerek kara sigortalarına dair hükümler tatbik sahası bulamamışlar, sigortacılık kontrolden uzak bir şekilde devam etmiştir. Nihayet 1914 de (3 Teşrinisani 1330 tarih ve 49 sayılı) Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat<sup>108</sup> sigortacılığı birtakım kayıt ve şartlara tabi tutmuştur. Bu kanuna göre yabancı ülkelerde mevcut sigorta şirketlerinin Osmanlı ülkesinde şube veya acente açabilmesi için bu şirketlerin anonim veya sermayesi paylara bölünmüş şirket olması, Ticaret Bakanlığına şirketin unvanını, merkezini, uyuşunu, işlemlerinde Osmanlı mevzuatına uygun davranacağına dair taahhüdü, (noterlik veya elçilik yahut da konsolosluktan tasdikli olarak) bildirmesi gerekir. (m.1) Bir şube açtıktan sonra yeni şubelerin açılmasında bu evrakın yeniden verilmesi gerekmez, sadece Ticaret Bakanlığına bilgi vermek yeterlidir.(m.8) Şubenin açıldığı yerler kanuni ikametgah olup ihtilaf halinde ikametgah mahkemeleri yetkilidir. (m.10) ceza hükümleri m.12'de düzenlenmiş, sigorta tazminatının Osmanlı ülkesindeki şubenin bulunduğu yerde ödenmesi hükme bağlanmıştır.(m.20)

<sup>104</sup> Bu sigorta şirketi Şirket-i Umumiye-i Osmaniye ve Dersaadet Su Şirketi'nin müessisi Terno Bey ve Banker Mösyö Rene Bodovi tarafından, Osmanlı mevzuatına tabi olmak şartıyla kurulmuştur. Şirketin dahili nizamnamesi için bkz. ERGİN, V/2977vd.

<sup>105</sup> ARSEVEN, Sigortanın Tarihi, s.428. Ülkemize liberal ekonominin geç yerleşmesi ve dini inançların sigortanın geç girişinde önemli etkenler olduğu vurgulanmıştır. ERGİN, V/2977-2978, ULAŞ, Can Sigortası, s.5.

<sup>106</sup> BOZER Ali, Sigorta Hukuku, Ank.1965, s.12.

<sup>107</sup> Geniş bilgi için bkz. ŞENOCAK, Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AHFD, 1995, s.365-424.

<sup>108</sup> Kanun metni için bkz. ERGİN, V/2965vd.

Mütakabil (mutuelle) sigorta şirketlerinin anonim şirket tarzında teşekkül etmeyip, sermayelerinin belli, hisselerinin mevcut ve tertipli olmaması sebebiyle ruhsat için ticari şirketlerin usulüne tabi olmayıp, Ticaret Bakanlığının ruhsatı ile açılabilceği, hükümetçe çalışmasında sakınca görülmesi halinde kapatılabileceği belirtilmiştir.(m.28)

Cumhuriyet devrinde sigortacılık kara ve deniz ticareti kanunlarında düzenlenmiş, sigorta şirketlerinin teftiş ve murakabesine dair 25.6.1927 tarih ve 1149 sayılı kanun çıkarılmıştır. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ilk Türk sigorta şirketleri kurulmaya başlanmıştır.<sup>109</sup> Son olarak 1.1.1957 de yürürlüğe giren TTK. nun 5. Kitabı sigortaları düzenlemekte, 7397 sayılı 21.12.1959 tarihli Kanun da sigorta şirketlerinin murakabesini devlete vermektedir.<sup>110</sup>

---

109 ULAŞ, s.5.

110 KENDER, s.14.

# KAMU YÖNETİMİ AÇISINDAN 54.-57. HÜKÜMET PROGRAMLARI VE SİYASİ PARTİ PROGRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. F. Nurhayat Şahin\*

## Giriş

Türkiye’de son dönemlerde hiçbir siyasi parti tek başına iktidara gelme fırsatı bulamamıştır. Bu yüzden de farklı siyasi ve ekonomik programları olan siyasi partiler koalisyon ortağı olarak birlikte hükümet etmektedirler. Bu durum hiçbir siyasi partiye kendi programını hükümet programı olarak uygulayabilme imkanı tanımamaktadır. Dolayısıyla koalisyon hükümetleri, siyasi parti programlarındaki bu farklı görüşleri uzlaştıran, siyasal istikrara yönelik uyumlu politikalar içeren programlar oluşturmak zorunda kalmaktadırlar.

Bu durumun kamu yönetimi alanındaki yansıması, yeniden yapılanma konusunda gerekli cesur girişimleri baştan engellemesidir. Bu yüzden de koalisyon hükümeti programlarında ve uygulamalarında kamu yönetimi sorunlarına palyatif, genel söylemli çözümler getirilmektedir.

Bu çalışmada 54-57. T.C. Hükümetlerinin programları ile iktidar partilerinin parti programları öncelikle genel olarak, ayrıca kamu yönetimi ile ilgili benzerlikler ve farklılıklar açısından incelenerek; hükümetlerin programları, amaçları ve çalışmaları değerlendirilmeye çaba gösterilmiştir. Bu değerlendirmeye temel olan araştırma sorusu; siyasi partilerin kendi programlarında öngördükleri kamu yönetimine ilişkin düşünceleri hangi ölçüde hükümet programlarına yansıtıp yansıtamadıklarıdır. Bir başka ifadeyle, siyasi partilerin kendi programlarındaki kamu yönetimi ile ilgili konular nelerdir ve bu konular hangi ölçüde hükümet programlarında yer almaktadır. Bunun için de hükümet programları ile siyasi partilerin programları içerik analizi yöntemiyle taranmış; benzerlikler ve farklılıklar açısından da kavramsal olarak sınıflandırma yöntemiyle analiz yapılmaya çalışılmıştır.

## I. 54.-57. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri

### A) 54.-57. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetlerinin Kuruluşu ve Programlarında Kuruluş Açıklamaları

#### 1) 54. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

7 Haziran 1996 tarihinde Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’in hükümeti kurma görevini verdiği Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan Doğru

\* Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

Yol Partisi ile anlaşarak 54. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni kurmuştur. Cumhuriyetin 73. yılında kurulan 54. Hükümet kamuoyunda Refah-Yol Hükümeti olarak; başbakanından dolayı da hükümet programı Erbakan Hükümeti Programı olarak adlandırılmıştır.

Programın başlangıcında 24 Aralık 1995 Milletvekili Genel Seçimlerinin çıkardığı parlamento aritmetiğinin hiçbir partiye tek başına iktidar imkanı vermediği, bu yüzden de hiçbir partinin tek başına ilkelerini ve programını uygulamaya fırsat tanımadığı; daha önceki ANAP-DYP Azınlık Koalisyon Hükümetinin tecrübesinden dolayı yeni kurulan 54. Hükümetin bir uzlaşma ve siyasi istikrar arayışı zeminini gerekli kıldığı belirtilmiştir. 54. Hükümetin Türkiye'yi hükümet krizinden kurtarıırken, bu uzlaşmanın demokrasinin bir zaferi olduğu programda vurgulanmaktadır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olması, Atatürk ilkeleri, koalisyon hükümetinin vazgeçilmez ortak uzlaşma zeminini oluşturacağı ifade edilmiştir (54. Hükümet Programı).

54. Hükümet Programı yazım tekniği açısından ülke sorunlarını ve konuları başlıklar halinde ele almak yerine genel bir bütünlük içerisinde değerlendirmiştir.

## 2) 55. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

Anavatan Partisi, Demokratik Sol Parti ve Demokrat Türkiye Partisi birleşerek Anavatan Partisi Genel Başkanı Mesut Yılmaz'ın Başbakanlığında 55. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini kurmuşlardır. Bu hükümet de 24 Aralık 1995 seçimlerinden sonra kurulan diğer hükümetler gibi bir koalisyon hükümetidir.

Hükümet Programının başlangıcında kuruluş amacı ve öncelikler yer almaktadır. 54. Hükümetin ülkeyi düşürdüğü rejim ve devlet bunalımından kurtarmak, içeride ve dışarıda kaybolan güveni yeniden tesis ederek toplumdaki gerginliği ortadan kaldırmak ve uzlaşmayı güçlendirmek, ahlaki yozlaşmayı durdurmak, kamu yönetimindeki yıpranmaya son vermek, vatandaşın temiz toplum ve yönetim özlemini gerçekleştirmek, ülke ekonomisini yeniden üretken niteliğine kavuşturmak ve devletin saygınlığını sağlamak, laik demokratik cumhuriyeti güçlendirmek amacıyla bir araya gelerek kurulmuş olduğu belirtilmiştir (Bkz. 55. Hükümet Programı, "Giriş" Bölümü).

55. Hükümet, uygulamalarının başında devletin güvenilirliğinin yeniden tesisinin geldiği; Hükümetin en önemli önceliğinin ise Anayasa'nın öngördüğü temsilde adalet, yönetimde istikrar ilkesini sağlayan bir genel seçimin gerekli kıldığı nüfus sayımı veya tespitinin yapılması ile seçmen kütüklerinin yeniden yazılmasına imkan tanıyan yasal düzenlemelerin yapılması olduğunu açıklamıştır.

55. Hükümet, görüşlerini çeşitli başlıklar altında ele almıştır. Bu başlıklar şunlardır: Giriş, Demokratikleşme, Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması,



Adalet, Yolsuzluklarla ve Yasa Dışı Faaliyetlerle Mücadele, İç Güvenlik ve Terörle Mücadele, Savunma, Dış Politika, Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri, Eğitim, Kültür, Vakıflar, Gençlik ve Spor, Kadın Sorunları ve Aile, Sosyal Güvenlik ve Sağlık, Gelir Dağılımı, Ekonomi, Tarım ve Hayvancılık, Ormancılık, Çalışma Yaşamı, İstihdam, Kobiler, Esnaf ve Sanatkarlar, Tüketicinin Korunması, Alt Yapı, Kentleşme ve Konut, Turizm, Denizcilik, Çevre ve Doğal Kaynakların Korunması, Sonuç.

### 3) 56. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

56. Hükümet Anavatan Partisi ile Doğru Yol Partisi'nin dışarıdan destek sözü verdikleri Demokratik Sol Parti Azınlık Hükümeti olarak kurulmuştur. Bu hükümet 4. Ecevit Hükümeti olarak da adlandırılmaktadır.

56. Hükümetin başta gelen görevinin Türkiye'yi 18 Nisanda yapılacak milletvekili genel seçimlerine ve yerel yönetim seçimlerine güvenlik ve huzur içinde ulaştırmak olduğu belirtilen programda, hükümetin seçim ekonomisine yol açmayacağı; seçimlerin çok yaklaştığı bir ortamda yüklü bir Meclis gündemi önermenin gerçekçi olmadığına başlangıçta yer verilmiştir.

Bülent Ecevit'in başbakanlığında kurulan hükümetin programı oldukça kısa tutulmuştur. Ayrıntılı olarak hazırlanmış 55. Hükümet Programına göre oldukça kısa ve genel hatlarıyla ülke sorunlarına bakışı yansıtan 56. Hükümet Programının kısa olmasının nedeni programın başında şöyle açıklanmaktadır : " Hükümetin ömrü kısa olacağı için, Hükümet Programını da kısa tuttuk". Bununla birlikte Hükümet programında Rusya'nın içinde bulunduğu ekonomik krizden kurtulmasına katkıda bulunmak, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Rus Füzelere siparişi vermesi gibi aktüel dış olaylara yer verilirken trafik canavarına karşı alınan önlemler gibi diğer hükümet programlarında pek rastlanılmayan ifadelere de yer verilmiştir.

### 4) 57. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

18 Nisan 1999 Milletvekili Seçimi sonrasında 21. Dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi içinden 3 partinin birleşmesiyle 57. Koalisyon Hükümeti kurulmuştur. Bülent Ecevit'in başbakanlığı altında Demokratik Sol Parti, Milliyetçi Hareket Partisi ve Anavatan Partisi tarafından kurulan hükümet, programında kendisini bir uzlaşma ve atılım hükümeti olarak nitelendirmiştir (57. Hükümet Programı). Bu nitelendirme, seçim sonuçlarında hiçbir siyasi partinin tek başına iktidara gelemediği, milletin çatışma ve kutuplaşma yerine uzlaşma ve işbirliğini istediği kanaatine dayanmaktadır.

57. Hükümet Programı, hükümetin kurulmasıyla ilgili açıklamalardan sonra ülkenin içinde bulunduğu bazı siyasal konulara değindikten sonra, konu başlıkları yapmadan genel bir bütünlük içinde sorunlara yer vermiştir.

## B) Hükümet Programlarının Genel Değerlendirmesi

54., 55., 56. ve 57. Hükümet Programları genel olarak değerlendirildiğinde en geniş, ayrıntılı ve sistematik olarak hazırlanılan programın III. Yılmaz Hükümeti Programı (55. Hükümet Programı) olduğu görülmektedir. Bunu Erbakan Hükümeti Programı (54. Hükümet Programı) ve V. Ecevit Hükümeti Programı (57. Hükümeti Programı) izlemektedir. 56. Hükümet Programı ise yukarıda açıklanan nedenlerle kısa ve dar kapsamlı olarak hazırlanmıştır.

Koalisyon Hükümeti programlarında uzlaşma temeli özellikle vurgulanırken, siyasi partilerin belirli konulardaki farklı görüşleriyle ilgili ifadelere yer vermekten özellikle kaçınılmıştır. Bütün hükümet programları doğal olarak “-cektir, -caktır” yazım diliyle yazılmıştır.

## II. Hükümet Programlarında Kamu Yönetimi İle İlgili Düşünceler

### A. 54. Hükümet Dönemi

Kamu yönetimiyle ilgili olarak programda şu açıklamalar yer almaktadır:

-Kamu hizmetlerinde şeffaflık, katılımcılık ve halka dönük bir yönetim anlayışının yerleştirilmesi esas olacaktır.

-Devletin yeniden yapılanması ile hizmetin gerekli kıldığı büyüklükte verimli bir devlet yapısına geçilmesi temel hedefimizdir. Bu itibarla, devletin ekonomik faaliyetlerinden çekilmesi ve asli görevlerine dönmesi temel ilkedir.

-Herkes devlet hizmetlerinden yararlandığı ölçüde bedel ödeyecek, bu prensibin uygulanmasında, ödeme gücü olmayanlar, sakatlar, özürülüler ve kimse-sizler korunacaktır.

-Devletin vatandaşına güvenmesi temel prensibimizdir. Fertlerin devlet ile olan ilişkilerinde vatandaşın beyanına güven esas alınacak, beyanın doğruluğunu araştırmak ilgili kamu idaresinin vazifesi olacaktır.

-Yeni bir kamu personel rejimi yürürlüğe konulacaktır.

-Devlette israf önlenecektir.

-Devletin işleyişinde etkinlik sağlanacak ve bürokrasi en aza indirilecek, hızlı kalkınmayı ve gelişmeyi önleyen bütün engellerin kaldırılmasına özel önem verilecektir.

### B. 55. Hükümet Dönemi

55. Hükümet Programında kamu yönetimi ile ilgili bölüm “Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması” başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında aşağıdaki görüşlere yer verilmiştir:

-Kamu yönetiminin yeniden yapılandırılmasında amaç, devlete hizmet sunan, vatandaşlarına güvenen, onlara güven veren ve bireyi ön plana çıkaran bir yapının oluşturulmasıdır.

-Ülkemizde kamu yönetiminin yapılandırılması kaçınılmazdır. Bu yeniden yapılandırılması ile merkezi yönetim hantallıktan kurtarılarak halkın devletle bütünleştirilmesi sağlanacaktır.

-Kamu personel rejimindeki sorunların çözümüne önem verilecektir. Tutumlu ve etkin bir devlet teşkilatının gerekli kıldığı sayıda kamu görevlisinin istihdamına yönelik çalışmalar yapılacaktır.

-Kamu yönetiminin iyileştirilmesi ile birlikte yerel yönetimlerin etkinleştirilmesi ve güçlendirilmesi de ele alınacaktır.

-Yerel yönetim ve merkezi yönetim arasındaki görev, yetki ve kaynak paylaşımı yeniden düzenlenecek, hizmetlerin büyük ölçüde yerel yönetimlerce yerine getirilmesine ağırlık verilecektir. Bu yapının etkin kontrol mekanizmaları oluşturulacaktır. Bürokratik işlemler azaltılacak, vatandaşa güven esas olacaktır.

-Yerel hizmetlere ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesi süreçlerinde demokratik katılımı ve şeffaflığı sağlayıcı tedbirler alınacaktır.

### C. 56. Hükümet Dönemi

Seçim öncesi kısa dönemli olarak kurulan, bu yüzden programı da dar kapsamlı hazırlanan IV. Ecevit Hükümeti Programında kamu yönetimiyle ilgili çok kısa şu açıklamalar yer almaktadır:

-Kamu yönetimindeki uygulamalarımızın temelini insan gücünün ve parasal kaynakların etkin, verimli ve tutumlu kullanılması oluşturacaktır. Bu konudaki kararlılığımızın ilk örneği, Bakanlar Kurulunun 38 yerine 25 üyeliğe sınırlanmış olmasıdır. Tüm kamu hizmetlerinde yansızlık, sürat, verimlilik ve doğruluk ilkelerine bağlı kalınacaktır.

-Yasa ve hizmet gereği olmadıkça kamu yönetiminde yeni atamalar yapılmayacaktır; partizanlığa asla fırsat verilmeyecektir. Zorunlu olabilecek atamalarda da şimdiye kadar özenle gözettiğimiz gibi, liyakat kesin ölçüt olacaktır.

### D. 57. Hükümet Dönemi

57. Hükümet Programında kamu yönetimi ile ilgili görüşler programın hem belirli bir kısmında hem de farklı konuların içinde ayrıntılı bir şekilde yer almaktadır:

-Hükümetimiz kamu yönetiminin yeniden yapılandırılmasında kararlıdır.

-Kamu yönetiminde ve kamu hizmetlerinde adaletli, şeffaf, verimli ve katılımcı bir yönetim anlayışı benimsenecektir.

-Kamuda işe alınmada yeterlilik, görevlerde yükseltmelerde ehliyet ve liyakat esas alınacak, kayırmacılık önlenecektir.

-Kamu personelinin atama ve yükseltmelerinde ehliyet ve liyakat şartları nesnel ölçütlere ve sınav esasına dayandırılacaktır. Kamu görevlerine giriş sınavlarının merkezi sistemle gerçekleştirilmesi uygulamasının yerleşmesi sağlanacaktır.

-Aynı işi yapan personel arasındaki ücret farklılıkları giderilecektir. Bu amaçla yapılacak düzenlemede iş, görev ve sorumluluk tanımlarına yer verilecek ve eşit işe eşit ücret ilkesi uygulanacaktır.

-Çağdaş görev ve iş tanımlamalarına göre kamu görevlilerinin sendikal haklarının düzenlenmesi de gerçekleştirilecektir.

-Yerel ve merkezi kamu kurum ve kuruluşlarının daha süratli, etkin ve ekonomik çalışmasını sağlamak amacıyla ileri elektronik teknolojilerden yararlanılacaktır.

-... kamu yönetimi, çağdaş devlet ilkelerine ve ülkemizin gereksinimlerine yanıt verebilecek şekilde yeniden yapılandırılacaktır. Başbakanlığın kendi asli işlevlerinde yoğunlaşması için gerekli düzenlemeler yapılacaktır.

-İl, ilçe ve belde kurulması nesnel kurallara bağlanacaktır.

-Köy ve mahalle muhtarlarının yetki ve sorumlulukları yeniden düzenlenecektir.

-Merkezi nüfus idaresi yani Mernis Projesi tamamlanarak uygulamaya geçirilecektir.

-Hükümetimiz devlet kurum ve kuruluşlarının, o arada, tüm güvenlik ve istihbarat birimlerinin her türlü siyasal karışmacılıktan uzak olarak, uyum içinde çalışmalarını gözetecek ve kamu yönetiminde istikrar sağlayacaktır.

### **III. Hükümet Programlarının Karşılaştırılması**

#### **Benzerlikler Açısından**

Her dört hükümet programında da kamu yönetimiyle ilgili olarak benzer fikirler ve açıklamalar yer almaktadır. Hükümet programlarındaki benzer nitelikteki açıklamalar aşağıda belirli başlıklar altında ele alınmıştır:

#### **Demokratiklik**

-Şeffaflık, katılımcılık (54., 55., 57. HP); tüm kamu hizmetlerinde yansızlık, doğruluk (56. HP)

-Halka dönük kamu yönetimi (54. HP); halkın devletle bütünleşmesinin sağlanması (55. HP).

-Devletin vatandaşına güvenmesi (54. HP); vatandaşlarına güvenen-onlara güven veren yönetim (55. HP).

#### Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma

-Devletin yeniden yapılanmasının hedeflenmesi (54. HP); kamu yönetiminin yapılandırılmasının kaçınılmaz oluşu (55. HP); merkezi yönetimin hantallıktan kurtarılması (55. HP); çağdaş devlet ilkelerine ve ülkenin ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması (57. HP).

-Devletin ekonomik faaliyetlerden çekilip asli görevlerine dönmesi (54. HP); Başbakanlığın kendi asli işlerinde yoğunlaşması (57. HP).

#### Kamu Personel Yönetimi

-Yeni bir kamu personel rejiminin yürürlüğe konulması (54. HP); kamu personel rejimindeki sorunların çözümüne önem verilmesi (55. HP).

-Yasa ve hizmet gereği olmadıkça kamu yönetiminde yeni atamaların yapılmayacağı; zorunlu atamalarda ise kesin ölçütün liyakat olduğu (seçim öncesi nedeniyle 56. HP); atama ve yükseltmelerde ehliyet ve liyakatin esas alınması (57. HP).

#### Kamu Hizmetlerinde Etkinlik

-Verimli bir devlet yapısına geçmek, israfın önlenmesi, devlet işleyişinde etkinliğin sağlanması, bürokrasinin en aza indirilmesi (54. HP); tüm kamu hizmetlerinde sürat, verimlilik ve doğruluk ilkelerine bağlı kalınması (56. HP); verimli ve katılımcı bir yönetim anlayışı, tüm kamu kurumlarının süratli, etkin ve verimli çalışmasını sağlamak (57. HP).

-Tutumlu ve etkin bir devlet teşkilatının gerektirdiği kadar kamu görevlisi istihdamı (55. HP); insan gücünün ve parasal kaynakların etkin, verimli ve tutumlu kullanılması (56. HP).

#### Farklılıklar Açısından

Söz konusu dört hükümet programı karşılaştırıldığında, benzer pek çok düşüncenin yanı sıra farklılıklar da mevcuttur. Özellikle 57. Hükümet Programında ayrıntılı, somut fikirlerin fazlaca yer aldığı görülmektedir.

-Devlet hizmetlerinden yararlandığı ölçüde bedel ödenmesi, ödeme gücünde olmayanlar, sakatlar, özürülüler ve kimsesizlerin korunması (54. HP).

-Fertlerin devletle ilişkilerinde vatandaşın beyanının esas alınması (54. HP).

-İnsan gücünün verimli, etkin kullanılmasının ve tutumluluğun göstergesi olarak 38 yerine 25 üyeye Bakanlar Kurulunun kurulduğunun açıklanması (56. HP).

-Kamu görevlerine giriş sınavlarının merkezi sistemle gerçekleştirilmesi uygulamasının yerleştirilmesi (57. HP).

-Eşit işe eşit ücret (57. HP).

-Kamu görevlilerinin sendikal haklarının düzenlenmesi (57. HP).

-Etkin kamu yönetimi için ileri elektronik teknolojilerinden yararlanmak (57. HP).

-İl, ilçe ve belde kurulmasında nesnel kuralların benimsenmesi (57. HP).

-Köy ve mahalle muhtarlarının yetki ve sorumluluklarının yeniden düzenlenmesi (57. HP).

-Mernis Projesi (57. HP).

-Tüm güvenlik ve istihbarat birimlerinin her türlü siyasi karışmacılıktan uzak çalışması (57. HP).

#### **IV. Hükümet Programlarıyla İktidar Partisi/Partileri Programlarının Karşılaştırılması**

54.-57. Hükümetler (56. Azınlık Hükümeti hariç) koalisyon hükümetleridir. Türkiye’de son koalisyon hükümetlerinin oluşumuna bakıldığında farklı siyasi ve ekonomik anlayıştaki partilerin ortak bir hükümet kurma ve yürütme zorlukları, parti programlarının hükümet programı olarak ortaya konulmasını güçleştirmektedir. 54. Hükümette ilk kez bir araya gelen Refah Partisi ve Doğru Yol Partisi de buna hükümet programında özellikle işaret ederek, bu birleşmeyi bir demokrasi ve uzlaşmanın zaferi olarak açıklamışlardır. Her iki partinin ortak görüşleri olarak bürokrasinin en aza indirilmesi, verimli, şeffaf bir yönetim anlayışı, kamu personeli rejimiyle ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Mesut Yılmaz’ın Başbakanlığındaki 55. Koalisyon Hükümet Programında ANAP Programının ağırlıkta olduğu görülmektedir. Hükümet programında yer alan vatandaşlara güvenen bir devlet anlayışı; tutumlu ve etkin bir devlet teşkilatına, teşkilatın gerekli kıldığı sayıda kamu görevlisi istihdamı; mahalli idarelerin güçlendirilmesi düşünceleri ANAP Parti Programı’nda da yer almaktadır. Örneğin Teşkilatlanmada sadeleşme, bakanlık ve her seviyede teşkilat sayısının asgariye indirilmesi (Bkz. ANAP Parti Programı s. 30). Ayrıca yerel yönetimlerin güçlendirilmesi konusunda DSP Parti Programı’nın benzer görüşleri vardır (DSP Parti Programı s. 128).

İktidarın bir diğer ortağı Demokrat Türkiye Partisi, Parti programında kamu yönetimi ile ilgili görüşlere “Devletin Yeniden Yapılanması” bölümünde yer vermektedir. Yeni bir yapılanmanın “nasıl” yapılacağına açıklandığı programda bölge valiliği sistemine geçilmesi; Güçlü Vali-Güçlü Kaymakam; il, sancak, ilçe yönetimleri; kırsal belediyeler gibi yeni fikirler yer almasına karşın (DTP Parti

Programı, s. 14-16), bunların herhangi bir şekilde 55. Hükümet Programında yer aldığı görülmektedir

Kendisini bir uzlaşma ve atılım hükümeti olarak gören 57. Hükümetin (DSP-MHP-ANAP Koalisyon Hükümeti). Hükümet Programında kamu yönetimiyle ilgili hususlarda DSP Parti Programıyla benzer düşüncelerin daha ağırlıklı olduğu görülmektedir: Kamu personelinin atanmasında nesnel ölçütlerin aranması; kamu görevlilerine sendikal (örgütlenme) hakkın sağlanması; köy ve mahallelerden başlayan etkin bir yerel yönetim anlayışı; istikrarlı, yansız yönetim anlayışı (DSP Parti Programı, Bölüm IV: Devlet, s. 118).

Programda hızlı, etkin kamu hizmeti, kamu personeli için iyileştirmeler fikirleriyle MHP'nin (MHP Parti Programı, Dokuzuncu Bölüm); kamu yönetiminin yeniden yapılandırılmasının gerekliliği ile ANAP'mın (ANAP Parti Programı, Dördüncü Bölüm) fikirlerine benzer görüşler de yer almaktadır.

## V. Sonuç

Siyasi partilerin programlarındaki görüşleri hükümet programlarında bulunmayla yer almamakla birlikte, kamu yönetiminin sorunlarının çözümü, iyileştirme ile ilgili benzer nitelikli ve genellikle de soyut çözümlerin, söylemlerin hükümet programlarında yer aldığı görülmektedir. Diğer taraftan, aynı koalisyon hükümeti içinde yer almamakla birlikte, farklı parti programlarında benzer görüşlerin de olduğu görülmektedir. Örneğin geri kalmış yörelerde görevin cazip yapılması düşüncesine hem ANAP (ANAP Parti Programı, md. 33) hem de DYP Programında (DYP Parti Programı, md. 21); bazı kadrolara siyasi nitelikli atamalar için bir elastikiyetin sağlanmasında DYP (DYP Parti Programı, md. 21) ve DSP Programında (DSP Parti Programı, s. 125) aynı şekilde rastanılmaktadır. Diğer taraftan DSP yerel yönetimler üzerinde merkezin vesayet denetiminin kalmasını önlemesinden yana tavır koyarken (DSP Parti Programı, s. 128), DYP ise demokrasiyi zedelemeyen kamu vesayetinin uygulanmasından yanadır (DYP Parti Programı, md. 20). Koalisyon ortağı olmamakla birlikte bu tür olası görüşlerin hükümet programlarında yer almadığı ve uygulamada da eski yapıyı koruyamamış olduğu bilinmektedir.

57. Hükümet programında DSP'nin Köykent, MHP'nin Tarım Kentleri Programında ortak bir görüş veya proje şeklinde ele alınmaması ise programların somut projelere ağırlıklı yer vermekten çok, özellikle uyum, uzlaşma ve istikrar öncüllerine ihtiyaç duymalarından kaynaklanmaktadır.

Her iki parti ve hükümet programlarında kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesi temel hedef ve amaç olarak belirtilmekle birlikte, hükümet Programındaki "Devlet Memurluğuna Girişte Merkezi Sınav" gibi önerilere de sıkça rastlanılmamaktadır. Ayrıca devletin mamudizm hastalığına karşı siyasal kayırmacılık ve partizanlıktan kurtulması gerekliliği, parti ve hükümet programlarında yer almakla birlikte, siyasi partilerin seçim vaatlerinde

“herkese iş, herkese aş” söylemleriyle daha en başta güçleşmektedir. Bu konuda seçmenlerin vekillerini mecliste yoğun şekilde ziyaretleri ve iş bulma, işe adam yerleştirme konularındaki talepleri, baskıları da parti ve hükümet programlarının uygulanabilmesini olumsuz yönde etkilemektedir. Ayrıca, bürokratların kendi konumlarını ve görev alanlarının etkinliğini arttırmak için personel sayısını ve harcamalarını artırma yönündeki tutumları da bu olumsuzluğa katkıda bulunmaktadır (Eryılmaz, s. 19).

Parti ve hükümet programlarında yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, demokratikleştirilmesi düşüncesi de, uygulamada, iktidarın taşraya uzanan gücünden vazgeçememesinden dolayı bir türlü tam anlamıyla hayata geçirilememektedir.

Türkiye’de seçmenlerin, siyasilerin ve siyasal partilerin parti programı oluşturma ve okuma konusunda yeterince duyarlı olmamaları parti programlarının hükümet programları oluşturmadaki rolünü de zayıflatmaktadır. Diğer taraftan Türkiye’de siyasi parti sayısının çok fazla olmasını demokratikleşmenin göstergesi olarak değil de siyasal istikrarsızlığın bir sebebi olarak gördüğümüzde (Kapanı, s. 146), koalisyon hükümetlerinin kaçınılmaz olması ve bu tür hükümet programlarının da genel söylemli, soyut politikalar içermesi beklenen bir sonuçtur.



## THE STOCKHOLM COMMITMENTS: PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Dr. İbrahim KAYA\*

**ÖZET:** Bu çalışmanın amacı Stockholm Bildirgesi ile öngörülen çevre prensiplerinin uluslararası hukukta ne derece yaşama geçirilebildiğini incelemektir. Bu amaçla ilk bölümde Stockholm Bildirgesi, Dünya Doğa Sözleşmesi, Brudtland Raporu ve Rio Bildirgesi gibi küresel ancak hukuksal bağlayıcılığı olmayan belgeler ana hatlarıyla açıklanacak ve Stockholm Bildirgesi ile bunların benzeşen yönleri ortaya konacaktır. İkinci bölümde Stockholm sonrası uluslararası çevre anlaşmaları üzerinde Stockholm Bildirgesi'nin izleri incelenecektir. Rio Bildirgesi tamamen farklı bir evreyi simgelediğinden Rio sonrası gelişmeler bu çalışmanın kapsam alanına girmemektedir.

### I. INTRODUCTION

The Stockholm Declaration is generally considered as the foundation of modern international environmental law and its implications characterise the subsequent development of international environmental law<sup>1</sup>. However, the Stockholm Conference adopted a non-binding declaration of principles, reflecting a political and moral commitment rather than a legal one<sup>2</sup>.

The aim of this paper is to examine its implications on the development of international environmental law entailing an exploration of the documents of environmental law; their provisions and omissions. The present work consists of two main parts. In the first one, the basic global environmental documents, namely the Stockholm Declaration, the World Charter for Nature, the Brundtland Report and the Rio Declaration will be focused on. Instead of examining them word by word, they will be summarised and their relation to the Stockholm Declaration will be examined. In the second part, implications of the Stockholm Conference on the evolution of environmental treaty law, especially in the post-Stockholm and pre-Rio period, will be considered, bearing in mind that on this issue volumes of books have been written and it is impossible to cover all aspects of the issue in detail in such a limited work.

---

Çanakkale Onsekiz Mart University.

KISS, A. and SHELTON, D. (1991) *International Environmental Law*, London, Graham and Trotman Ltd, p. 42.

PALLEMAERTS, M., "International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?", *RECTEL*, 1,3, p.255.

## II. GLOBAL ENVIRONMENTAL DOCUMENTS

### A. THE STOCKHOLM DECLARATION

Between June 5-16 of 1972, the United Nations Conference on the Human Environment was held in Stockholm. As a result of "Stockholm Conference", 109 recommendations forming an Action Plan and the Stockholm Declaration were almost unanimously adopted<sup>3</sup>. The Stockholm Declaration consists of 26 principles and a seven paragraph preamble with introduction.

Koester sums up the provisions and principles of the Declaration under the heading below:

- Fundamental human rights (principle 1)
- Management of natural resources and pollution threats ( principles 2-7)
- The correlation between development and environment (principles 8-12)
- Planning and environment and demographic policy (principles 13-17)
- Science, technology, including the transfer of technology to developing countries, and education (principles 18-20)
- Obligations on states to prevent environmental damage in other countries or in areas outside national jurisdiction, and to cooperate on development for such environmental damage (principles 21-22)
- Respect for national environmental standards and particularly through international and values and an obligation on states to cooperate, particularly through international institutions (principles 23-25)
- The threat of nuclear weapons to environment and the necessity to eliminate such weapons completely (principle 26).<sup>4</sup>

The aim of these principles is "to inspire and guide the peoples of the world in the preservation and enhancement of the human environment"<sup>5</sup>. The principle 1 links environmental protection and human rights<sup>6</sup>, including "the right to environment", by stating that "man has the fundamental right to liberty, equality and adequate conditions of life in an environment which has a quality that permits a life of dignity and well-being". It also puts the responsibility to

---

<sup>3</sup> UN Doc. A/CONF. 48/14 (1972), reprinted in 11 *ILL.M.* 1416.

<sup>4</sup> KOESTER, V. „From Stockholm to Btrudtland” (1990) *Environmental Policy and Law*, 20, 1, p. 14.

<sup>5</sup> The Stockholm Declaration, introduction to preamble.

<sup>6</sup> KISS, *op. cit.* p. 39.

protect and improve environment for present and next generations on the signatories.

Principles 2 to 7, which are regarded as "the heart of the Declaration"<sup>7</sup>, announce natural resources of the earth must be preserved for the interest of present and future generations by means of appropriate planning and management. Above mentioned natural resources include not only air, water, land, flora and fauna but also, especially, representative samples of natural ecosystems. Man has a responsibility in particular to preserve the heritage of wild life and its habitat. The capacity of the earth to produce renewable resources must be ensured. The non-renewable resources must not be used unnecessarily and benefits from them must be shared by all mankind. The production of toxic wastes and similar material must not exceed the level which is not harmful upon ecosystems. Marine pollution must be prevented.

Principles 8 to 12 address the correlation between development and environment. Article 8 recognises that economic and social development is indispensable for the improvement of the quality of life. The following principles demonstrate the way to cope with underdevelopment as "the transfer of substantial quantities of financial and technological assistance as a supplement to the domestic effort of the developing countries and such timely assistance as may be required". Stability of prices and sufficient income for primary commodities and raw materials are necessary to environmental management in developing countries. The present and future development potential of developing countries must not be adversely affected by the environmental policies of all states. Moreover, states and international organisations must take the appropriate steps to remedy economic consequences of the application of environmental measures.

Principles 13 to 15 talk about planning. States must adopt an integrated and coordinated development planning approach in order to ensure that development is compatible with environment. Any conflict between the development and environment must be reconciled. Urban planning is also essential to avoid adverse effects on environment.

Principle 16 underlines the necessity of demographic policies when the population growth or overpopulation may have adverse effects on the environment. According to principle 15 public awareness of the environment must be broadened through education and media.

Principle 18 recommends that science and technology must be used to avoid and solve environmental problems.

Principle 20 is another principle which is in favour of developing countries. This states that scientific information and environmental technologies

---

Ibid. p. 39.

must be made available to developing countries "without constituting an economic burden on the developing countries".

Principles 21 to 26 are of significant importance for the development of international law<sup>8</sup>. Principle 21 proclaims that states have the right to exploit their own resources provided that this does not cause damage to the environment of other states. This principle is regarded today as a basic norm of customary international law. Subsequent articles state that cooperation among states to develop international law regarding liability and compensation should be provided. The system of values prevailing in each country especially in developing countries must be taken into consideration when criteria and norms of environmental matter are agreed upon. Cooperation is essential to cope with international environmental matters. An efficient and effective role must be played by international organisations to protect and improve environment. Nuclear weapons and their destructive effect must be eliminated.

## **B. THE WORLD CHARTER FOR NATURE**

The World Charter for Nature was proclaimed by the United Nations General Assembly on October 29, 1982<sup>9</sup>.

It was adopted to proclaim "the ... principles of conservation by which all human conduct affecting nature is to be guided and judged"<sup>10</sup>. The most important elements of the Stockholm Declaration were repeated by the Charter<sup>11</sup>. However, its scope is limited to the conservation and use of living natural resources<sup>12</sup>. The principles in the Charter are divided into three categories:

- Principles 1 to 5 (General principles)
- Principles 6 to 13 ( Functions)
- Principles 14 to 24 (Implementation)

The basic concepts are stated in the preamble. Mankind as a part of nature in which civilisation is rooted must maintain the stability and quality of nature and conserve natural resources. The survival of civilisation depends upon the ecological conservation. To this end, international cooperation must be promoted and natural resources must be used in a manner which does not jeopardise the preservation of the species and ecosystems.

---

8 Ibid. p. 40.

9 UN. Doc. A/37/51 (1982).

10 Preamble.

11 KOESTER, *op. cit.* p. 15.

12 PALLEMAERTS, *op. cit.* p. 255.

“General principles” affirm that nature shall be respected, the genetic viability on the earth shall not be compromised. All areas of the earth must be conserved, in particular unique areas. Ecosystems, organisms and resources must be used in optimum sustainable productivity. It is also added that nature must be saved from degradation caused by warfare or other kinds of hostilities.

“Functions” consisting of eight principles state that in the planning of social and economic development, the conservation of nature must be taken into consideration as an integral part of it. The prevention of wasting of natural resources is also required. The Charter calls for the control of activities which might have an adverse impact on nature. Discharge of pollutants into natural systems shall be avoided. It is also emphasised in the Charter that special precautions must be taken to prevent the discharge of radioactive or toxic wastes.

The implementation section requires states to reflect the principles of the Charter in the law and practice of each state, as well as on the international level.

Education and an increasing awareness of nature are also important according to the Charter. Early detection of degradation of threat must be ensured through monitoring. Principle 21 encourages cooperation, information exchange, consultative agreement on the methodologies for environmental assessment as well as requirements to implement international legal provisions regarding the environment. It also underlines that, like principle 21 of the Stockholm Declaration, activities within a state must not cause damage to the natural systems located within other states or in the areas beyond their jurisdiction.

The ensuring principles foresee participation of individuals in the formulation of decisions of concern to their environment and access to the means of redress when their environment is damaged or degraded. It can be concluded from this principle that nationals of the country in question and aliens can equally exercise the right of access to administrative procedures and judicial tribunals<sup>13</sup>.

### C. THE BRUNDTLAND REPORT

The report of the World Commission on environment and development was published in 1987. This report is known as “the Brundtland Report”<sup>14</sup>. The fundamental concept of the Brundtland report is sustainable development which can be described as a development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generations to meet

<sup>13</sup> KISS, op. cit. p. 48.

<sup>14</sup> WCED was headed by Gro Harlem Brundtland who was the Minister of Environment, National Forests and Nature Agency of Denmark.

their own needs<sup>15</sup>. There are also twenty- two legal principles which are annexed to the report, for environmental protection and sustainable development, adopted by the WCED expert group on environmental law<sup>16</sup>. Legal principles are divided as :

- General principles, rights and responsibilities (principles 1-8)
- Principles, rights, and obligations concerning transboundary natural resources and environmental interferences (principles 9-20)
- State responsibility (principle 21)
- Peaceful settlement of disputes (principle 22)

Principle one proclaims that all human beings have the fundamental right to environment adequate for their health and well being. Other principles provide for the use and conservation of the environment for the benefit of present and future generations, universal environmental standards must be established and changes must be monitored, environmental assessment of activities must be made, everybody must have equal access to administrative and legal proceedings , conservation is the integral part of the planning and implementation of development activities, co-operation is essential in implementing the proceeding rights and obligations.

Part II requires states, by principle 9, to use transboundary natural resources in a reasonable and equitable manner , and by principle 20 , to give equal treatment to all persons who are effected by use in an environmentally adverse way.

Part III consisting of principle 21 puts on states a responsibility to cease and provide compensation for activities in breach of international environmental obligations.

Last part, by principle 22, comprises rules on peaceful settlement on environmental disputes.

#### **D. THE RIO DECLARATION**

In 1992 , after two decades since the Stockholm conference, the Rio Declaration<sup>17</sup> on environment and development was adopted in the capital city of Brazil at the end of "the Earth Summit." Delegates from one hundred and eighty-two nations almost unanimously adopted another major international document:

---

15 WCED (1987) **Our Common Future**, Oxford, Oxford University Press, p.8 and see also KOESTER, op. cit. p. 15-16.

16 For the summary of the legal principles see WCED , op. cit. , annex 1 p. 348-351.

17 UN. Doc. A/CONF. 151/5/1992.

Agenda twenty-one which is an action plan to promote a global transition to sustainable development<sup>18</sup>.

The Rio Declaration consists of a preamble and twenty-seven principles. The preamble is quite short and reaffirms the Stockholm Declaration<sup>19</sup>. The main goal of the Rio Declaration is to establish a new and equitable global partnership through the creation of new levels of co-operation amongst states. Principle 1 puts human beings at the centre of concerns for sustainable development and recognises the right to a healthy and productive environment in harmony with nature for all. Second principle is the counter part of principle 21 of the Stockholm Declaration. However it states that states have sovereign right to exploit their own resources in pursuing not only their environmental policies but also their development policies. Following principles talk about the right to development, integrity of development, and environmental protection, the necessity of co-operation to cope with poverty, the special situations and need of developing countries. Principle 7 requires that states must co-operate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the environment as they have "common but differentiated responsibilities", meaning that the developed countries recognise that they will take a special role in the common partnership in the light of their higher per capita consumption and pollution levels and their greater technological and financial resources<sup>20</sup>. The principle 8 requires developed countries to change their production and consumption patterns and developing countries to curb their population growth to address effectively environmental degradation and poverty<sup>21</sup>. Principles 9 to 12 call for co-operation through the exchange of scientific and technological knowledge and the transfer of technologies, access to environmental information and judicial and administrative proceedings, the increasing of public awareness, enacting of environmental legislation and standards and the promotion of an open international economic system. Principle 13 completes principle 2 requiring that law regarding liability and compensation for the victims of an environmental disease must be developed both on the national and international level. Principles 22 onwards affirm these general principles; ban on the transfer of environmentally harmful activities and substances, precautionary approach, pollutant pay principle, environmental impact assessment prior and timely notification to natural diseases. The vital role of women, youth, and local people in environmental matters and the development was mentioned in principles 20 to 22. Principle 23 extends the protection of the environment and natural resources

18 UN Chronicle, Sept. 1992, p.59.

19 Preamble paragraph 3.

20 GETCHS, D. H., "Foreword: The Challenge of Rio", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, (1993) 4,1, p.128.

21 Ibid. p.129.

of people under oppression, domination and occupation. Principle 24 condemns the warfare while followed by principle 25 which states that peace, development and environment are interdependent and indivisible. The importance of a peaceful settlement of environmental disputes were noted in Principle 26. Lastly, principle 27 calls for co-operation for the fulfilment of the above mentioned principles and for further development of international law in this field.

## II. ENVIRONMENTAL CONVENTIONS IN THE POST-STOCKHOLM PERIOD

Since the Stockholm Declaration international environmental law has developed by addressing following areas in the international treaties<sup>22</sup>.

- Protection of marine environment: 1973 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships(MARPOL)<sup>23</sup>, 1982 The United Nations Convention of the Law of the Sea(UNCLOS),

- Prevention of air pollution: 1979 the Convention on long-range Transboundary Air Pollution(LRTAP), 1985 Ozone Layer Convention,

- Protection of species of fauna and flora and ecosystems: 1972 Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage<sup>24</sup>, 1973 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora(CITES)<sup>25</sup>, 1979 The Treaty on the Conservation of Wild Migratory Species<sup>26</sup>,

- Protection of river and lakes: 1976 Convention for the Protection of Rhine against Chemical Pollution<sup>27</sup> and 1976 Convention for the Protection of Rhine from Pollution by Chlorides<sup>28</sup>,

- Protection of the environments from nuclear emergencies or from hazardous wastes: 1986 Convention on Early Notification of a Nuclear

---

<sup>22</sup> ADEDE, A. O., "International Environmental Law from Stockholm to Rio- An Overview of Past Lessons and Future Challenges", *Environmental Policy and Law* (1992) 22,2, p.90-95.

<sup>23</sup> See 121 I.L.M. 1319.

<sup>24</sup> See 11 I.L.M. 1358.

<sup>25</sup> See 12 I.L.M. 1085.

<sup>26</sup> See 19 I.L.M. 15.

<sup>27</sup> See 16 I.L.M. 242.

<sup>28</sup> See 16 I.L.M. 265.



Accident<sup>29</sup> and the Convention on Assistance in case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency<sup>30</sup>.

It can be suggested that it is very possible to find echoes of the Stockholm Declaration in the treaties which address the above mentioned areas and issues. The reflection of the Stockholm principles will be examined in this part of the paper.

Principle 1 of the Stockholm Declaration about the right to environment. As the starting point, Principle 1 of the Stockholm Declaration establishes the link between human rights and environmental protection<sup>31</sup>. It reads :

Man has the fundamental **right** to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn **responsibility** to protect and improve the environment for present and future generations... (Emphasis added)

This formulation stops short of proclaiming a direct right to environment. This suggestion is in accordance with the subsequent development of international treaty law.

General obligation to protect and to conserve the environment (Principle 1,2 and 4) has become an almost indivisible part of each treaty since the Stockholm Declaration. For instance, the preamble of CITES recognises that wild flora and fauna must be protected, Article 2 of the Wild Migratory Species Treaty states that "the parties acknowledge the importance of migratory species being conserved...", under Article 4 of the World Heritage Convention each party recognises the duty of ensuring the conservation and the transmission to the future generations of cultural and natural heritage.

Principle 6 of the Stockholm Declaration provides that the discharge of toxic substances or of other hazardous substances and the release of heat in quantities or concentrations which exceed the capacity of the earth to render them harmless must be halted in order to ensure that serious damage is not inflicted upon ecosystems. Principle 7 addresses marine pollution and declares that state shall take all possible steps to prevent pollution of the seas by substances that are liable to create hazards to human health, harm living resources and marine life, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea. Article 192 of UNCLOS proclaims that states have a general obligation to protect and preserve marine environment. Article 194 (1) states that

---

29 See 25 I.L.M. 1369.

30 Ibid.

31 KISS, op. cit. p. 77.

states take all measures consistent with the convention that are necessary to prevent, reduce and control pollution of marine environment from any source.

Importance of cooperation, scientific research, collection of data, public awareness through education and media are other aspects of environmental issues which were promoted by the Stockholm Declaration and today they are standard clauses of environmental treaties<sup>32</sup>.

Principle 21 of the Stockholm Declaration which states that every state has the duty to conduct activities under their jurisdiction or control in such a manner as not to cause environmental damage to other states or to areas beyond their national jurisdiction is customary international law. Preambles of LRTAP and Ozone Layer Convention, for instance, reaffirm this principle. Furthermore, this principle became a treaty law. Articles 193 and 194 of the UNCLOS recognise that "States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environment policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment" and the obligation to "take all measures necessary to ensure that activities under their jurisdiction or control are so conducted as not to cause damage by pollution to other states and their environment and that pollution arising from incident or activities under their jurisdiction or control does not spread beyond the areas where they exercise sovereign rights in accordance with convention"<sup>33</sup>.

On the other hand, as noted by Pallamaerts<sup>34</sup>, principle 22 of Stockholm Declaration, which requires states to cooperate to develop further international law regarding liability and compensation, has never been addressed by environmental law. Moreover, Principle 13 of the Rio Declaration provides that "states shall develop national law regarding liability and compensation", instead of international law. It seems that principle 22 of the Stockholm Declaration has not achieved its aim of promoting the development of international law regarding liability and compensation and this point is one of the most important factors in the failure of the Stockholm Declaration.

The Stockholm Declaration recognises the special needs of developing countries in various principles and calls for technical and financial assistance for them<sup>35</sup>. For example, a fund created by Biodiversity Convention which is fed by the contributions of the developed countries for the use of the developing countries and according to Article 20 (4) "[t]he extent to which developing country parties will effectively implement their commitments under the

---

<sup>32</sup> For more examples see Articles 7 and 9 of LRTAP, Article 27 of the World Heritage Convention.

<sup>33</sup> Quoted by ADEDE, *op. cit.* p. 95.

<sup>34</sup> Pallemarts, *op. cit.* p.258.

<sup>35</sup> Principle 12.

convention will depend on the effective implementation by developed country Parties of their commitments under this convention relate to financial resources and transfer of technology" and "economic and social development" and "eradication of poverty" are recognised as "first and overriding priorities" of the developing countries.

#### IV. CONCLUSION

This paper has examined the implications of the Stockholm Declaration on the further development of international environmental law. The Stockholm Declaration is the cornerstone of international environmental law, opening a new era in the history of general international law. However, it contained such commitments that demonstrates the good will of the states to adopt and further develop the law of environment rather than establishing binding standards and norms. Therefore, the environmental community that expected all the promises were to be met disappointed. The examination of the Rio Declaration on post-Rio treaties would definitely be subject of another paper.



## KAÇIRMA VE ALIKOYMA SUÇLARI

Dr. Berrin BOZDOĞAN AKBULUT\*

## GİRİŞ

Kaçırma ve alikoyma suçları, tarihî gelişim süreci içinde toplumların yapısına göre farklı şekillerde değerlendirilen ve hüküm altına alınan bir suç grubudur. Hemen hemen bütün toplumlar ilkel dönemlerinde evlenmek amacıyla gerçekleştirilen kaçırma ve alikoyma fiillerini meşru olarak kabul etmişler ve bir evlenme usulü haline getirmişlerdir. Ancak aynı dönemlerde şehvet hissiyle gerçekleştirilen kaçırma ve alikoyma fiilleri ırza geçmeyle aynı nitelikte görülmüş ve ırza geçmenin yaptırımıyla karşılanmıştır. Zamanla medeniyetin gelişmesi ve toplumların olaylara değişik açıdan yaklaşmaları sonucu kaçırma ve alikoyma fiilleri şiddet göstergesi ve barış içinde yaşamaya tehdit olarak nitelendirilmiştir. Bu anlayışın sonucu olarak da kaçırma ve alikoyma suçları bağımsız suçlar şeklinde düzenlenmeye başlanmıştır<sup>1 2</sup>.

Toplumların yapısına göre farklı şekillerde değerlendirilen kaçırma ve alikoyma suçları, kendilerine verilen anlam bakımından da değişik tanımlamalara konu olmuştur<sup>3</sup>. Ancak genel olarak, rızası olsun ya da olmasın evlenmek amacıyla veya şehvet hissiyle bir kişinin bulunduğu yerden başka yere götürülmesine kaçırma, rızasıyla gelen kişinin geldiği yerde aynı amaçla tutulmasına da alikoyma adı verilmektedir.

Kaçırma ve alikoyma suçlarının temel nedenini sevmek ve sevişme olgusu oluşturmaktadır. Buna neden olan etkenler ise genel olarak üç grupta toplanmaktadır. Etkenlerden ilkinin ekonomik nedenler, ikincisini toplumsal nedenler, üçüncüsünü de biyo-psikolojik nedenler oluşturmaktadır<sup>4</sup>. Erkeğin veya kızın fakir olması, aile içinde veya aileler arasındaki huzursuzluklar, cinsel ihtiyaçların tatmin edilmesi gibi nedenler bu olayların gerçekleştirilmesini kolaylaştırmaktadır.

Ülkemizde kaçırma ve alikoyma fiilleri, genel olarak evlenmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Toplumumuzda eskisi kadar olmasa da kaçırma olayları halâ bir evlenme şekli olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında şehvet hissiyle

S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi

Toroslu, Nevzat, "Kadın Kaçırma", Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını No.1, s. 414, 415.

Kaçırma ve alikoyma suçlarının tarihi gelişimi için bkz.: Dönmezer, Sulhi, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul, 1983, no. 196.

Toroslu, s.415. Yasa, İbrahim, Türkiye'de Kız Kaçırma Gelenekleri ve Bununla İlgili Bazı İdari Meseleler, Ankara, 1962, s. 2.

Bu nedenler için bkz.: Yasa, s.15-19; Toroslu, s. 419-424.

yapılan kaçırma ve alıkoyma filleri de uygulamamızda oldukça fazladır. İşte işlenme sayısı itibarıyla uygulamamızda önemli yer tutan kaçırma ve alıkoyma suçları, anılan nedenle ve tartışmalı bazı hususları dolayısıyla incelemeye esas alınmıştır.

### I- KAÇIRMA VE ALIKOYMA SUÇLARIYLA İLGİLİ TÜRK CEZA KANUNU SİSTEMİ VE KORUNMAK İSTENEN MENFAAT

Ceza Kanunumuz kaçırma ve alıkoyma suçlarını, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babının “Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma” başlığını taşıyan 2. faslında düzenlemiştir. Kanun bu babda düzenlenen suçlarla, uygar bir toplumun devamı için gerekli olan genel adap ve aile düzenini korumak istemiştir. Cinsel özgürlüğün sağlanması, cinsel konulardaki ahlâkî duyguların ihlâl edilmemesi, aile kurumunun toplumdaki önemi gibi nedenlerle bazı fiiller bu babda suç olarak hükme bağlanmıştır<sup>5</sup>. Kaçırma ve alıkoyma suçları da faildeki şehvet hissi veya evlenme amacı nedeniyle bu nitelikte görülmüş ve Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhinde Cürümler babında düzenlenmiştir. Ayrıca suçların ayırımında mağdurun reşit olup olmamasının dikkate alınması da kaçırma ve alıkoyma suçlarının anılan babda hükme bağlanması sonucunu doğurmuştur. Çünkü kaçırma ve alıkoyma suçlarında şehvet hissi veya evlenme amacı dolayısıyla genel adaba karşı yapılan bir tecavüz söz konusu olduğu gibi, mağdurun küçük olması halinde ebeveynin nüfuz ve iktidarının ihlâl edilmesi de söz konusudur<sup>6</sup>. Her ne kadar Ceza Kanunumuz genel adap ve aile düzeni kavramlarını birbirine yakın saymış ve farklı yerlerde düzenlemeye tâbi tutmamışsa da<sup>7</sup>, kaçırma ve alıkoyma suçlarında mağdurun küçük olup olmamasına göre her iki kavramın kapsamının gerçekleştiğini ifade etmek yanlış olmaz.

Biz kaçırma ve alıkoyma suçlarının bu şekilde düzenlemeye tabi tutulmasının kanunumuzun sistemine uygun olmadığını düşünüyoruz. Çünkü bu suçlarda kanun koyucu failin saikini göz önünde bulundurmıştır. Kaçırma ve alıkoyma suçlarının düzenlenmesinde bu esastan hareket edilmesi, Ceza Kanunumuzun sistemi olan ve suçların ayırımında esas alınan hukukî konu kriterine aykırılık niteliği taşımaktadır. Oysa kanunumuzda özel kısmı oluşturacak suçlar ayırma tabi tutulurken saik kriteri değil, hukukî konu kriteri esas alınmıştır<sup>8</sup>. Dolayısıyla kaçırma ve alıkoyma suçlarında ihlâl edilen kişisel özgürlük bir tarafa bırakılarak, faildeki şehvet hissi veya evlenme amacından hareketle kaçırma ve alıkoyma suçlarının Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhinde Cürümler babında düzenlen-

5 Erem, Faruk-Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 1999, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, s.289.

6 Dönmezer, no. 204; Eser, Rifki, “Kız Kaçırma Suçu ve Ceza Siyaseti”, Ad.Cer., 1943, S. 11, s.991.

7 Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1994, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, s. 440.

8 Erem-Toroslu, s. 39.

mesi uygun olmamıştır. Böyle yapılacağı yerde, bazı ülkelerde<sup>9</sup> kabul edildiği gibi kişisel özgürlüğün sınırlandırılması esas alınarak kaçırma ve alıkoyma suçları hürriyet aleyhinde işlenen suçlar arasında düzenlenmeliydi.

## II- REŞİT OLANIN KAÇIRILMASI VEYA ALIKONULMASI SUÇU

### 1. Hüküm ve niteliği

Reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçunu düzenleyen 429. maddede, “her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırmaya veya bir yerde alıkoymaya üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü taşımaktadır.

429. maddede yer alan bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Failin maddede sayılan hareketlerden yalnız birini gerçekleştirmesi halinde suç oluşacak ve cezalandırılması yoluna gidilecektir<sup>10</sup>.

Bu suç aynı zamanda mütemadi suç niteliği taşımaktadır<sup>11</sup>. Suç mütemadi olunca bu suça özgü özellikleri ve neticeleri ihtiva etmektedir. Dolayısıyla kaçırma ve alıkoyma suçlarına iştirak, zamanaşımının başlaması gibi problemler mütemadi suç kuralları içinde çözümlenecektir.

### 2. Fail ve mağdur

#### A- Fail

Kanun bu suçun faili bakımından bir kimse dediğinden, herkes suçun faili olabilir. Diğer bir ifadeyle suçu işleyen bir kadın olabileceği gibi bir erkek de olabilir. Örneğin bir kadın, başka bir kadını şehvet hissiyle kaçırmış veya alı-

<sup>9</sup> Almanya, Avusturya, İsviçre (genel olarak) gibi ülkeler küçük büyük ayrımı yapmadan bu suçları hürriyet aleyhine suç olarak düzenlemişlerdir. Örneğin Alman Ceza Kanunu (StGB), anılan suçları kovuşturulmaları hariç üç madde halinde hükme bağlamıştır. 235.madde, 18 yaşından küçük birinin hile, tehdit veya cebir kullanılmak suretiyle ailesinin, vasisinin veya korumak ve gözetmekle yükümlü kimsenin egemenlik sahasından çıkarılmasını düzenlemektedir. Suçun oluşması için kaçırılan kimsenin cinsiyeti önemli olmadığı gibi failin saiki de gözönüne alınmamıştır. 236.madde, 18 yaşından küçük evlendirilmemiş bir kadının gayri meşru cinsel hareketler yapmak amacıyla kendi rızasıyla, fakat ailesinin, vasisinin, korumak ve gözetmekle yükümlü kimsenin rızası hilafına kaçırılmasını hükme bağlamaktadır. 237.madde ise, bir kadının rızası hilafına hile, tehdit, cebir kullanılarak kaçırılmasını ve bu kaçırma nedeniyle acz durumunda kalan kadından gayri meşru cinsel hareketlerde bulunmak için yararlanılmasını cezalandırmaktadır.

<sup>10</sup> Seçimlik hareketli suç için bkz.: Dönmezer, Sulhi- Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım (C.1), İstanbul, 1997, Onüçüncü Tipki Bası, no. 508.

<sup>11</sup> Mütemadi suç hakkında bkz.: Erem, Faruk- Ahmet Danışman -M. Emin Artuk, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 1997, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, s. 347 vd.

koymuş olabilir. Zira bir kadının farklı cinsel tercihleri olabilir<sup>12</sup>. Ancak kaçırmanın veya alıkoymanın evlenmek amacıyla yapılması halinde suçun failinin kadın olması mümkün değildir. Zira bir kadının diğer bir kadınla evlenebilmesi imkânsızdır. Buna karşın bir kadının diğer bir kadını bir erkek hesabına evlenmelerini sağlamak niyetiyle kaçırmaması mümkündür<sup>13</sup>. Kocanın bu suçta fail olabilmesi ise, bu suçta gerekli olan kast ve saik açısından imkânsızdır<sup>14</sup>.

### B- Mağdur

Bu suçun mağduru yalnız kadın olabilir. Kanunumuz “reşit olan veya reşit kılınan bir kadın” ifadesiyle bu hususu açıkça belirtmiştir. Kız, kadın kavramına dahildir. Dolayısıyla erkek suçun mağduru olamaz. Erkeğin kaçırılması veya alıkonulması halinde fiil, hürriyeti tehdit suçunu veya erkeğin küçük olması şartıyla 430. maddedeki suçu oluşturur.

Bir kişinin 429. maddede belirtilen bu suçun mağduru olabilmesi için kadının olması yeterli olmayıp, aynı zamanda reşit olması veya reşit kılınmış bulunması da gerekir. Reşit olmak veya reşit kılınmak tabirleri, Ceza Kanunumuzda bu konuda bir hüküm bulunmadığından Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Medeni Kanunumuz reşit olmayı 11. maddesinde, reşit kılınmayı ise 12. maddesinde düzenlemektedir. 11. maddenin 1. fıkrasında, rüştün onsekiz yaşın doldurulmasıyla başladığı, 2. fıkrasında ise, evlenmenin kişiyi reşit kıldığı ifade edilmektedir. 12. maddede ise, 15 yaşını dolduran küçüklerin hâkim kararıyla reşit kılınabileceği belirtilmektedir. Şu halde bir kadının kaçırılması veya alıkonulması halinde, kadının bu suç açısından mağdur olabilmesi için ya onsekiz yaşını doldurmuş olması veya evli bulunması ya da hâkim kararıyla reşit kılınan bir kişi olması gerekir. Mağdurun akıl hastası olması veya farik ve mümeyyiz olmaması reşit olma sonucunu değiştirmeyecektir. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında, “reşit olan mağdurenin akıl hastası olması nedeniyle, işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını anlayamayacağı ve fiile karşı koyamayacağı, bu nedenle reşit kabul edilemeyeceğinden hareketle TCK. nun 429/1. maddesi yerine 430/1. maddeyle ceza tayininin yasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>15</sup>. Mağdurun reşit olması veya reşit kılınmış bulunması ise suç anına göre tespit edilecektir. Diğer bir ifadeyle suçun işlendiği anda reşit olmayan bir kişinin, daha sonra reşit olması sonucu değiştirmeyecektir.

12 Toroslu, s.436.

13 Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (C.IV), Ankara, 1985, Üçüncü Baskı, s. 226; Erem-Toroslu, s. 314.

14 Yargıtay 5. CD, 10.1.1982, 1/6, YKD, 1982, S. 6, s. 871.

15 Yargıtay 5. CD, 8.6.1983, 1296/2135; BAKICI, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara, 1994, s. 387.



### 3. Suçun unsurları

#### A- Maddî unsur

Cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile kaçırmak veya bir yerde alıkoymak suçun maddî unsurudur. Diğer bir ifadeyle suçun oluşması için, mağdurun kaçırılması veya alıkonulması ve bu fiillerin cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile gerçekleştirilmesi gerekir.

#### a) Kaçırmak veya alıkoymak

##### aa) Kaçırmak

Kaçırmaktan söz edilebilmesi için mağdurun bulunduğu yerin değiştirilmesi diğer bir ifadeyle mağdurun bulunduğu yerden başka bir yere iradesi dışında götürülmesi gerekir. Yer değişikliğinden amaç, mekan değişikliğinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla yalnız oda değişikliği kaçırmak için yeterli değildir. Mekan değişikliği için mağdurun ailesinden, birlikten yaşadığı kişilerden ve yerden uzaklaştırılması şart değildir<sup>16</sup>. Dağ başında tatilini geçiren bir kadının cebir, şiddet, tehdit veya hileyle yerinin değiştirilmesi dahi kaçırma fiilini oluşturur. Ancak kaçırmanın söz konusu olabilmesi için sadece yer değiştirme yeterli olmayıp, aynı zamanda failin mağdur üzerindeki fiilî egemenlik kurması da gerekir<sup>17</sup>. Dolayısıyla daha önce egemenlik kurduğu bir kişinin yerinin değiştirilmesi durumunda kaçırılmadan söz edilemeyecektir<sup>18</sup>. Örneğin alıkonulan kişinin daha sonra kaçırıldığı söylenemeyecektir. Zira böyle bir durumda kaçırma hareketi, mütemadi suç olan alıkoymanın yapısı içindedir. Dolayısıyla temadi süresi içinde seçimlik hareketli suçların gerçekleşmesi söz konusu olamaz<sup>19</sup>. Aynı şey kaçırılan kişinin belirli bir süre failin yanında tutulması açısından da geçerlidir. Burada da alıkoyma, kaçırmanın yapısı içindedir<sup>20</sup>. Ancak bu durum gerek doktrinde gerek uygulamada farklı gerekçelerle çözümlenmektedir. Bazı yazarlarımız, bu şekilde

Eser, Albin, in: Adolf Schönke - Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, München, 1997, 25., neubearbeitete Auflage von Theodor Lenckner - Peter Cramer - Albin Eser - Walter Stree, § 237, kn. 5; Önder, s.555.

Bkz: Lackner, Karl-Kristian Kühn, Strafgesetzbuch, München, 1995, 21., neubearbeitete Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes, § 237, kn. 4; Wessels, Johannes, Strafrecht, Besonderer Teil/1, Straftaten gegen personlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 21., neubearbeitete Auflage, kn. 428; Dreher, Eduard - Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, München, 1995, 47., neubearbeitete Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes, § 237, kn. 2; Bakıcı, s. 359; Önder, s. 556; Dönmezer, no. 208; Erem-Toroslu, s. 315; Erem, s. 227; CGK, 25.2.1980, 558/71, Bakıcı, s. 375; 5. CD, 25.9.1970, 2702/288, Savaş, Vural-Sadık Mollamahmutöğlü, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara, 1995, s.3851.

Lackner-Kühn, § 237, kn.4.

Önder, s. 553.

Bakıcı, s.361, 362.

gerçekleşen olayları seçimlik hareketli suçun özellikleriyle çözmektedirler. Bu görüşe göre, kaçırma ve alıkoyma hareketlerinin aynı mağdur üzerinde birbirini izleyerek gerçekleştirilmesi durumunda, seçimlik hareketli suç gereğince faile tek ceza verilecektir<sup>21</sup>. Ceza kanunumuzun 429. maddesindeki düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suç olmakla ve varılan sonuç doğru bulunmakla beraber, yukarıdaki gerekçelerle anılan görüşe katılmıyoruz. Yargıtay ise, alıkoyma ve kaçırma hallerinin tek bir suç niteliğinde bulunduğunu<sup>22</sup>, fiilin bir kül oluşturduğunu<sup>23</sup> dolayısıyla iki ayrı cezanın verilemeyeceğini belirtmektedir. Bu görüş doktrinde haklı olarak hukukî bir anlamı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>24</sup>.

Alıkoymanın ayrı bir hareket şekli olarak öngörülmediği kanunlarda, failin hâkimiyetini kuvvetlendirmek için kişinin yerini değiştirmesi kaçırma olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Ancak mevzuatımızda alıkoyma, 429. maddedeki suçun seçimlik bir hareketi olarak öngörüldüğünden böyle bir ayırma gitmemize gerek olmadığını ve bu tür hareketlerin de alıkoyma niteliğinde kabul edilmesi gerektiğinin düşünüyoruz.

### bb) Alıkoymak

Şehvet hissiyle kaçırma suç olarak kabul eden kanunlar genellikle yalnız kaçırma unsuruna yer verdikleri halde (Almanya gibi), kanunumuz ve kanunumuz gibi diğer bazı kanunlar (Arjantin, İtalya gibi) bu suçların alıkoymak suretiyle de gerçekleşebileceğini hüküm altına almışlardır<sup>26</sup>.

Alıkoymak, herhangi bir nedenle failin egemenlik alanında bulunan kadının cebir ve şiddet, tehdit, hile ile yani rızası hilafına orada tutulmasını ifade etmektedir. Failin egemenlik alanına giren kişinin bu alana hangi nedenle girdiğinin önemi bulunmamaktadır. Bulduğu yere isteyerek gitmemiş olan, örneğin babasının arzusuyla sanığın egemenlik alanına giren<sup>27</sup> veya komşusuna bir şey götürmek için giden kadının rızası hilafına orada tutulması alıkoymayı oluşturur. Mağdurun gittiği yer failin bürosu veya evi olabileceği gibi, faile ait olmayan bir yer de olabilir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, apartmanın zemin katında

21 Dönmezer, no. 210.

22 5. CD, 2.6.1986, 6237/2811; 5 CD, 23.10.1985, 4507/4035, Bakıcı, s. 384.

23 4. CD, 14.1.1954, 13573/217, Köseoğlu, Cemal, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 1955, Sekizinci Basılış, s. 462.

24 Önder, s. 553.

25 Bkz.: Wessels, kn. 428; Lackner-Kühl, § 237, kn.4.

26 Önder, s. 556.

27 Aynı yönde Önder, s. 557. Ancak bazı yazarlar alıkoyma için, failin egemenlik alanına rıza girilmiş olmasını aramaktadırlar: Dönmezer, no. 210.

su saatlerinin bulunduğu yerin egemenlik tesisine ve alıkoyma suçunun işlenmesine uygun olup olmadığı araştırılmadan beraate karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştır<sup>28</sup>. Alıkoymada önemli olan gidilen yerin failin egemenlik kurabileceği bir yer olmasıdır. Çünkü kanunumuzun 429. maddesinde, “bir yerde alıkoyma” ifadesi kullanılmaktadır. Bu itibarla sanığın, çalışma yerinde ve mesai saatleri içinde diğer çalışanların da bu yerde olduğu sırada<sup>29</sup> veya kadının kendi egemenlik sahası içinde<sup>30</sup> veya bir başkasının oturduğu evde<sup>31</sup> egemenlik kurması, dolayısıyla alıkoymanın gerçekleşebilmesi söz konusu değildir. Keza kamuya açık yerlerde de failin bir başkası üzerinde egemenlik kurması mümkün değildir<sup>32</sup>. Alınan yerin açık veya kapalı bir yer olması önemli değildir. Failin egemenlik kurabileceği bir yer olmak şartıyla her yer alıkoymaya elverişlidir. Yargıtay verdiği bir kararda gece köy mezarlığının yanında, mesken olmayan bir yerde mağdurun tutulmasını alıkoyma olarak kabul etmiştir<sup>33</sup>. Bazı hallerde kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil zorunlu olarak alıkoymayı da içermektedir. Böyle durumlarda failin ayrıca alıkoymadan cezalandırılması söz konusu değildir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda sanığın yağmurdan korunmak için gittikleri kaya kovuğunda mağdurun zorla ırzına geçmesi olayında alıkoyma suçunun oluşmadığı, zira alıkoymanın ırza geçme fiilinin zorunlu sonucu olduğu belirtilmiştir<sup>34</sup>.

Alıkoymanın varlığı için belirli bir sürenin geçmiş olması aranmaz<sup>35</sup>. 429. maddedeki suç mütemadi suç olduğundan önemli olan rızası hilafına tutmanın alıkoymanın varlığını göstermesidir. Örneğin, failin evini ziyarete gelen kadını kolundan çekerek pek kısa bir süre tuttuktan sonra bırakması alıkoymanın gerçekleştiğini göstermez<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir: CGK, 8.7.1991, 5/1 97 - 228, Erdurak, s. 725.

<sup>29</sup> 5. CD, 24.4.1992, 974/1306, Erdurak, s.720.

<sup>30</sup> CGK, 6.11.1979, 296/463, Bakıcı, s.359.

<sup>31</sup> 5. CD, 22.9.1981, 2326/2746, Önder, 557.

<sup>32</sup> 5. CD, 28.1.1993, 4222/290, Bakıcı, s.413; 5. CD, 28.4. 1992, 972/ 1325, Erdurak, s.720; 5. CD, 5.12. 1989, 5098/ 6080, Bakıcı, s.428.

<sup>33</sup> 5. CD, 8.5.1991, 1246/2413, Erdurak s. 718, 719.

<sup>34</sup> 5. CD, 17.9.1991, 3508/8733, Erdurak, s. 719.

<sup>35</sup> Yargıtay 5. CD, 19.9.1984 Tarih, 1985/3353 sayılı kararında, “sanığın mağdureyi şehvet hissi ile evinde alıkoymasıyla bu suçun oluştuğunu ve belirli bir sürenin geçmesine gerek olmadığını” belirterek verilen beraat hükmünü bozmuştur : Bakıcı, Sedat, “Uygulamada Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”, AD, 1978, S. 1-6, s. 44.

<sup>36</sup> Dönmezer, no. 210.

Aynı durum kaçırılmak açısından da geçerlidir. Kaçırılmadan bahsedilebilmesi için de kaçırmanın belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir<sup>37</sup>.

Kaçırma ve alıkoymanın her ikisi için de failin mağdur üzerinde tamamen fiilî egemenlik kurması gerekir. Egemenliğin tamamen sağlanması şartıyla kaçırmanın veya alıkoymanın ne kadar devam ettiği önemli değildir. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi verdiği bir kararda, “isterse onbeş dakika olsun kendiliğinden gelen kız kabul edilmiş ve hatta ambara kapatılmak suretiyle gizlenmiş olmasına göre alıkoyma suçu sabit iken beraat kararı verilmesi yolsuzdur” diyerek alıkoymayı kabul etmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla gerek kaçırma gerek alıkoyma unsuru, mağdurun üzerinde tamamen egemenlik kurulmasıyla tamamlanır<sup>39</sup>. Bu, kaçırılmak açısından mağdurun bulunduğu yerden alınarak failin egemenlik alanına girmesini ifade etmektedir. Yargıtay’ın kaçırılmayla ilgili kararları da bu yöndedir<sup>40</sup>. Alıkoymak bakımından ise, mağdurun rızası hilafına tutulup gönderilmemesi anlamındadır<sup>41</sup>. Her iki unsorda da mağdur, özgür iradesinin istediği yerde kalmak konusunda kullanamamaktadır.

Mağdurun ne zaman failin fiilî egemenliği altına girdiği ise somut olaya göre mahkemece takdir edilecektir. Bu yapılırken mağdurun götürüldüğü uzaklık, götürüldüğü veya alıkonulduğu yerin vasfı, direnmenin kırılıp kırılmadığı gibi hususlar gözönünde bulundurulacaktır<sup>42</sup>.

Ceza Kanunumuzun 429. maddesinde düzenlenen suç mütemadi suç olduğundan bazı hallerde mağdur, failin fiilî egemenliği altında oldukça fazla bir süre kalmaktadır. Bu durum bazı kanunlarda ağırlaştırıcı neden sayılmış ve belirli kıstaslar verilmiştir. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla birlikte, mağdurun suç tamamlandıktan sonra uzun süre tutulması halinde, mahkemenin asgari haddenden uzaklaşarak ceza tayin etmesinin haklı olduğunun kabul edilmesine yol açmıştır<sup>43</sup>.

37 Aksî düşünce için bkz.: Sayaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 1999, Genişletilmiş 3. Baskı, s. 316.

38 9.2.1951, 832/832, Perinçek, Sadık – Cahit Özden, Türk Ceza Kanunu ve Buna ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1959, Üçüncü Tabı, s. 659, 660.

39 Önder, s. 558.

40 5. CD, 18.6.1981, 954/1992, YKD, 1981, S. 12, s. 606.

41 5. CD, 2.6.1986, 6237/2811; 5. CD, 23.10.1985, 4507/4035, Bakıcı, Açıklamalı İçtihatlı, s. 384.

42 Bakıcı, s. 359, Dönmezer, no. 209.

43 Bkz.: Önder, s. 558, Dönmezer, no. 210.

## b) Cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanılması

### aa) Cebir ve şiddet

Bu iki kavram aynı şeyi ifade etmekle beraber, kanunumuzda anlamı kuvvetlendirmek için birarada kullanılmıştır<sup>44</sup>.

Cebir<sup>45</sup>, genel olarak bir kimsenin fiile gösterdiği veya göstermesi beklenen savunmasını kırmak amacıyla yapılan fizikî zorlamayı ifade etmektedir<sup>46</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, cebir halinde kişinin iradesine etki edilerek onun arzu ettiği veya edeceği şekilde davranması engellenir.

Cebirde bir kimsenin iradesine iki şekilde etki edilir. Birincisinde mağdurun iradesi tamamen bertaraf edilir ki, buna mutlak cebir (vis absoluta) adı verilmektedir<sup>47</sup>. Bu cebir türünde ya narkoz, uyuşturucu madde, hipnotizma gibi etkenlerle kişi fiile karşı koyamayacak hale getirilerek, o fiil hakkında iradesinin oluşması engellenir, ya da mevcut olan iradenin bir yere kilitlemek, el, ayak ve ağız bağlamak gibi hareketlerle mağdurun istediği şekilde davranmasının önüne geçilir. Görüldüğü gibi bu cebir türünde mutlaka mağdura karşı güç kullanılması gerekmemektedir. Gerçek anlamda fiziki güç kullanılmadan yapılan bazı hareketlerle de (uyuşturucu vermek, çok fazla alkol içirmek gibi hareketlerle şuurun bertaraf edilmesi suretiyle de) cebrin gerçekleştirilmesi mümkündür<sup>48</sup>. Zorlayıcı cebir (vis compulsiva) adı verilen cebir türünde ise, mağdur zorlayıcı etkiyle failin istediği şekilde davranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, mağdur iradesiyle hareket etmekte, ancak onun iradesi zorlanmış iradedir. Örneğin vurmak, korkutmak amacıyla havaya ateş etmek gibi hareketlerle mağdurun savunma gücü kırılarak belirli bir şekilde davranması sağlanmaktadır<sup>49</sup>. Mutlak cebirde ise, mağdur kendi iradesiyle bir şey yapmamaktadır. Buna karşın zorlayıcı cebirde mağdur, iradi olarak hareket etmekte, ancak iradesi zorlanmış irade olduğundan hukukî değere

<sup>44</sup> Kanunumuzda 429. madde dışında başka maddelerde de birlikte kullanım vardır(TCK. m. 414, 416 gibi). Bu maddelerle ilgili yapılan açıklamalarda, her iki kavramın aynı anlama geldiği, maddî cebri ifade etmek ve anlamı kuvvetlendirmek için kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz.: Bakıcı, 22,23: Önder, s. 448.

<sup>45</sup> Cebir, hukukumuzda maddî cebir, manevî cebir ve mefruz cebir olmak üzere değişik gruplara ayrılmaktadır. Maddî cebir şiddeti, manevî cebir tehditi, mefruz cebir ise bir kimseyi fiile karşı koyamayacak hale getiren çeşitli nedenleri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bakıcı, s.22; Önder, s.448 vd.

<sup>46</sup> Dreher – Tröndle, § 240, kn.5; Lackner-Kühl, § 240, kn. 5.

<sup>47</sup> Bazı yazarlar tarafından tam şiddet, tam olmayan şiddet ayrımının da söz konusu olduğu belirtilmektedir: Soyaslan, s. 586.

<sup>48</sup> Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn. 13.

<sup>49</sup> Dreher- Tröndle, § 240, kn. 13.

sahip bulunmamaktadır. Ancak her iki cebir türünün sınırını çizmek bozan bu kadar kolay olmamaktadır<sup>50</sup>.

Cebir kavramıyla ilgili olarak buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, kaçırma veya alıkoyma ister narkoz, uyku ilacı, uyuşturucu madde, hipnotizma gibi araçlarla mağdur şursuz hale getirilerek işlensin, ister mağdurun hareket imkânının ortadan kaldırılması suretiyle fiile karşı koymasının engellenmesiyle gerçekleştirilsin, isterse de mağdurun zorlanmak suretiyle kaçmak ya da alıkoymak yönünde davranması sağlanarak yerine getirilsin 429. madde ihlâl edilmiş olur. Keza uyku halindeyken kaçırmanın da cebir kavramı kapsamına girdiğini düşünüyoruz<sup>51</sup>.

Cebirin söz konusu olması için, kullanılacak cebirin kaçırmayı veya alıkoymayı mümkün kılacak ölçüde yada mağduru kaçmaya veya alıkoymaya zorlayacak nitelikte olması gerekir. Ancak bunu kesin bir kriterle belirlemek mümkün değildir. Somut olayın şartları, kullanılan aracın niteliği, mağdurun subjektif değerlendirmesi ve fizikî durumu dikkate alınarak takdir edilmelidir<sup>52</sup>. Fizikî güç kullanılarak gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoymalarda, örneğin sürekli vurularak götürmelerde, cebirin varlığı mağdurun fizikî yapısı gözönüne alınarak açık bir şekilde tespit edilebilir. Ancak bazı hallerde fizikî güç çok yoğun olmamakla beraber, karşı koymanın anlamsız olduğu anlaşılabilir pasif duruma geçilmektedir. Böyle durumlarda da cebirin varlığı söz konusudur. Örneğin mağdurun rızasıyla gittiği yerde, gitmesine engel olmak isteyen failin vurmasıyla düştükten sonra, karşı koymanın yararsız olduğunu anlayarak alıkoymaya artık direnmemesi halinde, 429. madde ihlâl edilmiştir<sup>53</sup>.

Gerçekleştirilen cebirin, kaçırma veya alıkoyma unsurunu oluşturabilmesi için mağdura karşı kullanılmış olması ve cebir ile kaçırma veya alıkoyma arasında illiyet bağı olmalıdır. Ancak mağdur dışında, üçüncü kişiler üzerinde gerçekleştirilen zorlayıcı etkiler de 429. maddede belirtilen cebir kavramına dahildir. Bu hem mağduru kaçırma zorlamak için yapılan cebir açısından<sup>54</sup> hem de mağdurun kaçırılmasına engel olmak isteyen kişilere karşı uygulanan cebir bakımından

50 Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234, kn. 16; Dreher-Tröndle, § 240, kn. 13.

51 Ancak doktrinde bu husus tartışmalıdır: Önder, s. 460, 461.

52 Bkz: Bakıcı, s. 360, Dönmezer, no. 211; Önder, 449, 450; Soyaslan, s. 588.

53 Önder, s. 449, 450.

54 Genel olarak üçüncü kişiler üzerinde uygulanan fizikî gücün cebir kavramına dahil olduğu belirtilmektedir: Wessels, kn. 383; İçel, Kayıhan - İzzet Özgenç - Adem Sözüer - Fatih S. Mahmutoğlu - Yener Ünver, Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri, 2. Kitap, İstanbul, 1999, s. 285, Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn. 19; Toroslu, s. 439; Erem, 228; Erem-Toroslu, s. 316; Dreher - Tröndle, § 240, kn.10.

geçerlidir. Bu konuda 429. maddede sınırlayıcı bir ifade olmadığı gibi, cebrin hukukî niteliği de buna uygundur<sup>55</sup>.

### bb) Tehdit

Tehdit, bir kimseye istenen şeyin yerine getirilmemesi halinde yapılacağı bildirilen kötülükle onun belirli bir davranışta bulunmaya zorlanmasıdır<sup>56</sup>. Bu tanımdan yola çıkarak konumuz açısından tehditi, mağdura kaçırılmasına veya alıkonulmasına razı olmadığı takdirde bir kötülükle karşılaşacağına bildirilerek fiile karşı koyma gücünün kırılmasıdır şeklinde ifade edebiliriz.

Tehditin kabul edilebilmesi için, yapılacağı belirtilen kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesinin failin iradesine bağlı olması gerekir. Bildirilen kötülük, failin bir hareketi olmadan gerçekleşecek nitelikteyse tehdit değil, ikaz veya ihtar söz konusudur<sup>57</sup>. Dolayısıyla böyle durumlarda tehditle kaçırılmadan veya alıkonulmadan dolayı failin cezalandırılması mümkün değildir.

Tehditte ilerde yapılacağı bildirilen bir kötülüğün varlığı söz konusudur. Bu kötülüğün yapılıp yapılmaması konusundaki failin düşüncesi veya kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi önemli değildir. Mağdurun yapılacağı bildirilen kötülüğün gerçekleşeceğine inanarak kaçırılmaya veya alıkonulmaya mecbur kalmış olması gerekir. Mecbur kalmadan söz edilebilmesi için de tehlikenin objektif olarak gerçekleşecek nitelikte olması gerekir. Objektif olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan bir tehlikenin bildirilmesi durumunda, mağdurun kaçırılmaya veya alıkonulmaya mecbur olmasından söz edilemeyecektir<sup>58</sup>.

Yapılan tehdidin mağduru kaçırılmaya veya alıkonulmaya mecbur kılması, yani onu korkutmuş sayılabilmesi için mağdurun yaşı, kişiliği, kültür seviyesi gibi çeşitli unsurlar gözönüne alınmalıdır<sup>59</sup>. Somut olayın şartlarına göre mağduru korkutmayan, dolayısıyla zorlamayan tehditlerde zorla kaçırılmadan veya alıkonulmadan bahsedilemeyecektir<sup>60</sup>.

55 Her iki cebir türü de, mağdur dışındaki kişilere zor kullanımına uygundur; Eser, in: Schönke – Schröder, Vorbem. § 234ff., kn.19.

56 Tehdit konusunda bkz. : Wessels, kn. 386 vd; Özgenç, İzzet, Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, s.227-230 Lackner-Kühl, § 240, kn.12-15; Dreher-Tröndle, § 240, kn.15-19; Eser, in: Schönke - Schröder , § 240, kn. 9-11: Önder, s. 450-453; Erem-Toroslu, s.101 vd.; Sözüer, Adem, “Tehdit Suçu”, İÜHFİM, 1991-1994, C.LIV, S.1-4, s. 129 vd.

57 Bkz: Wessels, kn. 387; Önder, s. 450.

58 Bkz.:Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Tehdit Suçu Üzerine”, Yargıtay Dergisi, 1993, C.19, S.3, s.237; Özgenç, s.228; CGK, 5.4.1993, 4-348/70, YKD, 1993, S.9, s.1398.

59 Dönmezer, s. 279.

60 Ancak bazı yazarlar objektif olarak ciddi nitelik arzeden tehdidin, somut olayda mağdur üzerinde etkili olmasının aranmayacağını belirtmektedirler: Özgenç s. 228. Bu görüş genel anlamda tehdit

Tehdidin mağdurun şahsına yönelik olması şart değildir. Üçüncü kişilere yönelen tehditle de suçun işlenmesi mümkündür<sup>61</sup>. Bu gibi durumlarda önemli olan, tehdidin mağdur üzerinde ciddi korkuya neden olması ve anılan kişinin kaçırılmaya veya alıkonulmaya mecbur kalmış olmasıdır.

### cc) Hile

Hilede fail, gerçek amacını ustalıklı ve bilerek gizleyerek kaçırmayı veya alıkoymayı mümkün kılmaktadır. Hile, kural olarak mağduru aldatmak yani hataya düşürmek suretiyle olur<sup>62</sup>. Aldatmak ya gerçekte mevcut olmayan bir hususu olmuş, gerçekleşmiş gibi göstermek, ya gerçekleşmiş bir olayın oluşum şekline başka unsurları ilave etmek, ya da gerçekleşmiş bir olayı bütün olarak veya belirli unsurları itibariyle gerçekleşmemiş göstermek suretiyle yapılır<sup>63</sup>. Bu şekilde davranılarak bir kişinin yanlış bir düşünceye sahip olması sağlanmaktadır. Dolayısıyla kaçırma ve alıkoyma suçlarıyla ilgili olarak; ailesinden birinin hasta olduğunun ifade edilerek hastaneye götürüleceğinin söylenmesi veya kendisine polis süsü vererek birlikte karakola gitmelerinin gerektiğinin belirtilmesi<sup>64</sup> veya adres arayan birine kendi adresinin verilmesi veya gitmek istediği yere götürüleceğinin söylenmesi gibi hareketlerle mağdurun failin arzu ettiği yere gitmesi ya da götürülmesi olaylarında hile unsurunun varlığı söz konusudur<sup>65</sup>. Keza evine veya işyerine gelen mağdurun ailesinin geleceğinin söylenerek orada tutulması hareketleri de alıkoymak açısından hile sayılır. Ancak her aldatma hileyi oluşturmaz. Hilenin söz konusu olması için, mağdur failin gerçek amacını bilmeden gideceği veya bulunduğu yerde belirtilen şeyin gerçekleşeceğine inanmalıdır. Dolayısıyla menfaat sağlamak amacıyla, acıma hissiyle failin arzularını yerine getiren kimsenin durumunda hile ile kaçırmadan veya alıkoymadan söz edilemez. Örneğin, kendisiyle gelirse dersinden geçireceğini söyleyen öğretmeniyle birlikte onun evine giden mağdur olayında hile ile kaçırma oluşmamıştır<sup>66</sup>. Çünkü bu gibi durumlarda mağdur, gerçek durumu ve nereye götürüldüğünü bilerek bir kimsenin fiiline razı gelmektedir. Keza mağdur, gittiği yerde söylenen veya vaad edilen şeyin gerçekleşmeyeceğinin de farkındadır. Hile de ise, mağdur nereye

---

için geçerlidir. Kaçırma veya alıkoyma da ise, tehdit sonucu kişinin kaçırılması veya alıkonulması şart olduğundan, ciddi korku yaratmayan durumlarda mağdurun kaçırılmaya veya alıkonulmaya zorlanmasından sözedilemez.

61 Bkz.: Eser, in: Schönke - Schröder, § 240, kn.11; Lackner-Kühl, § 240, kn.15.

62 Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn.38; Dreher - Tröndle, § 234, kn. 3; Lackner-Kühl, § 234, kn. 2.

63 Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978, s. 58 vd.

64 5. CD, 5.5.1997, 1406/1591, YKD, 1998, S.12, s. 1819.

65 Hile unsuruyla ilgili örnekler için bkz.: Önder, s. 556; Bakıcı, s. 361.

66 Aynı yönde Dönmezer, no. 212; Bakıcı, s. 361.



götürüldüğü gerçeğini bilmemektedir. Eğer mağdur gerçeği bilseydi fiile razı olmayacak idiyse, hile ile kaçırmadan veya alıkoymadan söz edilebilir.

Basit, kolayca anlaşılabilir yalanlarda da hile unsuru gerçekleşmiş sayılmaz<sup>67</sup>. Ancak hilenin var olup olmadığını somut olayda tespit ederken mağdurun psikolojik durumu ve fikri seviyesi gözönünde tutulmalıdır. Zira zeka seviyesi düşük, çok saf birine söylenen basit bir yalan hile unsurunu oluşturabilir<sup>68</sup>.

Hile için her zaman mağdurun aldatılması da gerekmez. Aldatma olmadan var olan bir hatadan yararlanmak suretiyle de kaçırmanın veya alıkonulmanın gerçekleştirilmesi mümkündür<sup>69</sup>.

Hile, mağdura karşı yapılabileceği gibi ailesine karşı da yapılabilir. Örneğin, bir anneye baygın durumda bulunan kızının hastaneye götürüleceğinin söylenerek istenilen yere götürülmesi olayında hile ile kaçırma gerçekleşmiştir. Baygınlık gibi şüursuzluk olaylarında, mağdura karşı hilenin gerçekleşmesi mümkün olmayıp, yakınlara yönelen hile söz konusudur<sup>70</sup>. Mağdurun fail tarafından bayılması, şuurunun kaybettirilmesi gibi bu tür olaylarda mağdura karşı ancak cebirden bahsedilebilir<sup>71</sup>.

### B-Manevî unsur

Reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçu kasden işlenebilen suçlardandır. Kast hem hareketin hem de neticenin istenmesi olup, yalnız hareketin istenmesini ifade eden taksirle suçun işlenmesi mümkün değildir. Ancak suçun oluşumu için genel kast yeterli olmayıp, özel kastın varlığı gerekir. Kanunumuz bu hususu, “şehvet hissi veya evlenmek maksadı” kavramlarıyla belirtmiştir. Şu halde kaçırma veya alıkoyma suçunun oluşabilmesi için fail, mağduru rıza hilafına kaçırdığını veya alıkoyduğunu bilecek ve bunu şehvet hissi veya evlenmek amacıyla gerçekleştirecektir. Fakat kanun, şehvet hissi veya evlenme amacının gerçekleşmesini suçun oluşması için şart koşmamıştır. Fail kaçırma veya alıkoymayla yetinmeyip, aynı zamanda şehvet hissi veya evlenme amacını da gerçekleştirmişse şöyle bir ayırımında bulunmak gerekir. Eğer evlenme amacı meydana gelmişse dava ve cezanın tecili hükmünü taşıyan 434. madde uygulanacak, yok eğer şehvet hissi amacı gerçekleşmişse -örneğin fail mağdura sarkıntılık etmişse- kaçırma veya alıkoyma suçundan başka bir suç daha işlenmiş olacak (örneğimiz

67 Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn. 38.

68 Erem- Toroslu s. 317.

69 Wessels, kn. 430. Ayrıca bkz: Dreher - Tröndle, § 234, kn. 3; Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn.38; Lackner-Kühl, § 234, kn.2. Farklı düşünce için bkz.: Bohnert: “Das Tatbestandsmerkmal der List im StGB”, GA, 1978, s.361 vd.

70 Eser, in: Schönke - Schröder, Vorbem. § 234 ff., kn. 38.

71 Dreher-Tröndle, s. 237, kn. 3. Ancak bazı yazarlar böyle durumlarda hilenin söz konusu olduğunu belirtmektedirler: Bakıcı, s. 361.

açısından sarkıntılık suçu) ve fail maddî ıçtımaya kuralları gereğince her iki fiilden de sorumlu olacaktır<sup>72</sup>.

429. maddede geçen "evlenme maksadı" kavramının anlama geldiği açıkça da, şehvet hissinden ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Bu kavram yalnız cinsel ilişki amacına yönelik hareketleri kapsamamaktadır<sup>73</sup>. Cinsellik duygusuyla mağdura yapılan fiziksel temaslar da bu anlamdadır. Dolayısıyla, olayda şehvet hissinden var olup olmadığı somut olayın şartlarına bakılarak takdir edilmelidir<sup>74</sup>. Nitekim Yargıtay içtihatlarında mahkemelerin bu husustaki takdirleri inceleme konusu yapılmaktadır<sup>75</sup>.

Karı veya koca arasındaki kaçırma veya alıkoyma fiillerinde şehvet hissi veya evlenme amacı söz konusu olamayacağı için reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçu oluşmaz<sup>76</sup>. Ancak evden kaçan karısını zorla getiren kocanın hareketi başka bir suç niteliğinde olabilir. Yargıtay bu gibi hallerde, failin hareketinin niteliğine göre hürriyeti tahdit veya fena muamele suçunun oluşacağı yönünde karar vermektedir. Bu konudaki kıstası ise, sanığın evlilik birliğinin bozulmaması, yuvanın dağılması amacıyla hareket edip etmemesidir<sup>77</sup>.

Bu suçlar bakımından hata hali genel kurallar uygulanarak çözülecektir. Örneğin failin kaçırma istediği kimseyi değil de başka birini kaçırması veya kaçırıldığı kimsenin reşit olduğunu zannetmesi durumunda, mağdurun sıfatından doğan ağırlaştırıcı nedenler faille uygulanmayacaktır. Keza fail kaçırıldığı kişinin evli olduğunu bilmiyorsa, evli kadının kaçırılmasını ağırlaştırıcı neden olarak kabul eden 429. maddenin ikinci fıkrası fail hakkında geçerli olmayacaktır<sup>78</sup>. Ancak Yargıtay aksi düşüncede olup, evli kadının kaçırılması halinde bunun failce bilinmesinin şart olmadığını, eğer kanun koyucu suç failinin bu suçtan ceza görebilmesini kaçırıldığı kadının evli olduğunu bilmesi koşuluna bağlasaydı 440. ve 441/2. maddelerinde olduğu gibi ayrıca hükme bağları görüşünü savunmaktadır<sup>79</sup>. Fail hakkında bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmaması için, kadının evli olduğunu bilmemenin taksire dayanmaması gerekir. Eğer fail, kadının evli olduğunu bilmemede taksir derecesinde kusurlu ise ağırlaştırıcı neden dikkate alın-

<sup>72</sup> Erem, s. 229,230; Erem-Toroslu, s. 317; Dönmezer, no. 215; Bakıcı, s. 362; CGK, 12.12.1988, 5-466/526, Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 3843.

<sup>73</sup> Erem, s. 231; Erem-Toroslu, s. 318.

<sup>74</sup> Dönmezer, no. 215.

<sup>75</sup> 5. CD, 31.10.1991, 3842/4662; CGK, 25.2.1980, 558/71, Bakıcı, s. 381, 375.

<sup>76</sup> 4. CD, 23.12.1943, 9409/7628, Ad. Cer., 1944, S. 1-12, s. 14.

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: CGK, 22.4.1985, 389/227, Bakıcı, s. 371-373; 5. CD, 20.1.1982, 1/66, YKD, 1982, S.6, s. 871.

<sup>78</sup> Önder, s. 559; Bakıcı, s. 365; Dönmezer, no. 216; Erem, s. 232; Erem-Toroslu, s. 319.

<sup>79</sup> 5. CD, 20.4.1983, 563/1344, Bakıcı, s. 387; CGK, 15.1.1962, 5/4, Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 3847.

caktır<sup>80</sup>. Nitekim Yargıtay, mağdur ile yakın akraba bağı olan failin mağdurun evli olduğunu bilmemesinin düşünülemediğini, zaten bilmenin de şart olmadığını belirterek 429. maddenin ikinci fıkrasının fail hakkında uygulanacağına karar vermiştir<sup>81</sup>. Failin kaçırılan kişinin, kaçırılmak istenen kişi olmadığını suç devam ettiği sırada öğrenmesine rağmen serbest bırakmayarak hareketlerine devam etmişse, bu durumda fail hakkında kaçırılan kimsenin sıfatından doğan ağırlaştırıcı nedenlerin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>82</sup>.

Fail kaçırma veya alıkoymayı şehvet hissi veya evlenme amacı dışında başka bir saikle gerçekleştirmişse 429. maddedeki suç oluşmayıp, başka bir suç tipinin varlığı söz konusu olur. Örneğin failin saiki maddi bir yarar teminine yönelikse adam kaldırma (m. 499),-kişi hürriyetini intikam, dinî, millî vs. amaçlarla sınırlandırmak olduğunda ise kişi hürriyetinden mahrumiyet suçu gerçekleşmiştir.

#### 4. Suçun özel görünüş şekilleri

##### A- Teşebbüs

Kaçırma ve alıkoyma suçlarına tam teşebbüsün söz konusu olmadığı, ancak eksik teşebbüsün mümkün olduğu doktrinin çoğunluğu<sup>83</sup> ve uygulama<sup>84</sup> tarafından kabul edilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi kaçırma veya alıkoyma suçu, mağdurun tamamen failin fiili egemenliği altına girmesiyle tamamlanır. Kanun, suçun tamamlanması için failin amacının gerçekleşmesini aramamıştır. Eğer mağdur kendi egemenlik alanından çıkarılmamışsa veya alıkoymak için zorlanırken kaçmayı başarmışsa fiil eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır. Fail, bütün icra hareketlerini bitirdikten sonra netice meydana gelmiştir, dolayısıyla neticenin gerçekleşmemesinden bahsedilemez. Mütemadi suçlarda neticenin meydana gelmemesi değil, meydana gelen neticenin bir süre devam

<sup>80</sup> Önder, s. 559.

<sup>81</sup> 79. dipnottaki 2. karar.

<sup>82</sup> Önder, s. 560.

<sup>83</sup> Doktrindeki yazarlarımız gerekçeleri farklı da olsa sonuçta aynı görüşe ulaşmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmezer, s. 282; Önder, s.407, 408; Erem, s. 230; Erem-Toroslu, s. 317; Bakıcı, s. 363, 364. Ancak bazı yazarlarımız kaçırma suçunda tam teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadırlar: Önder, Orhan, "Suça Kalkışmada Güven Alanı ve Türk Ceza Kanununun 432. Maddesi", AD, 1966, S. 1-2, s. 624.

<sup>84</sup> Yargıtay 1988 tarihine kadar verdiği kararların bazılarında tam teşebbüsün mümkün olduğunu, bazılarında ise suçun eksik teşebbüs derecesinde kaldığını belirterek eksik teşebbüs ile tam teşebbüs arasındaki kıstası belirleyememiştir. Ancak 1988 tarihinden sonra verdiği bütün kararlarında eksik teşebbüsün mümkün olduğunu, tam teşebbüsün gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir: CGK, 17.10.1988, 107/359; CGK, 18.12.1989, 314/399; 5 CD, 30.10.1991, 3668/4611; 5. CD, 18.3.1992, 562/841; 5 CD, 23.12.1993, 3822/4201, Bakıcı, s.369,370,381,380,378; 5.CD, 14.4. 1997, 1180/1456, YKD, 1998, S.11, s.1716, 1717.

etmesi söz konusudur. Bu nedenle kaçırma ve alıkoyma suçlarına eksik teşebbüs mümkünse de, tam teşebbüs mümkün değildir.

Kaçırma ve özellikle alıkoymada icra hareketlerinin ne zaman başladığını tespit etmek bazı olaylarda güç olmaktadır. Kaçırma suçunun icra hareketleri tutmak, götürmek, sürüklemek gibi fiile başlanıldığını gösteren hareketlerdir<sup>85</sup>. Mağdurun kaçırılması için gece eve girildiği anda gürültüye uyanan müşteriler tarafından girişte yakalanan sanığın fiili, işlenmesi düşünülen suçun icra hareketlerine başladığını göstermediğinden kaçırmaya teşebbüs suçunu oluşturmayıp, konut dokunulmazlığının ihlali niteliğindedir<sup>86</sup>.

Fail, mağduru kaçırmak için icra hareketlerine başlamış ve devam ederken ihtiyariyle fiili işlemekten vazgeçebilir. Bu durumda fail, o zamana kadar yaptığı hareketler suç teşkil ediyorsa -örneğin sarkıntılık suçu- yalnız o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır<sup>87</sup>. Ayrıca kaçırma suçuna teşebbüsten cezalandırılmaz. Eğer fail ihtiyariyle değil de, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamışsa suç eksik teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilir<sup>88</sup>.

### B- İştirak

Asli ve fer'i olmak üzere iştirakin her çeşidi bu suç için mümkündür<sup>89</sup>. Mağdurun şehvet hissi veya evlenme amacıyla kaçırılmasını veya alıkonulmasını isteyen kişinin aynı zamanda asli-maddi fail olması gerekmez. Suçun başkaları aracılığıyla işlenmesi ve azmettirmenin gerçekleşmesi mümkündür<sup>90</sup>. Kaçırma veya alıkoyma suçu mütemadi suç olduğundan, mütemadi suçların iştirak bakımından gösterdiği özellikler bu suç açısından da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle temadi devam ettiği sürece bu suça iştirak edilmesi mümkündür. Zira kaçırılan veya alıkonulan kişi serbest bırakılmadıkça suç tamamlanmış, ancak bitmemiştir. Örneğin herhangi bir kişinin, durumu bilerek temadi eden zorla kaçırma suçunda sanıkları evine kabul etmesi, mağdurenin giysilerini değiştirmesi ve başka yere kaçırılmasına bizzat katılması suça asli-maddi iştirak niteliğindedir<sup>91</sup>.

85 5. CD, 13.6.1984, 1910/2691, Savaş-Mollamahmutoglu, s. 3849.

86 5. CD, 19.6.1996, 1635/2248, YKD, 1997, S.10, s. 1640.

87 5. CD, 3.7.1979, 2075/2035, YKD, 1981, S.1, s. 104.

88 İhtiyariyle vazgeçme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Erem-Danışman- Artuk, s. 316 vd.

89 5. CD, 8.3.1994, 454/791; 5. CD, 25.1.1994, 4581/130; 5. CD, 3.11.1993, 3569/3917; 5. CD, 19.6.1990, 2458/3339, Bakıcı, s. 376,377,382.

90 Erem-Toroslu, s 318; Erem, s. 230,231.

91 5. CD, 15.3.1985, 4643/975, Bakıcı, s.439.

### C- İçtima

Bu suç tipinin sahip olduğu özellikler dolayısıyla içtima konusunda çeşitli olasılıklar söz konusu olmaktadır.

Şehvet hissi veya evlenme amacıyla kaçırmanın veya alıkoymanın gerçekleştirilmesi için, mağdura cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanılması suçun unsuru olduğundan bu fiiller ayrıca başka bir suç oluşturmaz<sup>92</sup>. Ancak cebir ve şiddetin şekli ve derecesi ayrıca belirtilmiş ve bu durum ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmişse, ağırlaştırıcı nedeni düzenleyen hüküm uygulanacaktır. Örneğin ilerde de inceleyeceğimiz gibi 439. maddede düzenlenen hüküm bu niteliktedir.

Mağdurun dışındaki kişilere karşı kaçırmayı veya alıkoymayı engellemek için yapılan cebir, şiddet ve tehdit açısından da aynı şey geçerlidir. Diğer bir ifadeyle mağdur dışındaki kişilere karşı uygulanan cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ayrı bir suç oluşturmaz. Nitekim Yargıtay Ceza Genel kurulu bir kararında, “buradaki müessir fiil, kaçırmayı teminen ve kaçırılmak istedikleri kızı serbest bırakıp götürebilmek için işlenmiştir ve kaçırılmak istediği halde gitmek istemeyen ve direnen şahsa karşı işlenen müessir fiil ile rızası olmayan kızın götürülmesine engel olmak isteyen aile fertlerinden birine karşı işlenmiş olan müessir fiiller aynı mahiyette olup, kaçırmanın zor unsurunu teşkil ederler ve ayrı bir kasta bağlanması mümkün değildir” ifadesiyle bu sonucu açıkça dile getirmiştir<sup>93</sup>.

Fail kaçırma veya alıkoyma fiilini işlerken, şehvet hissi amacını gerçekleştirmek için başka bir suç işler (ırza geçme, sarkıntılık gibi) veya hukukî niteliği tamamen farklı bir suç tipini ihlâl ederse (konut dokunulmazlığını ihlâl gibi) maddî içtima kuralları gereğince her iki fiilden de sorumlu olacaktır<sup>94</sup>. Ancak failin kaçırma fiilini gerçekleştirmek için başka birini öldürmesi halinde, failin sorumluluğunun nasıl olması gerektiği problem oluşturmaktadır. Bu durum 450. maddenin 7,8 ve 9.bentlerinde düzenlenen hallerde mürekkep suçun varlığının kabul edilip edilmeyeceği noktasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle fail, adam öldürme fiilini anılan bentlerde belirtilen saiklerle gerçekleştirmişse, hem adam öldürme hem de işlenmek, kolaylaştırmak, gizlenmek istenen suçtan cezalandırılacak mıdır? 450. maddenin 7,8 ve 9.bentlerinde düzenlenen hallerin mürekkep suç oluşturmadığını, zira ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını gerektiren suçların bentlerde açık bir şekilde belirtilmediğini ifade eden yazarların görü-

92. dipnottaki karar; 5.CD, 4.12.1997, 4153/4398, YKD, 1999, S.9, s.1317.

93. 30.9.1968, 568/275, Çağlayan, Muhtar, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu (C.III), Ankara, (Yetkin Yayınları), (Tarihsiz), s. 125. Aynı nitelikte 5. CD, 24.3.1981, 2988/3457, Bakıcı, s. 388.

94. 5.CD, 10.10.1996, 3006/3360, YKD, 1998, S.8, s.1232; 5.CD, 19.6.1996, 1635/2248, YKD, 1997, S. 10, s. 1640.

şüne göre, fail hem adam öldürmenin ağırlaştırılmış şeklinden (m.450) hem de amaç suçtan sorumlu tutulmalıdır<sup>95</sup>. Mürekkep suçun varlığını kabul eden yazarların görüşüne göre ise, amaç suçun meydana gelmesi durumunda, TCK.nun 78. maddesi gereğince amaç suç araç suçun şiddet nedeni olduğundan fail yalnız 450. maddeyle cezalandırılmalıdır<sup>96</sup>. Yargıtay'ın kararları incelendiğinde ise bir birlik bulunmadığı görülmektedir<sup>97</sup>. Ancak son yıllardaki kararlarının genelinde bu problemi maddî içtima kuralları gereğince çözdüğü görülmektedir<sup>98</sup>. Kanaatimizce TCK.nun 78. maddesinde düzenlenen mürekkep suçun varlığı için, unsur veya ağırlaştırıcı nedenin suç tipinde açıkça ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. 78. maddede bunu belirten bir kavramın varlığına da rastlamamaktayız. Bilakis anılan maddede ifade edilen “kanunen” kavramının, gerek suç tipinde belirtilmiş olan gerek olmayan suçları içine aldığı düşünülür. Eğer bir maddede failin amacı veya saiki gözönünde bulundurularak işlenen bileşik suça daha ağır ceza verileceği öngörülmüşse, ayrıca fail amaç suçtan sorumlu tutulmamalıdır<sup>99</sup>. Aksine bir düşünce verilecek cezanın, adalet ilkesiyle bağdaşmayacak ölçüde artmasına yol açacaktır.

### D- Temadi ve teselsül

Bu suçların mütemadi suç olduğunu daha önce birkaç kere belirtmiştik.

Teselsül hali ise temadi sona erdikten sonra mümkündür. Zira temadi eden kaçırma veya alıkoyma suçunun içinde devamlılık kendiliğinden var olduğundan, cezanın müteselsil suç halini düzenleyen 80. madde gereğince artırılması söz konusu değildir<sup>100</sup>. Ancak fail mağduru bir kere alıkoyp bıraktıktan sonra aynı suç işleme kararıyla aynı mağduru tekrar alıkoysa teselsül hali gerçekleşmiştir<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> İçel, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul, 1972, s.208; Soyaslan, s.62,63; Dönmezer – Erman, no.544; Özgenç, s.160; Bakıcı, s.362.

<sup>96</sup> Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler (C.III), Ankara, 1993, s.2006; Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.47 ; Erem-Danışman-Artuk, s.332.

<sup>97</sup> Bu kararlar için bkz.: Önder, s.46; Erem, s.2006; Dönmezer- Erman, no.545.

<sup>98</sup> CGK, 13.2.1984, 322/64, YKD, 1984, S. 10, s.1707; 1. CD,10.4.1984, 1449/1605, YKD, 1984, S.9, s.1429; CGK, 26.9.1986, 244/315, YKD, 1989, S.1, s.92; 1. CD,5.11.1992, 2276/2377; 1. CD, 16.12.1992, 2717/2882; 1. CD, 3.2.1993, 3041/146, Erdurak, s.794-796.

<sup>99</sup> Aynı yönde Önder, s.47.

<sup>100</sup> 5.CD, 4.3.1993, 538/978;5.CD, 10..3.1993, 242/1029; 5.CD,23.11.1987, 1375/6572, Bakıcı, s. 411,433.

<sup>101</sup> 5.CD,16.12.1993,4197/4598; 5.CD,30.11.1993,4013/4274; 5.CD, 17.9.1992, 2262/2720; 5.CD,3.4.1985, 1167/1384,Bakıcı,s. 411,417,439.

Farklı kişilerin kaçırılması veya ahkonulması halinde ise teselsül hükümleri uygulanmaz. Mağdur sayısınınca suç işlenmiş olacağından, sorumluluk maddi içtima kurallarına göre belirlenir<sup>102</sup>.

### 5. Ağırlaştırıcı neden

Kanunumuz 429. maddesinin 2. fıkrasında kaçırılan kadının evli olmasını ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. 6123 sayılı Kanun değişikliğinden önce, evli kadının kaçırılması 430. maddede kaçırma veya alıkoyma suçunun bir şekli olarak düzenlenmişti. Değişiklikle bu niteliği ortadan kaldırılmış ve mağdurun sıfatı reşit olanın kaçırılması suçunda ağırlaştırıcı neden haline getirilmiştir<sup>103</sup>.

Kanun koyucu, evli kadının kaçırılmasında aile düzeninin daha fazla ihlâl edileceği düşüncesiyle bu hükme kanunumuzda yer vermiştir<sup>104</sup>. Ancak bu ağırlaştırıcı nedeni yalnız evli kadının kaçırılması için kabul etmiş, alıkoymadan fıkrada söz etmemiştir.

Evlilik Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle evlenme resmî bir biçimde yapılmış olmalı ve kaçırılma tarihinde geçerli olmalıdır. Yasal evlilik olmadan imam nikâhıyla yaşayan veya nişanlı olan mağdurun kaçırılmasında ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Yargıtay mutlak butlanla sakat olan evlenmelerde 2. fıkranın uygulanmayacağını belirtmektedir<sup>105</sup>. Kadının ayrılık veya terk halinde olmasının, boşanma davasının açılmasının veya boşanmaya dair kararın kesinleşmemiş bulunmasının evliliğe tesiri yoktur. Kadın yine evli sayılır. Suç temadi ederken boşanmaya karar verilmesi, suçun oluşmasını ve ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını engellemez<sup>106</sup>.

## III- REŞİT OLMAYANIN KAÇIRILMASI VEYA ALIKONULMASI SUÇU

### I.Reşit olmayanın rıza hilafına kaçırılması veya ahkonulması suçu

#### A-Hüküm ve niteliği

Ceza Kanunumuzun 430. maddesinin 1. fıkrası, “her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olmayan bir kimseyi kaçırmaya veya bir yerde alıkoymaya beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir.

Bkz.: İçel, s.149.

Dönmezer, no. 216.

Erem – Toroslu, s. 319; Erem, Türk Ceza Hukuku, s. 231; Önder, Türk Ceza Hukuku, s. 560.

5. CD, 9.1.1971, 970/2691, Önder, s. 560.

Önder, s. 560; Erem-Toroslu, s. 319; Erem, s. 231, 232.

430. maddenin 1. fıkrasındaki bu suç, reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçu gibi mütemadi suç niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla mütemadi suçun sahip olduğu özellikleri bünyesinde barındırmaktadır.

### **B- Fail ve mağdur**

#### **a) Fail**

Kanunumuz her kim ifadesini kullanarak bu suçun failinin kadın veya erkek olması arasında fark yaratmamıştır. Karşı cinsten bir küçüğün kaçırılması veya alıkonulması halinde evlenme amacı veya şehvet hissi, aynı cinsten birinin kaçırılması veya alıkonulmasında ise şehvet hissi bulunmalıdır.

#### **b) Mağdur**

Bu suçun mağduru reşit olmayan kimsedir. Diğer bir ifadeyle reşit olmak şartıyla kadın veya erkek bu suçun mağduru olabilir. Kanun reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçunda mağdurun bir kadın olabileceğini belirtmişken; reşit olmayanın rıza hilafına kaçırılması veya alıkonulması suçunda, maddede “bir kimseyi” ifadesini kullanarak kadın ve erkek arasında ayırım yapmamıştır. Ancak mağdurun erkek olması halinde karşımıza şöyle bir durum çıkmaktadır. Eğer mağdur reşit olmayan bir erkek ise problem bulunmamakta, fail 430. maddenin 1. fıkrasına göre cezalandırılmaktadır. Fakat mağdur reşit olan veya reşit kılınan bir erkek ise, fail 430. maddenin 1. fıkrasına göre cezalandırılmayacağı gibi, mağdurun ancak bir kadın olabileceğini belirten 429. maddeye göre de sorumlu tutulamayacaktır. Bu takdirde failin, somut olaya göre 179-192. maddelere göre cezalandırılması mümkün olabilecektir.

Cebir ve şiddet veya tehdit veya hileyle kaçırılan veya alıkonulan mağdurun reşit olmayan bir kişi olarak kabul edilebilmesi için onsekiz yaşını doldurmuş, evlenmek suretiyle veya hâkim kararıyla reşit kılınmamış olması gerekir.

### **C- Suçun unsurları**

#### **a) Maddî unsur**

Mağdurun cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile kaçırılması veya alıkonulmasıdır. Bu kavramları daha önce reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçunun maddî unsurunu incelerken açıklamıştık. Ancak şunu belirtelim ki, reşit olmayan kişi gitmeye razı olmakla beraber, ailesi bu duruma karşı çıkmışsa ve fail onlar üzerinde cebir ve şiddet kullanmışsa yine söz konusu suç gerçekleşmiştir<sup>107</sup>.

107 Dönmezer, no. 224 bis.



## b) Manevî unsur

Genel kast yeterli olmayıp, failin şehvet hissi veya evlenme amacıyla suç işlemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle failde özel kastın varlığı şarttır.

### 2. Reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçu

#### A- Hüküm ve niteliği

Bu suç şekli kanunumuzun 430. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Söz konusu fıkra, “eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir” hükmünü taşımaktadır.

Ceza Kanunumuz 430/2. maddesiyle reşit olmayan kişilerin rıza ile kaçırılmasını suç olarak kabul etmiştir. Fıkroda yalnız reşit olmayanın rızasından bahsedilmiş, ebeveynin rızasıyla ilgili bir hususa yer verilmemiştir. Ancak uygulamamız reşit olmayanın rızası olsa dahi, ebeveynin rızası bulunmadıkça kaçırmanın veya alıkoymanın suç oluşturacağını kabul etmektedir. Yargıtaya göre 430. maddede düzenlenen suç aile düzenine karşı işlenmiş bir suç olduğundan rızanın bulunması halinde aile düzeni aleyhine işlenen bir fiilin varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla da rızanın bulunduğu durumlarda kaçırma ve alıkoymadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmektedir<sup>108</sup>.

Doktrindeki bazı yazarlar da Yargıtay’la aynı görüştedirler<sup>109</sup>. Bu yazarlarımıza göre, 430. maddenin 2. fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için reşit olmayan kişinin rızası yetmemekte, aynı zamanda ebeveynlerinin rızasının bulunması da gerekmektedir. Ancak doktrindeki bazı yazarlar tarafından bu görüşlere karşı çıkılmaktadır<sup>110</sup>. Bu yazarlara göre, 430. maddenin 2. fıkrasındaki suç genel adabı ihlâl ettiği ve dolayısıyla topluma karşı bir suç olduğu için genel adaba karşı suç olarak düzenlenmiştir. Çünkü reşit olmayanın rızaen kaçırılmasında veya alıkonulmasında küçüğün tecrübesizliğinden yararlanılmaktadır. Ayrıca küçüğün alıkonulmaya veya kaçırılmaya rıza göstermesi, aile düzeninin gerektirdiği velayet ve vesayet ilişkisinin ihlâli niteliğinde değildir. Bu nedenle 430. maddenin 2. fıkrasındaki suçun işlenmiş sayılabilmesi için, veli veya vasinin fiile rıza göstermesi gerekmemektedir. Bu son görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Her ne kadar rızaen kaçırma ve alıkoyma suçunda özel kast nedeniyle genel adaba aykırılığın varlığı kabul edilebilirse de, 430. maddenin 2. fıkrasının düzenleniş amacını ebeveynlerin küçükler üzerindeki haklarının korunması oluşturmak-

<sup>108</sup> İBK, 8.5.1940, 41/74 Bakıcı, s. 395; 5. CD, 4.3. 1993, 515/959, 5. CD, 8.4.1994, 1128/1499, Erdurak, s. 723; 5. CD, 2.2.1998, 4849/134, YKD, 1999, S.10, s.1468.

<sup>109</sup> Önder, s.566,568; Bakıcı, s.392; Dönmezer, no.218.

<sup>110</sup> Bkz.: Toroslu, s.445,446; Erem- Toroslu, s.320; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi (C.II), s. 1897.

tadır. Reşit olmayan kişinin rızasına rağmen, kaçırmanın veya alıkoymanın suç olarak kabul edilmesi bizi bu sonuca götürmektedir. Bu nedenle suçun oluşması için reşit olmayan kişinin rızası, ebeveynin rızasının bulunmaması gerekir<sup>111</sup>.

### **B- Fail ve mağdur**

#### **a) Fail**

Ceza kanunumuzun reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçunu düzenleyen 2. fıkrasında da “her kim” kavramını kullanarak bu suçun failinin kadın veya erkek olabileceğini açıklamıştır.

#### **b) Mağdur**

Reşit olmayan kimse suçun mağdurdur. Bu kimse kadın olabileceği gibi erkek de olabilir.

### **C- Suçun unsurları**

#### **a) Maddî unsur**

Suçun maddî unsuru, reşit olmayan kişinin cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızasıyla kaçırılması veya bir yerde alıkonulmasıdır. Ancak suçun oluşması için reşit olmayan kişinin rızası yetmemekte, ayrıca ebeveynin rızasının bulunmaması da gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle küçüğün başkasıyla gitmesine yada kalmasına ebeveyni izin vermişse suç oluşmayacak, buna karşılık izin vermemişse reşit olmayanın rızası olsa dahi kaçırma veya alıkoyma halinde suç yine gerçekleşmiş sayılacaktır.

Bu nedenle suçun maddî unsurunu kaçırmak veya alıkoymak, reşit olmayan kişinin rızası ve ebeveynin rızası olmak üzere üç başlık altında inceleyeceğiz.

#### **aa) Kaçırmak veya alıkoymak**

Kaçırmanın söz konusu olabilmesi için, reşit olmayan küçüğün bulunduğu yerden alınarak bir başka yere götürülmesi gerekir. Alıkoymanın gerçekleşmesi içinse, failin yanında rızasıyla bulunan mağduru etkisi ve egemenliği altına alması ve orada tutması şarttır.

---

<sup>111</sup> Ebeveynin rızasının bulunup bulunmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz.: Bayındır, Ertuğrul, “Yargıtayın Bir Tevhidi İçtihat Kararı İle Tatbikatta Görülen Noksanlık”, AD, 1946, S.1 , s.22 vd.; İlleez, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu’nun 430. Maddesinin 2. Fıkrası Üzerinde Bir İnceleme”, AD, 1948, S.6,s.751 vd.

**bb) Ebeveynin rızası**

Reşit olmayan kişinin rızasıyla gerçekleştirilen kaçırma veya alıkoyma fiilinin suç niteliği taşıyabilmesi için, ebeveynin fiile rıza göstermemiş olması gerekir.

Kanunumuz reşit olmayan kişinin rızaen kaçırılması veya alıkonulması suçunda mağdurun rızasını suçun oluşmasına engel olucu bir etken olarak kabul etmemiştir. Bu durum, yani reşit olmayan kişinin rızasına rağmen kaçırmanın veya alıkonulmanın suç olarak düzenlenmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>112</sup>. Oysa Ceza Kanunumuz, 415. maddesindeki irza tasaddi suçunda 15 yaşını bitirmiş küçüğün rızasını geçerli saymış ve tasaddi niteliğindeki fiilleri suç olarak kabul etmemiştir. Bu durumda 15 yaşını dolduran küçük, alıkonulmasına ve tasaddi suçunu oluşturacak fiillerin yapılmasına izin vermişse ve bu yüzden de kızlığı bozulmuşsa fail irza tasaddi suçundan cezalandırılmayacak, fakat alıkoyma suçundan cezalandırılacaktır<sup>113</sup>. Fiillerin tehlikeliliği ve sonuçları dikkate alındığında kanunun bu şekilde ayrıma gitmesinin gerekçesini anlamak oldukça zordur.

Rızaya kimin yetkili olduğuna gelince, uygulamada babanın rızası yeterli sayılmakta, ananın muhalefet etmesinin aile reisi bulunan babanın verdiği rızayı etkilemeyeceği belirtilmektedir<sup>114</sup>.

Ana veya babadan birinin ölümü halinde velayet sağ kalan eş tarafından kullanılacağından (MK, m.264) rızaya yetkili kişi de bu kimse olacaktır<sup>115</sup>. Boşanma halinde ise, mahkeme kararıyla velayet hakkına sahip olan eşin rızası geçerlidir (MK, m. 264).

Ana-babanın her ikisinin ölmesi durumunda ise, velayet altında bulunmayan küçüğe Medeni Kanun gereğince vasi tayin edilmesi gerekmektedir (m. 354). Ancak ülkemizde anne-babası ölmüş küçüklere yakınları tarafından bakılmakta, vasi tayin edilmesi için başvuruda bulunulmamaktadır. Bu durumda fiilî duruma bakılarak mağduru bakıp gözeten kişinin rızasının araştırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>116</sup>. Nitekim Yargıtay anne ve babası ölmüş mağdureyi, ailenin reisi durumunda bulunan ağabeyinin rızasıyla alıkoyan kişinin alıkoyma suçunu iş-

<sup>112</sup> Bkz.: Önder, s.413; Bakıcı, Sedat, "Ahlaka Ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler", ABD, 1985, S.5-6, s.712.

<sup>113</sup> Bkz.:5.CD, 9.4.1996, 644/1145, YKD, 1997, S.7,s.1165-1167.

<sup>114</sup> 5. CD, 25.1.1984, 227/139, Bakıcı, Açıklamalı- İçtihatlı... s.444.

<sup>115</sup> 5. CD, 31.1.1990, s 5688/471, YKD, 1990, S.10, s.1568.

<sup>116</sup> Bakıcı, s.392.

lemediğini kabul etmiştir<sup>117</sup>. Reşit olmayan kimse vesayet altında ise, kaçırma ve alıkoyma olayında vasinin rızası olup olmadığı araştırılacaktır.

Küçüğün evlatlık alınması durumunda, evlat edinenlerin rızasının bulunup bulunmadığına bakılacaktır.

Reşit olmayan kişi üzerinde herhangi bir şekilde nüfuz ve idare yetkisine sahip bir kimsenin bulunmaması halinde ise, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ihtilafıdır. Doktrinde suçun oluşması için ebeveynin rızasının gerekmediğini savununlar, evini terketmiş veya kendileri üzerinde nüfuz ve idare yetkisine sahip olanların rızalarıyla serbest durumda bulunan küçüklerin kaçırılmaları veya alıkonulmaları halinde de 430.maddenin 2.fıkrasında düzenlenen suçun oluşacağını belirtmektedirler<sup>118</sup>. Rızanın varlığını arayan yazarlar ise, böyle durumlarda suçun oluşmayacağını ifade etmektedirler<sup>119</sup>. Yargıtay kararlarında ise bir birlik bulunmamaktadır. Bazı kararlarında suçun oluştuğunu belirtirken<sup>120</sup>, bazı kararlarında da 430.maddenin 2.fıkrasının olayda gerçekleşmediğini ifade etmektedir<sup>121</sup>. Biz reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçunun aile düzeni aleyhine işlenen bir suç olduğunu kabul ettiğimiz için, evin terkedilmesi veya herhangi bir koruyucunun, nüfuz ve idare yetkisine sahip kimsenin bulunmaması gibi durumlarda 430.maddenin 2.fıkrasının ihlâl edilmeyeceğini düşünüyoruz.

Ebeveynin rızası, fiilin işlendiği sırada mevcut bulunmalıdır. Kaçırma veya alıkoymadan sonra verilen rıza işlenen suçu ortadan kaldırmaz<sup>122</sup>. Ayrıca ebeveyn, failin reşit olmayan küçüğü evlenmek amacıyla veya şehvet hissiyle götürdüğünü ya da alıkoyma yaparak izin vermelidir. Parka gitmek, çarşıyı gezmek için izin verilmesi fakat mağdurun eve dönmeyerek faille birlikte yaşamaya başlaması halinde, rızanın kapsamı dışına çıkıldığından alıkoyma suçu gerçekleşmiş olacaktır<sup>123</sup>. Rızanın bir defa verilmiş olması yeterlidir. Ebeveynin rızasıyla bir kişiyle birlikte yaşayan mağdurun belirli süre sonra anlaşamayıp ailesinin yanına dönmesi, daha sonra tekrar birlikte yaşadığı kişinin yanına gitmesi halinde, başta verilen rıza bu hali de kapsamına alır ve ikinci rızanın varlığı gerekmez<sup>124</sup>. Ancak küçüğün ailesinin yanına döndükten sonra başka bir kişiyle

117 5. CD, 26.2.1988, 5027/1278, YKD, 1988, S.10, s.1446.

118 Toroslu, s.445.

119 Dönmezer, no. 218; Yasasever, "Alıkoyma Suçları", Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, Yıl 1,no.5, s.24.

120 CGK,24.12.1956, 5-118/128, Önder, s. 568.

121 5. CD, 4.3.1993, 515/959, Erdurak, s.723; Aynı yönde başka bir karar için bkz.: Toroslu, s.462, dipnot 69.

122 5. CD, 4.4.1984, 357/1432, YKD, 1984, S. 8, s. 1270.

123 Önder, s.569; Bakıcı, s.392.

124 5. CD, 28.2.1958, 1173/1362, Önder, s.569.

yaşamayı halinde, bu fail bakımından suçun oluşmaması için ebeveynin tekrar rıza göstermesi gerekir<sup>125</sup>. Reşit olmayan kişi ailesinin yanına dönmeden, kaldığı yerden başka birine gitmiş ve alıkonulmuş ise, Yargıtay bu durumda fiilin aile düzenini ihlâl etmediğini ve suçun oluşmadığını belirtmektedir<sup>126</sup>.

Mağdurun rızasının bulunmaması fakat ebeveyninin rızasının olması halinde ise, reşit olmayanın rızaen kaçırılması veya alıkonulması suçu oluşmayıp, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanılıp kullanılmamasına göre fiil değerlendirilmelidir. Eğer reşit olmayan kişi, ebeveynin rızasına rağmen faille gitmek istememiş ve karşı koymuşsa, mağduru zorla götürülen veya tehdit eden veya hile kullanan kişi reşit olmayanın cebren kaçırılması suçunu işler. Çünkü reşit olmayan kişinin rızaen kaçırılması suçunda ebeveynin rızası küçüğün götürülmeye veya alıkonulmaya razı olması halinde geçerlidir. Diğer bir ifadeyle ebeveynin izni, rıza ile alıkoymaya ilişkin olduğu takdirde suçun oluşmasını engeller. Buna karşılık mağdur, gerçekten istememesine rağmen karşı koymadan faille gitmişse suçun işlendiğinden bahsedilmez<sup>127</sup>.

Reşit olmayan kişinin faille anlaşarak rızasıyla kaçtığı sırada etraftan olağan engel olmak isteyenlere karşı cebir ve şiddet kullanılması, rızaen kaçırma suçunu cebren kaçırmağa dönüştürmez<sup>128</sup>. Zira kaçırma fiilini engellemeye çalışanlar küçük üzerinde velayet ve vesayet hakkına sahip olmayan kişilerdir. Bu itibarla söz konusu kişilerin kaçırma fiiline izin verip vermemeleri 430. maddenin 2. fıkrası kapsamında rıza olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla küçük üzerinde velayet veya vesayet hakkına sahip olanların dışındaki kişilerin rızalarının, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile ihlâl edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık küçüğün ebeveyni üzerinde fail zor kullanırsa, fiil reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması suçunu oluşturmayıp, reşit olmayanın cebren kaçırılması niteliğindedir<sup>129</sup>.

Ebeveynin rızasının bulunması halinde oluşmayacak olan suç, kaçırma veya alıkoymadır. Rıza reşit olmayan kişinin gayrimeşru ilişkide bulunması için verilmişse ve bu ilişki de gerçekleşmişse ebeveyn bu suçtan iştirak kuralları gereğince sorumlu olacaktır<sup>130</sup>. Çünkü gerçekleşen bu suç kaçırma ve alıkoymadan bağımsız bir suçtur ve ebeveynin rızası, kanuna aykırı bir fiilin suç olması sonucunu ortadan kaldırmaz.

125 Önder, s.569; Bakıcı, s.393.

126 5. CD, 29.1.1997.4394/131. YKD, 1998, S.4, s. 609.

127 Bakıcı, s.393.

128 Ancak Yargıtay aksi görüştedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: 5. CD, 9.4.1991, 927/2018; CGK, 1.5.1989, 109/170, Bakıcı, s.422, 396-399.

129 Aynı yönde Bakıcı, s.394.

130 Önder, s.570.

Bu suç ebeveynin rızasına göre olduğundan ve fiil ebeveynin haklarına tecavüz niteliği taşıdığından suçun tamamlanması için reşit olmayan kişinin başka bir yere götürülmesi veya alıkonulması yeterli olmayıp, aynı zamanda küçük ile ebeveyni arasındaki mevcut irtibatın koparılması ve ebeveynin haklarını kullanabilmesinin mümkün olmaması gerekir<sup>131</sup>. Dolayısıyla çok kısa süreliğine bir yere gidip gelen kişinin fiilinde ebeveynin haklarını kullanmasının engellenmesi gerçekleşmediğinden suçun tamamlandığından bahsedilemez<sup>132</sup>

### b) Manevî unsur

Diğer kaçırma ve alıkoyma suçlarında olduğu gibi bu suçta da failin özel kastla, yani şehvet hissi veya evlenme amacıyla hareket etmesi gerekir. Fail kaçırdığı veya alıkoyma suçunu işlediği kişinin reşit olmadığını, ailesinin bu fiillere rıza göstermediğini bilmelidir. Mağdurun ve ailesinin rızası olduğu düşüncesiyle kaçırma veya alıkoyma fiilinin gerçekleştirilmesi halinde, hata hakkındaki genel kurallar uygulanacaktır.

### 3. Reşit olmayanın kaçırılması veya alıkonulması suçlarının özel görünüş şekilleri

#### A- Teşebbüs

Bu suçlara eksik teşebbüs mümkünse de, tam teşebbüs mümkün değildir. Zira reşit olmayanın rıza hilafına cebren veya rızaen kaçırılması durumunda suçun oluşması için, mağdurun bulunduğu yerden alınıp failin egemenlik alanına girmesi gerekir. Rıza ile kaçırma küçük ile ebeveyni arasındaki irtibatın koparılması şartının aranması bu sonucu değiştirmez<sup>133</sup>

#### B- İştirak

Reşit olmayanın kaçırılması veya alıkonulması suçlarında fer'î ve aslî iştirakin gerçekleşmesi mümkündür.

#### C- İçtima

Bu suçlarla birlikte ırza geçme, sarkıntılık, tasaddi gibi başka suçların işlenmesi mümkündür. Örneğin reşit olmayan kişilerin cebren veya rızaen kaçırılmalarıyla birlikte ırza geçme veya rızayla cinsel ilişkide bulunma suçları da işlenirse, fail hem kaçırma veya alıkoymadan hem de ırza geçme veya rızayla cinsel

131 Önder, s.570; Dönmezer, no.220.

132 Dönmezer, no. 220.

133 Dönmezer, no.221; Önder, s.570; Bakıcı, s.394.

ilişkide bulunma suçlarından maddî içtima kuralları gereğince cezalandırılacaktır<sup>134</sup>.

#### D-Temadi ve teselsül

Reşit olmayanın kaçırılması veya alıkonulması suçları, bütün kaçırma veya alıkoyma suçları gibi mütemadi suç niteliğindedir.

Bu suçlarda teselsül halinin gerçekleşmesi de mümkündür<sup>135</sup>.

#### 4. Reşit olmayanın kaçırılması suçlarında ağırlaştırıcı neden

Ceza Kanunumuz kaçırılan kişinin 12 yaşını doldurmamış bulunmasını, reşit olmayanın kaçırılması suçları bakımından ağırlaştırıcı neden saymış ve ayrı bir maddede (m. 431) hükme bağlanmıştır<sup>136</sup>. Bu maddeye göre, "kaçırılan kimse oniki yaşını doldurmamış ise fail, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi cezası beş sene ağır haptisten aşağı olamaz".

Maddede yalnız kaçırmaktan sözedilmiş, alıkoyma suçu kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle 431. maddede yer alan ağırlaştırıcı neden yalnız kaçırma suçları açısından uygulanacaktır. Kanunumuz 429 ve 430. maddelerde kaçırma ve alıkoymayı aynı şekilde ele almış ve aynı nitelikte görerek aynı cezayla karşılaşmıştır. Böyle bir düzenlemeye giden kanun koyucunun 431. maddede kaçırma ve alıkoyma arasında ayırım yapmasının anlamı bulunmamaktadır<sup>137</sup>. Yargıtay 12 yaşından küçük çocukların alıkonulmaları halinde 431. maddenin uygulanamayacağını, bu gibi durumlarda 430. madde (somut olaya göre 1. veya 2. fıkra) gereğince ceza tayin edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>138</sup>.

12 yaşını doldurmamış küçüklerin kaçırılmasında cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kanunen var sayılmış ve bu vasıtaların kullanılması aranmamıştır<sup>139</sup>. Keza 12 yaşından küçük çocukların rızaları da geçerli olduğundan rızanın suçu kaldırmayacağı da ayrıca açıklanmıştır. O halde mağdurun yaşını özel bir ağırlaştırıcı neden kabul eden 431. maddenin uygulanabilmesi için, mağdurun 12 yaşını doldurmamış olması yeterlidir. Yoksa küçüğün rızasıyla veya cebirle kaçırılmış olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

<sup>134</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Emre, Necmeddin, "Bir İçtihat Dolayısıyla TCK'nun 430/2 ve 416/3. Maddeleri Hakkında Bir Tetkik", AD, 1956, S.4, s.447 vd.

<sup>135</sup> Bkz.: 5.CD, 18.9.1997, 2419/2988, YKD, 1999, S.4,s.558,559.

<sup>136</sup> Bazı yazarlarımız , bu ağırlaştırıcı nedenin reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması suçuna özgü olduğunu belirtmektedirler: Dönmezer, no. 224; Toroslu, s.447.

<sup>137</sup> Dönmezer, no.224.

<sup>138</sup> CGK, 8.7.1991, 5-197/228, Bakıcı, s.454.

<sup>139</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku, s.233; Erem-Toroslu, s.320.

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında bazı güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira uygulamada kaçırma ve alikoyma suçları birbirinden ayırt edilememekte, birçok yerel mahkeme kararı bu nedenle bozulmaktadır<sup>140</sup>. Yargıtay'ın da bu konuda pek istikrarlı davrandığı söylenemez. Aynı nitelikteki bir fiili bazı kararlarında kaçırma olarak değerlendirirken, bazı kararlarında alikoyma olarak kabul etmektedir<sup>141</sup>.

### IV- KAÇIRMA VE ALIKOYMA SUÇLARINDA ORTAK HÜKÜMLER

#### 1. Cezayı azaltan nedenler

##### A- Faal nedamet

Kanunumuzun 432. maddesi, failin kaçırdığı veya alıkoyduğu kişiyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırdığı eve veya ailesinin evine iade etmesini veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakmasını cezanın indirilmesi nedeni saymıştır.

432. maddede yer alan bu cezayı azaltan neden tamamlanmış kaçırma veya alikoyma suçlarında uygulanabilecektir. Eksik teşebbüsün mümkün olduğu bu suçlarda, 432.maddenin uygulanması söz konusu değildir. Kanunumuz bu hususu "kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi" ibaresiyle açıkça belirtmiştir. Zaten eksik teşebbüs durumunda 61.maddenin 2.fıkrasındaki ihtiyariyle vazgeçme müessesesinin varlığı söz konusu olacağından, failin kaçırmadan veya alikoymadan cezalandırılması mümkün değildir.

Failin anılan maddeden yararlanabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki, failin mağdur üzerinde hiçbir şehvî harekette bulunmamış olmasıdır. Şehvî hareket kavramı geniş anlamda kabul edilmelidir<sup>142</sup>. Mağdurun ırzına geçilmesi, tasaddide bulunulması veya sarkıntılık suçunu oluşturacak nitelikte fiillerin gerçekleştirilmesi halinde fail bu cezayı azaltan nedenden yararlanamayacaktır<sup>143</sup>.

İkincisi ise, failin iadeyi kendiliğinden yapmış bulunmasıdır. Vicdan azabı, mağdura acıma gibi duygularla mağdurun serbest bırakılması madde hükmüne dahil olduğu gibi<sup>144</sup>, failin cezalandırılacağından korkarak iadeyi gerçekleştirme-

140 Bozulan kararlara örnek olarak bkz.: 5. CD, 9.1.1992, 74/131; 5. CD, 20.3.1991, 175/1528, Bakıcı, s.453,454,455.

141 Bu kararlar için bkz.: Bakıcı, s.454, 455.

142 Önder, s. 574.

143 Bakıcı, s.463.

144 CGK, 11.2.1985, 312/85, Savaş-Mollamahmutoğlu, s.3889.



si de bu anlamda kabul edilmelidir<sup>145</sup>. Fakat fail mağduru bazı dış etkenler nedeniyle (başkalarının olaya müdahalesi, kaçırılan kişinin asıl kaçırılmak istenen olmadığını anlaşılması, mağduru muhafaza etmenin artık tehlikeli olması gibi) serbest bırakmışsa madde hükmünden yararlanamaz<sup>146</sup>. Diğer bir ifadeyle failin 431. maddede yer alan bu azaltılmış cezadan yararlanabilmesi için mağduru özgür iradesiyle serbest bırakmış olması gerekir<sup>147</sup>. Yargıtay verdiği kararlarda özgür iradenin cebir, tehdit veya hile sonucu oluşmayan irade olduğunu; telkin, açıklama, tavsiyede bulunma gibi davranışların iradenin oluşmasına yardımcı etkenler olduğunu ancak iradeyi ortadan kaldırmadıklarını, bu gibi durumlarda 432. maddenin uygulanacağını belirtmektedir<sup>148</sup>.

Üçüncü ve son şart ise, failin mağduru kaçırdığı eve veya ailesinin evine iade etmesi veya ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli bir yere getirip serbest bırakmasıdır. Mağdurun iade edildiği yer ailesinin bulunduğu veya kaçırıldığı yer ise kanunumuzun ifadesine göre şart gerçekleşmiş bulunmaktadır. Ancak bu yerlerin dışında kalan iade mahallelerinin emin yer olması gerekmektedir. Bir yerin emin yer olduğu objektif şartlara göre hâkim tarafından takdir edilecektir<sup>149</sup>. Yargıtay mağdurun köy muhtarına, karakola veya resmî kurumlara teslimini emin yer olarak belirtmiştir<sup>150</sup>.

Mağdur, ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli bir yere bırakıldıktan sonra orada bir tecavüze maruz kalmışsa, faili bu fiilden sorumlu tutmak ve 432. maddeden yararlandırmamak mümkün değildir. Ancak fail, daha önceden tecavüz edenlerle anlaşarak mağduru bu yere getirip bırakmışsa, 432. maddeden yararlanamayacağı gibi sonraki olaydan da iştirak kuralları gereğince sorumlu olacaktır. Keza failin, herhangi bir anlaşma olmadan bıraktığı yerin mağdur açısından emniyetli olmadığını bilmesi halinde de faal nedamet neticesinden yararlanması mümkün değildir<sup>151</sup>.

İade fiilinin fail tarafından yapılması zorunlu değildir. Fail adına veya ondan alınan yetkiyle başkaları tarafından yapılması da mümkündür<sup>152</sup>.

145 Erem, s.,236; Erem-Toroşlu, s.323.

146 Erem, s.236; Erem-Toroşlu, s.323; Bakıcı, s.464.

147 5. CD, 9.9.1996, 2534/2801, YKD, 1998, S.1, s.129.

148 5. CD, 10.7.1992, 1749/2475; 5. CD, 3.6.1992, 1625/1880, Erdurak, s.731.

149 Önder,, s.575; Bakıcı, s.464.

150 5. CD, 8.7.1992, 2116/2407; 5. CD, 31.3.1992, 695/1012; 5. CD, 2.7.1992, 1933/2359, Erdurak, s.730, 731.

151 Dönmezer, no. 225 bis; Bakıcı, s. 464.

152 Erem, s.237; Erem-Toroşlu, s.323.

Kanun 432. maddede yer alan faal nedamet halinin gerçekleşmesi durumunda, kaçırma veya alıkoyma suçlarına verilecek ceza miktarını ayrı ayrı göstermiştir. Bu ceza miktarı reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçunda bir aydan bir seneye kadar, reşit olmayanın cebren veya rızaen kaçırılması veya alıkonulması suçlarında altı aydan üç seneye kadar, kaçırılan kimsenin 12 yaşından küçük olması halinde ise bir seneden beş seneye kadar hapistir. Söz konusu madde daha önceki maddelerde yer alan suçların cezalarının belirli oranda indirilmesini düzenleyen bir madde olmayıp, faal nedamette temel cezayı belirleyen düzenlemedir. Buna göre kaçırma ve alıkoyma suçundan ceza verildikten sonra bu cezadan 432. maddesi gereğince indirim yapılamaz. Faal nedametinin gerçekleşmesi halinde yapılacak şey, failin fiilinin hangi maddedeki suçu oluşturduğunu tespit etmek ve bu suça 432. maddedeki karşılığı olan cezayı uygulamaktır<sup>153</sup>. Yani kaçırma ve alıkoyma fiilini işleyen ancak mağduru kendiliğinden serbest bırakan faile, yalnız 432. madde gereğince ceza tayin edilecektir. Nitekim Yargıtay, “bağımsız ceza yaptırımını öngören TCK.nun 432. maddesiyle uygulama yapılması gerekirken 430/2 ve 432. maddelerin birlikte uygulanmasının yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>154</sup>.

432. maddede belirtilen cezalar arasında oransızlık bulunmaktadır. Ceza Kanunumuz 432. maddesinde, reşit olmayanın rızayla kaçırılması ile cebren kaçırılması arasında fark yaratmamış ve her iki fiilin failine de aynı cezanın verileceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu iki halin ayırt edilmesi ve cebren kaçırma fiilini işleyen faile daha ağır ceza verilmesi gerekirdi<sup>155</sup>. Ayrıca kanun, reşit olmayanın rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçunu işleyen faile verilecek ceza ile söz konusu kimselere hiçbir şehevî harekette bulunmaksızın serbest bırakan faile hükmolunacak cezayı aynı tutmuştur. Diğer bir ifadeyle reşit olamayan kişiyi kendi rızasıyla fakat ebeveynin muvafakati olmaksızın kaçırın ve bu hareketi 430. maddenin 2. fıkrası gereğince altı aydan üç seneye kadar hapis cezası olan fail, 432. maddede yazılı şartlar altında kaçırdığı kişiyi kendiliğinden serbest bırakırsa yine altı aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Belirtmeye çalıştığımız bu iki oransızlık 432. maddenin düzenleniş amacına ters düşmektedir<sup>156</sup>. Yargıtay bu adaletsizlikleri içtihatlarla gidermeye çalışmakta ve mağdurun rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçunda 432. maddeden sonra 59. maddenin de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>157</sup>.

153 Bakıcı, s. 465.

154 5. CD, 27.10.1993, 3480/3846, Bakıcı, s.467.

155 Dönmezer, no. 227.

156 432. maddeye yöneltilen eleştiriler hakkında bkz.: Direk, Zeki, “Türk Ceza Kanunu'nun 432. Maddesinin Islâhı Lazımdır”, Ad. Cer, 1941, S. 12, s.1074, 1075.

157 GCK, 8.7.1991, 5-299/331; 5.CD, 3.5.1991,2138/2359; 5.CD,29.12.1983, 4736/462, Savaş-Mollamahmutoğlu, s.3895,3898,3899.

## B- Evlenme amacı

Kaçırma veya alikoyma suçunda “evlenme maksadına, aile kurmak isteği dolayısıyla cezayı hafifletici bir tesir tanınmış” ve 433. maddede hükme bağlanmıştır<sup>158</sup>. Bu madde, “yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerin biri mahza evlenmek maksadı ile işlenmiş ve bir günâ tecavüz vuku bulmamış ise fail hakkında tayin olunacak ceza üçten birden yarıya kadar indirilir” hükmünü taşımaktadır.

Kanun maddenin uygulanabilmesi için iki şart aranmıştır. Bunlardan ilki kaçırma veya alikoymanın evlenmek amacıyla gerçekleştirilmesi, diğeri ise mağdura karşı “bir günâ tecavüzün vuku bulmamış” olmasıdır. Bu şartlar dışında bazı nedenler, örneğin failin mağdureyi daha önce istememiş olması gibi hususlar ileri sürülerek maddenin uygulanmaması yoluna gidilemeyecektir<sup>159</sup>.

Kaçırma veya alikoymanın evlenme amacıyla gerçekleştirildiğinin kabul edilebilmesi için, fail ile mağdur arasında evlenme engellerinin olmaması ve her ikisinin de evlenme yaşında bulunmaları gerekir<sup>160</sup>. Medeni Kanun’un 88. maddesine göre erkek onyediyi, kadın onbeş yaşını bitirmedikçe evlenmeleri yasaktır. Ancak hâkim, olağanüstü hallerde ve önemli bir nedenin varlığı durumunda onbeş yaşını dolduran erkekle ondört yaşını bitirmiş kadının evlenmelerine izin verebilir. Bu durumda, yani erkeğin onbeş kadının ondört yaşını bitirmesi halinde, hâkimin hükmüne bağlı bir imkân dolayısıyla evlenme amacının söz konusu olamayacağı, dolayısıyla hafifletici nedenin uygulanamayacağı doktrin tarafından belirtilmekle beraber<sup>161</sup> Yargıtay aksi görüştedir<sup>162</sup>. Bugünkü uygulamada 433. maddedeki hafifletici neden, evlenme yaşına (erkek onyediyi, kadın onbeş) sahip olanlar hakkında uygulandığı gibi, hâkimin izniyle evlenebilecek hakkında da kabul edilmektedir. Ancak kadının ondört erkeğin onbeş yaşını doldurmamış bulunması halinde evlenme amacının olamayacağı, dolayısıyla hafifletici nedenin uygulanamayacağı ifade edilmektedir<sup>163</sup>.

Fail veya mağdurun suç tarihinde evli olması veya aralarında yakın akrabalık nedeniyle evlenme engelini bulunması hallerinde 433. maddenin uygulanması imkânsızdır. Buna karşılık failin kanuna aykırı şekilde evli bulunması (imam nikahı veya metres hayatı), mağdurun nişanlı olması ve sanıkla evlenmek

<sup>58</sup> Erem, s.237; Erem-Toroslu, s.323.

<sup>59</sup> Önder, s.576.

<sup>60</sup> Dönmezer, no. 229.

<sup>61</sup> Dönmezer, no. 229. Aynı yönde Erem, s.237; Erem-Toroslu, s.323.

<sup>62</sup> 5.CD, 2.12.1992,3502/3786, Erdurak,s.734. Bazı uygulamacılar da Yargıtay’la aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Kıyak, Fahrettin, “Kız ve Erkek Kaçırma Suçlarında Cezayı Azaltıcı Sebeplerden Olan TCK’nun 433. Maddesi ve Tatbikatı”, AD, 1952, S. 1-6, s.261.

<sup>63</sup> 5.CD, 19.1.1998, 4657/31, YKD, 1999, S.7,s.1001.

istememesi durumlarında hafifletici nedenin uygulanmaması için hiçbir engel yoktur<sup>164</sup>.

Mağdurun yaşı veya evlenme engellerinin olup olmadığı konusunda hataya düşülmesi durumunda fiili hata hükümleri uygulanacak ve fail hafifletici nedenden yararlanabilecektir.

433. maddedeki hafifletici nedenin uygulanması için evlenme amacı gerekmele birlikte, fail ayrıca şehvet hissi amacıyla da hareket etmişse bu hafifletici neden kendisine uygulanamaz<sup>165</sup>. Şehvî bir hareket yapılmadıkça ve evlenme amacının varlığına herhangi bir engel bulunmadıkça, kaçırma veya alıkoymanın evlenmek amacıyla gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>166</sup>.

Failin maddeden yararlanabilmesi için evlenme amacının varlığı şartsa da, ayrıca bir gûna tecavüzün vuku bulmamış olması da gerekir. Bu ifadeyle ne şehvî hareketin en ileri şekli aranmakta ne de şehvî sayılmayan hareketler (müesir fiil gibi) tecavüz kabul edilmektedir<sup>167</sup>. Irza geçmek, bedeni temas, irza tasaddi, öpme, birlikte yatmak gibi hareketler gûna tecavüzün vuku bulduğunu gösterir ve hafifletici nedenin uygulanmasını engeller<sup>168</sup>. Yargıtay maddede geçen bir gûna tecavüzün vuku bulmamış olması ifadesini, hiçbir şehvî harekette bulunmamak şeklinde kabul etmekte ve bu şekilde uygulamaktadır<sup>169</sup>.

Maddedeki şartların varlığı halinde kaçırma veya alıkoyma fiiline iştirak edenler de hafifletici nedenden yararlanacaklardır<sup>170</sup>. Suçun teşebbüs derecesinde kalmış olması 433. maddenin uygulanmasına engel değildir<sup>171</sup>.

## 2. Cezayı artıran nedenler

Ceza Kanunumuzun 439. maddesinde “cebren kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve eğer ölürse fail müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılır” hükmü yer almaktadır.

164 Bakıcı, s.479.

165 Dönmezer, no. 229.

166 Önder, 577.

167 Erem, s.237; Erem-Toroslu, s.324.

168 5. CD, 22.1.1981, 28/57, Bakıcı, s.490.

169 5. CD, 26.10.1992, 3067/3315; 5. CD, 22.12.1992, 3910/4180; 5. CD, 1.7.1993, 2332/2769, Erdurak, s.734,735.

170 Bakıcı, s.480, Dönmezer, no. 229; Önder, s. 576, 5. CD, 11.4.1990, 11258/2053, Bakıcı, s.487.

171 CGK, 26.11.1990, 273/290, Bakıcı, s.487.

Bu maddeyle, cebren kaçırma sırasında veya bu yüzden mağdurun yaralanması yada ölmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir<sup>172</sup>. Maddede yalnız cebren kaçırma suçundan söz edilmiş, alıkoyma fiilinden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla 439. madde alıkoyma suçunda uygulanamayacaktır. Keza maddede cebren kaçırılmadan söz edildiği için rızasıyla kaçırma suçu da ağırlaştırıcı nedenin uygulama alanı dışında kalacaktır<sup>173</sup>.

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için yaralama veya ölmenin failin iradesi dışında kasıtsız olarak meydana gelmesi gerekir<sup>174</sup>. Fail kasden mağdur üzerinde ölüm veya yaralama neticesini doğuracak fiil işlerse, bu halde 439. maddeden yararlanamaz ve işlediği fiillerden maddî içtima kuralları gereğince sorumlu olur. Nitekim Yargıtay, sanıkların mağduru kaçırmaya çalıştıkları sırada gerek mağdurun direnmesi ve gerek mağdurun yakınlarının engel olmaları nedeniyle mağduru kaçıramayacaklarını anlayan failin kızgınlıkla mağduru öldürmesi durumunda, kaçırma hareketleri sırasında oluşan yeni bir kusurluluk haliyle ölüm neticesinin meydana getirildiği gerekçesiyle teşebbüs derecesinde kalmış kaçırma suçu ile birlikte adam öldürme suçunun da işlendiğine karar vermiştir<sup>175</sup>.

Fail kasden hareket etmemekle birlikte yaralama veya öldürme fiili failin yaptığı bir hareket neticesi gerçekleşebilir. Diğer bir ifadeyle fiil, failin doğrudan mağdura yönelik olmayan hareketiyle fakat taksirle işlenmiş olabilir. Örneğin fail mağduru otomobiliyle cebren kaçırırken aşırı sürat ve heyecan nedeniyle trafik kazası yapmış ve mağdur ölmüş olabilir. Bu durumda fail taksirle ölüme sebebiyet vermekten değil, cebren kaçırma suçunun cezasını ağırlaştırılan 439. madde gereğince sorumlu olacaktır<sup>176</sup>. Yaralama veya öldürme fiilinin mutlaka kaçırmanın fiili sonucu meydana gelmesi şart değildir. Üçüncü kişilerin veya mağdurun hareketi de ölüm veya yaralama sonucunu doğurabilir. Fakat bu neticelerden dolayı failin cezasının artırılabilmesi için, mağdurun ölmesi veya yaralanması ile kaçırma arasında illiyet bağının olması gerekir. Kanunumuz bu hususu "kaçırmak sırasında veya bu yüzden" ibareleriyle ifade etmiştir. Örneğin mağdurun kaçırılması sırasında fiile engel olmak amacıyla faile sıkılan kurşunun mağdura isabet etmesi ve mağdurun ölmesi durumunda olduğu gibi. Bu gibi hallerde fail hakkında 439. maddenin uygulanması ve cezasının artırılması gerekir. Keza kaçırılmak

172 5. CD, 3.6.1977, 1288/1858, YKD, 1978, S.5, s.830; Dönmezer, no.236; Önder, s.578.

173 Önder, s.578; Bakıcı, s.541; Dönmezer, no.230. Ancak bazı yazarlarımız kanunumuzun kaçırma kavramını genel anlamda kullandığını, dolayısıyla alıkoyma halinde de 439.maddenin uygulanacağını belirtmektedirler: Toroslu, s.448.

174 5. CD, 11.10.1979, 2465/2721, YKD, 1981, S.1, s.777.

175 CGK, 8.4.1985, 1-400/191, YKD, 1985, S.11, s.1707.

176 Önder, s.579; Dönmezer, no. 231; Toroslu, s.448; CGK, 20.12.1982, 5-446/506, Bakıcı, s.541. Ancak bazı yazarlarımız aksi görüştedir. Özek, Çetin, "TCK'nun 439.Maddesinin Uygulanması İle İlgili Bir Genel Kurul Kararı", İÜHFİM, 1966, C.XXXII, S. 1,s.347,348.

için kovalanan kimsenin kendini uçuruma atması halinde de aynı neticeye varmak zorunludur<sup>177</sup>.

Bazı hallerde ise ölüm veya yaralanma olayı doğal bir afet sonucu meydana gelebilmektedir. Kaçırma sırasında meydana gelen bir deprem sonucu bir köprüünün yıkılması ve mağdurun altında kalarak ölmesi durumunda olduğu gibi<sup>178</sup>. Ancak biz bu halde fail hakkında 439. maddenin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira failin ölüm veya yaralama neticesinden dolayı meydana gelmesi yani kaçırma suçuna ait icra hareketleriyle bağlantılı olması gerekir. Oysa doğal afete bağlı ölüm veya yaralamalarda olayın vuku zamanına bakarak kaçırma ile ilgili olduğu gerekçesiyle faili bundan sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>179</sup>.

Fail hakkında 439. maddeden dolayı cezanın artırılabilmesi için ölüm veya yaralamanın, kaçırma suçunun icra hareketleri devam ederken veya kaçırma fiili tamamlandıktan sonra bitinceye kadar gerçekleşmesi gerekir<sup>180</sup>. Kaçırma olayının bitiminden sonra yapılan fiiller nedeniyle failin cezasının artırılması söz konusu değildir.

Maddede geçen ölüm neticesinin anlamı açıksa da, yaralamadan ne anlaşılması gerektiği belli değildir. Dolayısıyla çok küçük bir sıyrık bile yaralama sayılacak mıdır? Kabul edilen görüş, kaçırma nedeniyle mağdurda meydana gelen yaraların 439. madde kapsamında değerlendirilmesi için, tedaviyi az veya çok zorunlu kılacak nitelikte olması gerektiğidir<sup>181</sup>. Mağdurda meydana gelen ruhi bozukluklar ise yara olarak nitelendirilemez ve failin cezası bu yüzden artırılmaz. Kanunumuz 439. maddede yara kavramı yerine müessir fiil ifadesini kullanmış olsaydı, bu gibi neticeler de madde kapsamında değerlendirilirdi ve madden beklenen amaç daha iyi gerçekleşmiş olurdu<sup>182</sup>.

### 3. Dava ve cezanın tecili

Ceza Kanunumuzun 434. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

177 Erem, s.235; Erem-Toroslu, s.322; Dönmezer, no. 231; Bakıcı, s.541; Toroslu, s.449; Özek, s.349. Bazı yazarlarımız ise aksi görüştedir: Önder, s. 580.

178 Önder, s.579.

179 Aynı yönde Erem, s. 235; Erem-Toroslu, s.322; Toroslu, 449.

180 Önder, s.579, 580.

181 Dönmezer, no. 231; Bakıcı, s.542.

182 Dönmezer, no. 231.

Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir nedenle boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükümleri 414, 415 e 416. maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir”.

Kanun bu maddeyle, namus ve şerefi ihlâl edilmiş kadının uğradığı zararın giderilmesini sağlamak amacıyla evlenmeyi teşvik etmekte ve bu surette kurulan yuvanın yapılacak ceza koşturmasıyla dağılmasına engel olmak istemektedir<sup>183</sup>.

Maddenin uygulanabilmesi için, cezanın tamamen infaz edilmesinden önce fail ile mağdurun evlenmesi gerekir. Cezanın tamamen çekilmesinden sonra evlenilmesi halinde cezanın tecilinden sözedilemeyecektir<sup>184</sup>.

Fail ile mağdur arasında Medeni Kanun hükümlerine uygun bir şekilde yapılmış evliliğin olması halinde 434. maddenin uygulanması yoluna gitmek mümkündür. İmam nikahı ile birlikte yaşama durumunda bu madde uygulanmaz. Medeni Kanununun 112. maddesi ve devamı gereğince butlan nedenlerinin bulunduğu, evlenme akdinin sahte olduğu veya zorla yapıldığı ileri sürülmüşse ve bu konuda açılmış bir dava (evlenme akdinin feshi) varsa, bu dava beklenmeli ve sonucuna göre 434. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir<sup>185</sup>.

Evlenmenin gerçekleşmesi için mağdur ile failin yaşlarının evlenmeye uygun olması ve söz konusu kişilerin evlenmeyi istemeleri gerekir. Mağdurun küçük olması ve evlenebilmesi için velisinin izni bulunması gerektiği hallerde, mağdurun evlenmesine velisinin izin vermemesi durumlarında resmî evlilik kurulamayacağından 434. madde uygulanamaz. Sanığın evlenmek istemesi fakat mağdurun kabul etmemesi halinde ise, failin üzerine düşeni yaptığı gerekçesiyle beraat kararı verilemez<sup>186</sup>.

Kaçırma veya alıkoyma suçunun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında yapılan evlilik, ceza mahkemesinin çeşitli aşamalarında gerçekleşebilir.

3 Önder, s.480.

4 Bakıcı, s.491.

5 Bakıcı, s.491; 5. CD, 3.11.1983, 3430/3627, YKD, 1984, S.3, s.466. Ayrıca bkz.: Toroslu, s.455.

6 Önder, s.481, 482; Bakıcı, s.491; Dönmezer, no. 110.

Evliliğin hazırlık soruşturması sırasında gerçekleşmesi halinde, sanık hakkında kamu davası açılmaz ve davanın açılması tecil edilir<sup>187</sup>.

Son soruşturma sırasında meydana gelen evlenme halinde ise davaya devam olunmaz ve mahkeme durma kararı verir<sup>188</sup>. Her ne kadar 434. maddede tecil denmesine rağmen verilecek karar durma kararı şartlarına uyduğundan mahkemenin vereceği karar durma kararı olacaktır. Bu halde mahkemenin davası yürüterek cezayı tayin etmesi ve daha sonra bunun teciline kara vermesi mümkün değildir<sup>189</sup>.

Karar verildikten ve temyiz edildikten sonra vukubulan evlenme halinde, Yargıtay hükmü bozarak dava dosyasını hükmü veren mahkemeye gönderir. Mahkeme bu halde fail hakkında davanın durması kararını verecektir<sup>190</sup>. Hükmün kesinleşmesinden sonra mağdur ile failin evlenmesi durumunda ise, cezanın infazı ertelenecektir.

Kaçırma veya alıkoyma suçu iştirak halinde işlenmiş ise, fail hakkında davanın durmasına veya cezanın ertelenmesine karar verilirken, ortaklar hakkında da dava veya cezanın düşmesine hükmedilmelidir<sup>191</sup>. Kanunumuz bu hususu "... fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimdir" ifadesiyle belirtmiştir.

Kamu davasının açılmasının veya cezanın infazının ertelenmesi ya da davanın durması kararları zamanasını süresinin dolmasına kadardır. Zamanasını süresi kaçırma veya alıkoyma suçunun cezasına göre tespit edilecektir. Davanın durmasında dava zamanasını dikkate alınacaktır. Dava veya ceza zamanasını süresi ise, evlenme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>192</sup>. Ancak zamanasını süresi mağdur ile evlenen sanık veya suç ortağı bakımındandır. Diğer or-

187 Dönmezer, no. 113; Önder, s.482. Bazı yazarlarımız ise savcılığın kamu davasını açması gerektiğini, zira tecil kararını vermeye yetkili olan kurumun mahkemeler olduğunu belirtmektedirler: Bakıcı, s.491; Arcak, Ali, "Türk Ceza Kanunu'nun 434. Maddesinin Şümulü ve Tekerrür Meselesi", AD, 1956, S. 8, s.874. 1985 yılından önce mevcut olan ilk tahkikat aşamasındaki durum için bkz.: Ünser, Veysi, "TCK'nun 434. Maddesinde Ahvalde Tecil Men'i Muhakemenin Hukuki Sebebi Olabilir mi?", Ad., Cer., 1942, S. 1-12, s.903; Etem, Mitat, "Türk Ceza Kanunu'nun 434. Maddesine Tevfikan Tecil Kararı Verme Selahiyeti", Ad. Cer., 1942, S. 1-12, s.858,859.

188 Dönmezer, no. 113; Önder, s.482. Bu halde tecil kararının verilmesi gerektiğini belirten yazarlarımız da vardır: Erem, s.240; Erem-Toroslu, s.324; Bakıcı, s.491; Arcak, s.874.

189 Önder, s. 482; Dönmezer, no. 113.

190 Önder, 482. Ayrıca bkz.: Erem, s. 240; Erem-Toroslu, s. 325.

191 Erem, s. 240; Erem-Toroslu, s. 325; Bakıcı, s. 492; Dönmezer, no. 111; Önder, s.482,483.

192 Dönmezer, no.111; Önder, s. 481; 5. CD, 17.5.1985, 1933/2179, Bakıcı, dipnot 4, s. 493. Ancak bazı yazarlarımız zamanasının evlenme tarihinden başlaması halinde, olay tarihinden evlenme tarihine kadar geçen sürenin nazara alınmayacağını bunun ise sanık aleyhine olduğunu, dolayısıyla adalet ve hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturduğunu belirterek zamanasının olay tarihinden itibaren başlaması görüşünü savunmuşlardır: Bakıcı, s. 493.



taklar bakımından evlenmeyle birlikte düşme kararı etkisi göstereceğinden, ayrıca zamanaşımı süresi dikkate alınmayacaktır<sup>193</sup>.

434. maddenin uygulanmasını sağlayan evlenmenin, suçu işleyen kişiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda ise, mağdurun ortaklardan biriyle evlenmesi mümkündür. Evlenilen kişinin asli veya fer'î fail olması 434. maddenin uygulanması açısından farketmez. Ancak mağdurun suçu işleyen fail ve şerikler dışında başka bir kişiyle evlenmesi halinde 434. maddenin uygulanması mümkün değildir<sup>194</sup>.

Fiilde ortak durumunda bulunanlardan birinin yaptığı evliliğin davayı durdurması veya cezayı erteleyebilmesi için, evlenmenin suçtan zarar görmüş gerçek mağdur ile yapılması şarttır. Şahısta hata nedeniyle fiil, kastedilen kişinin dışında başka biri üzerinde gerçekleştirilmişse evlenmenin bu kişiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda suçun kastedilen kişiye karşı işlenmiş sayılacağını belirten ceza kanunumuzun 52. Maddesi uygulanmaz ve failin kaçırdığı kişiyle değil de kaçırmak istediği kişiyle evlenmesi halinde 434. madde uygulanmaz<sup>195</sup>.

Evliliğin gerçekleşmesi halinde dava duracak, cezanın infazı ise ertelenecektir. Ancak fail zamanaşımı süresi içinde kusurlu hareketiyle boşanmaya neden olmuşsa, kamu davası kaldığı yerden yürüyecek veya ertelenmiş cezanın infazına başlanacaktır. Kusurun mağdurda bulunması veya tarafların karşılıklı kusurlu olmaları nedeniyle boşanmanın gerçekleşmesi halinde ise, suçun oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmelidir<sup>196</sup>. Boşanmanın zamanaşımı bittikten sonra meydana gelmesi durumunda ise, artık koğuşturma ve cezanın infazı yapılamayacaktır. Zira zamanaşımı süresinin dolmasıyla dava veya ceza ortadan kalkmış olacaktır.

Kanunumuz 434. maddede "kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında..." ifadesini kullanmıştır. Bu metne göre failin kadın olması halinde davanın durması veya cezanın ertelenmesi söz konusu olamayacaktır. Oysa kaçırma veya alıkoyma suçu (m. 430 ) kadın veya erkek tarafından işlenebilmektedir. Bu nedenle maddenin geniş yorumlanması ve kaçırma veya alıkoyma suçunu işleyen kadının mağdurda evlenmesi halinde de dava veya cezanın durmasına ya da ertelenmesine karar verilmesi gerekmektedir<sup>197</sup>. Mağdur ile failin evlenmesi halinde davanın

193 Önder, s. 481; Dönmezer, no. 111; Bakıcı, s. 493.

194 Erem-Toroslu, s. 325; Erem, s. 240; Bakıcı, s. 492; Önder, 483. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Köntü, Ömer, "TCK' nun 434. Maddesi hakkındaki Bir Yazı Münasebetiyle", AD, 1949, S. 12, s. 1710 vd.

195 Önder, s.484; Dönmezer, no. 108.

196 Bakıcı, s. 493.

197 Dönmezer, no. 109; Bakıcı, s.494.

devam etmeyeceği veya cezanın infaz edilmeyeceği kabul edilmekle birlikte, zamanasını süresinin dolmasından sonra failin tekrar bir suç işlemesi durumunda tekrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda değişik görüşleri ileri sürülmüştür. Fakat çıkan bir tevhibi içtihat kararıyla (Tevhibi İctihat 20.5.1957, 23/15) bu problem çözülmüş ve tekrürde önceki suçun cezasının çekilmiş olması şartının kabul edildiği belirtilerek, cezasını çekmiş olan fail hakkında herhangi bir tecilin söz konusu olamayacağı, bu nedenle tekrür bakımından bir istisnaya lüzum olmadığına karar verilmiştir<sup>198</sup>.

#### 4. Mahkûmiyetin neticeleri

Ceza Kanunumuzun 437. maddesinde, kaçırma veya alıkoyma suçunun veli veya vasi tarafından işlenmesi halinde bunun velayete ve vesayete olan etkisi düzenlenmektedir. Bu maddede, " yukarıdaki fasıllarda tayin olunan cürümlerden dolayı mahkûm olan usul, kendilerine tecavüz olunan fûruun şahısları ve malları üzerinde kanunun bahşeylediği velayet hakkını zayi ederler ve bu cürümlerden dolayı mahkûm olan vasiler de vasilikten çıkarılır" hükmünü ihtiva etmektedir.

Maddenin uygulanabilmesi için fiilin, usul tarafından velayeti altında bulunan fûruuna veya vasi tarafından vesayeti altında bulunan kişiye karşı işlenmiş olması ve kaçırma ya da alıkoymadan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş bulunması gerekir. Kanun bu suçların işlenmesiyle velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle vasinin vasilikten çıkarılmasını, usulün ise fûruun şahsı ve malları üzerindeki velayet hakkını kaybetmesini ceza mahkûmiyetinin neticesi olarak düzenlemiştir. Velayet hakkı kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüyle kendiliğinden kalkmakta, ayrıca mahkemece karar verilmesi gerekmektedir. Ancak vasinin vasilikten çıkarılması için mahkeme tarafından verilmiş karara ihtiyaç vardır. Bu itibarla mahkeme tarafından karar verilmeye kadar vasinin yaptığı tasarruflar geçerlidir<sup>199</sup>.

Kaçırma veya alıkoyma fiilini gerçekleştirmek için araç kullanılmamış ise, bu araçlar Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi gereğince müsadere olunur.

#### SONUÇ

Kanunumuz, kaçırma ve alıkoyma suçlarını, faildeki saik nedeniyle genel adap ve aile düzenine karşı işlenen bir suç olarak düzenlemiştir. Ancak biz bu düzenleme şekline katılmadığımızı yinelemek istiyoruz. Daha öncede belirttiğimiz gibi bu suçlar esas itibariyle kişi hürriyetini sınırlandıran fiillerdir. Failin bazı saiklerle bir kimseyi kişisel hürriyetten mahrum etmesi bu sonucu değiştirmez. Örneğin para veya eşya almak için adam kaldırmak suçunun işlenmesi, bu suçun Mal Aleyhinde Cürümler babında yer verilmesini gerektirmemelidir. Do-

198 Önder, s.484; Erem; s.240,241.

199 Dönmezer, no. 114.

layısıyla bu ve benzeri suçlarda faildeki saike değil de, esas itibarıyla ihlâl edilen menfaate bakarak düzenlemenin ona göre yapılması şarttır.

Ayrıca kaçırma ve alıkoyma suçlarıyla ilgili hükümlerde, bazı eksiklikler ve maddeler arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. Reşit olan erkeğin şehvet hissi veya evlenme amacıyla kaçırılmasının suç olarak kabul edilmemesi, faal nedamette cezalar arasında oransızlık bulunması, 415. madde ile 430. madde (2.fıkra) arasındaki uyumun gözardı edilmesi gibi eksiklikler kaçırma ve alıkoyma suçlarında yapılması gereken değişiklikleri göstermektedir. Bu değişikliklerin yapılmasıyla kaçırma ve alıkoyma suçlarıyla ilgili maddeler, düzenleme amacını daha iyi karşılayacaklardır.



## A PLURALIST THEORY OF JUSTICE: WALZER'S SPHERES OF JUSTICE

Ali Şafak BALI\*

### Introduction

In this study, we will argue that a successful theory of justice should not be abstract in the sense that an abstracted single principle (or a set of interconnected principles) of justice applies to the distribution of all (basic or primary) social, economic and political goods across spheres and should not be universal in the sense that a single criterion (or a single set of criteria) applies across all societies regardless of cultural differences, but must be pluralistic in both aspects. This is, not only because of the cultural diversity displayed by history but also because there are, as Walzer successfully points out, different spheres of distribution to which different distributive principles of justice should apply. However, our position is neither to fully accept nor to deny the pluralist perspective that rejects the existence of any such fundamental principle or criterion. This means that we do not maintain a pluralist approach that may only be constructed as oppose to universalism or rational theorising. We think justice is complex and, thus, principles of it must be pluralist in nature, but this does not require us to deny the principles of justice suggested by the abstract and universal theories of justice altogether. What it does mean is that, firstly, each principle introduced by a different abstract theory of justice may still apply across spheres, spheres as characterised by Walzer. This implies that each specific good is not necessarily distributed according to a different principle of justice, but a set of (a certain category of) goods, for example the goods that are relevant to satisfy the basic human needs, may be distributed according to a single principle. Secondly, a distributive criterion can still remain universally applicable in that it may be applicable across societies although as intrinsic to a certain distribution sphere. Taken together, an *equality principle based on the need criterion* can be universally applicable within the sphere of medical care in the sense of Walzerian spheres across communities and societies. Miller believes that Walzer's theory of justice can best be used as a departing point for developing a pluralist approach to social justice. Therefore, the following subsections will explore Walzer's pluralist or, in other words, multi-criterial theory of social justice.

### 1. A Multi-Criterial Theory of Justice: Walzer's Spheres of Justice

Walzer, in the book called *Spheres of Justice* (1983) (henceforth, *SJ*), develops a pluralist or a multi-criterial theory of justice constructed on the ideas of *plurality of spheres* and *complex equality* –that, in short, refers to “the diversity of

---

\* Research Assistant, Philosophy and Sociology of Law, Selçuk University Law Faculty at Konya

distributive criteria that mirrors the diversity of social goods"<sup>1</sup>— as opposed to the theories of justice based on a single distributive criterion. Walzer's theory, in his own words, is '*radically particularist*'<sup>2</sup> and thus an alternative to both the abstract and the universal theories of distributive justice; in particular, an alternative to the utilitarian and rights-based distributive theories of justice,<sup>3</sup> more specifically to "the predominant liberal (and potentially also socialist) trend in recent American political philosophy represented by the highly influential works of John Rawls and Ronald Dworkin."<sup>4</sup> Canovan states,

Although Walzer sets out to describe a just society, this is not intended as a utopia, equally relevant everywhere and nowhere. On the contrary, it is meant to be practical possibility in the USA now [in the 1980's], resting on principles already latent in citizens' 'shared understandings of social goods.'<sup>5</sup>

Walzer's major objection to universal and abstract theories, particularly to Rawls' theory, may be summarised as follows: he argues that democratic, egalitarian, and liberal ideals are incapable of being fulfilled by institutional arrangements.<sup>6</sup> Walzer criticises Rawls (though without mentioning his name) by accusing him of believing that there is a single system of distribution, "the one that ideally rational men and women would choose if they were forced to choose impartially, knowing nothing of their own situation, barred from making particularist claims, confronting an abstract set of goods." Walzer believes that

It is surely doubtful those same men and women, if they were transformed into ordinary people, with a firm sense of their own identity, with their own goods in their hands, caught up in everyday troubles, would reiterate their hypothetical choice or even recognize it as their own. The problem is not, most importantly,

---

1 Walzer, M (1983), *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality* (Oxford Basil Blackwell), p. 18

2 Walzer (1983) SJ, p. xiv

3 See Ignatieff, M. (1985), "Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality. By Michael Walzer" (Book Review), *Political Quarterly*, Vol. 56, No.1, p. 91

4 Dunn, J.(1983), "Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality. Michael Walzer", *New Society*, Vol.66, No. 1100, p.453; Nancy Rosenblum, in her review article of Walzer's *Spheres of Justice*, writes that "the book is 'a declaration of distributive independence' that differentiates him from socialists and egalitarians ...also ... from libertarians." (1984), "Moral Membership in A Post Liberal State", *World Politics*, Vol. 36, No. 4, p. 581; Like the others, Michael Rustin says that the "book seeks to move argument about justice away from the individuals and contractual foundations which it has been given by ...Robert Nozick and John Rawls." (1985), *For a Pluralist Socialism* (London: Verso), p.77

5 Canovan, M. (1983), "Sharing Walzer's Understandings", *Government and Opposition*, Vol. 18, No. 4, p. 491

6 See Rosenblum, M. (1984), "Moral Membership in A Post Liberal State", *World Politics*, Vol. 36, No. 4, p. 589

with the particularism of interests, which philosophers have always assumed they could safely –that is, uncontroversially– set aside.<sup>7</sup>

However, Walzer assumes that ordinary people may also disregard their own interest for the sake of higher interests, for example, of the public interest or of the common good. According to him, the greater problem is with historical and cultural particularism and with membership in a political community. Even in that case, the question which would arise in the minds of members of a political community is not “What would rational individuals choose under universalising conditions of such-and-such sort? But rather, What individuals like us would choose, who are situated as we are, who share a culture and are determined to go on sharing it? And this question that is readily transformed into, What choices have we already made in the course of our common life? What understandings do we (really) share?”<sup>8</sup> These are the questions that determine the scope of Walzer’s book, *SJ*

### 1.1. A Communitarian Account of Justice: Historical and Cultural Particularism in Walzer’s Theory of Justice

Walzer presumes that ‘justice is a human construction.’ He believes that there are many different way of living, shaped by different cultures, religions, political arrangements, geographical conditions, and so on. Therefore a particular society is just if and only if its substantive life is lived in a certain way that is faithful to the shared understandings of the members of that society.<sup>9</sup>

His book, *SJ*, an account of the spheres, principles, and the criteria of distributive justice, primarily relies “on a wide anthropological and historical investigation”<sup>10</sup> alongside the interpretations of the contemporary patterns of distribution in his own society and in some others.<sup>11</sup> He argues that “history displays a great variety of arrangements and ideologies” of distribution of social goods, but philosophers impulsively resist this ‘world of appearances’, and “search for some underlying unity: a short list of basic goods, quickly abstracted to a single good; a single distributive criterion or an interconnected set,” as they, at least symbolically, stand at a single decision point. Walzer accepts that a philosophical impulse of this kind is unavoidable, for, even when we attempt to produce a pluralist theory of justice, we still need to provide a coherent defence in the sense that the principles that such theory proposes must justify our choice and set limits to it. This is be-

<sup>7</sup> Walzer (1983) *SJ*, p. 5

<sup>8</sup> Walzer (1983) *SJ*, p. 5

<sup>9</sup> Walzer (1983) *SJ*, p. 313

<sup>10</sup> Ignatieff (1985), p. 91; also see Galston, W. A. (1984), “Walzer, Michael. Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality.” *Ethics*, Vol. 94, No. 2, p. 329

<sup>11</sup> Walzer (1983) *SJ*, p. xiv

cause, he believes, "pluralism does not require us to endorse every proposed distributive criteria or to accept every would-be agent." He claims that to search for unity is to misunderstand the subject matter of distributive justice:

Conceivably, there is a single principle and single legitimate kind of pluralism, but this would still be a pluralism that encompassed a wide range of distributions. By contrast, the deepest assumption of most of the philosophers ... from Plato onward is that there is one, and only one, distributive system that philosophy can rightly encompass<sup>12</sup>

According to him, there are no universal laws of justice; rather justice is a product of a particular community at a particular time, the account that must be given from within such a community.<sup>13</sup> In different historical and cultural settings, political arrangements enforce and ideologies justify different distributions of social goods such as membership, security and welfare, political power, social office, honour, kinship and love. There is no single point of access to this world of distributive arrangements and ideologies: neither a single universal medium of exchange, nor a single decision point, nor a single set of agents making these decisions. Moreover, "no state power has ever been so pervasive as to regulate all the patterns of sharing, dividing, and exchanging out of which a society takes shape", and furthermore, "there has never been a single criterion, or a single set of interconnected criteria, for all distributions." What abstract theories suggested as single distributive criterion (desert, qualification, need, or free exchange are among them), Walzer asserts, "each has had its place, along with many others uneasily coexisting, invoked by competing groups, confused with one another." The questions that the theories of distributive justice must deal with admit a range of answers, and Walzer believes that there is room within the range for cultural diversity and political choice. It is not only a matter of implementing some singular principle or set of principles in different historical settings, yet no one would deny, in Walzer view, that there is a range of morally permissible implementations.<sup>14</sup>

Carens questions whether this picture drawn by Walzer, —of the moral autonomy of political communities— is true to the moral standard that Walzer himself invokes, namely our shared understanding of justice. He raises two major arguments. The first is related to "the kinds of judgements we make regarding justice." The second is the question: "who constitutes 'we' making the judgements"? Regarding the first, he points out that our understanding of justice sometimes requires us to criticise, as well as to respect, the institutions and policies of political communities to which we do not belong. Regarding the second, he argues that the

---

12 Walzer (1983) SJ, pp. 4-5

13 Miller, D. (1995), "Introduction", in *Pluralism, Justice and Equality*, Ed. by D. Miller and M. Walzer (Oxford University Press), p. 2

14 Walzer (1983) SJ, pp. 4, 5-6



'we', who make these judgements, may correspond to the members of a political community, but sometimes they may also constitute a moral community, wider or narrower than our political communities assumed as nation-states."<sup>15</sup> As we will discuss below, we agree with Carens on the latter point but we do not think that Carens is right in relation to the former view. Like Miller, we believe that "Walzer's general approach to justice ... does not mean that a philosopher may not also be critic of his society. What it does mean is that he or she must be a 'connected critic', a critic who attacks existing institutions and practices not by invoking some abstract principles but by highlighting the divergences between the ethical code espoused by his or her society and what actually takes place there."<sup>16</sup> In other words, a philosopher must try to remove the inconsistencies between the normative ideals and the practices of a society at a certain time instead of proposing *new* ideals that are alien to the cultural values and shared understandings of that society.

## 1.2. Plurality of Distributive Spheres

Walzer's account of distributive justice is not only a reflection of the cultural diversity and moral autonomy of political communities but is also pluralist in the sense that, even in the same society, there are many different distributive spheres deriving from a shared understanding of the social goods in question. Different social goods each embodied in a different distributive sphere "ought to be distributed for different reasons, in accordance with different procedures, by different agents."<sup>17</sup> For example, "the criteria used to determine who should get public honours, say, will not be the same as the as the criteria used to determine who should get medical care."<sup>18</sup>

In *SJ*, although not intending to provide a complete list, Walzer introduces eleven such spheres and tries to identify what their common meaning and correspondingly their *internal* criteria, which govern the distribution within each sphere, are or should be in the United States at the time in which he lives. We will not take up and describe all these distributive spheres in detail, but briefly explore some and simply name the others and their distributive criterion (or criteria).

**The sphere of *membership*:** Walzer thinks that a theory of social justice should begin with an account of membership rights<sup>19</sup> for its primary good is membership in some human community. He assumes that "the idea of distributive justice presupposes a bounded world within which distributions takes place: a group

15 Carens, J. H. (1995), "Complex Justice, Cultural Difference, and Political Community", in *Pluralism, Justice and Equality*, Ed. by D. Miller and M. Walzer (Oxford University Press), p. 45

16 Miller (1995), p. 3

17 Walzer (1983) *SJ*, p. 6

18 Miller (1995), p. 2

19 Walzer (1983) *SJ*, p. 63

of people committed to dividing, exchanging, and sharing social goods, first among themselves." Walzer believes that this distributive world is the political community whose members distribute power to one another and avoid sharing it with anyone else.<sup>20</sup> He says that "membership as a social good is constituted by our understanding; its value is fixed by our work and conversation; then we are in charge ... of its distribution." Walzer claims that membership in a political community must be equally open to those who live within its territory or, at least, work in the local economy and are subject to local law.<sup>21</sup> However, the distribution of membership is not pervasively subject to the constraints of justice. States are free to take in strangers (or not), since the right to choose an admissions policy is more basic than, say, the choice to share its wealth with foreigners or to honour the achievements of foreign artists, scholars and scientists. Therefore admission and exclusion, according to Walzer, are at the core of communal independence, for these suggest the deepest meaning of self-determination. He does not think that self-determination is absolute: "It is a right exercised, most often, by national clubs or families, but it is held in principle by territorial states. Hence it is subject both to internal decisions by the members themselves (all the members, including those who hold membership simply by right of place) and to the external principle of mutual aid."<sup>22</sup>

**The sphere of *security and welfare*:** According to Walzer, what the members of a political community owe to one another (but to no one else in the same degree) is the communal provision of security and welfare that is provided on the basis of need with a level of welfare chosen by the members of the political community. The survival and then the well-being of the members of community "require a common effort: against the wrath of the gods, the hostility of other people, the indifference and malevolence of nature." According to Walzer, this common provision is both general, in the sense that funds are spent so as to benefit all or most of the members regardless of individual distributions, and particular, in the sense that goods are actually handed over to all or any of the members.<sup>23</sup> Walzer explains,

Distributive justice in the sphere of welfare and security has a twofold meaning: it refers, first, to the recognition of need and, second, to the recognition of membership. Goods must be provided to needy members because of their neediness, but they must also be provided in such a way as to sustain their membership.<sup>24</sup>

---

20 Walzer (1983) SJ, 31

21 Walzer (1983) SJ, pp. 35, 60

22 Walzer (1983) SJ, pp. 61-62

23 Walzer (1983) SJ, pp. 64-66

24 Walzer (1983) SJ, p. 78

**The spheres of *money and commodities*:** Money and commodities, in Walzer's view, are distributed by the market (or economic system) according to the skill and luck of those who take part in it.

**The sphere of *office*:** "Citizenship is the first office, the crucial social and political 'place' and the precondition of all others."<sup>25</sup> In the sphere of office, Walzer argues, equal consideration should apply in every point of selection, not only among candidates, but also among candidates for training. According to him, offices and public honours must be distributed on the basis of talent for the task to be performed. He says that "distribution of offices is not a matter of individual or small group discretion. Offices cannot be appropriated by private persons, passed down in families or sold on the market."<sup>26</sup> Rather, committee work is essential in distribution of offices, and "that work is subject to legal constraints aimed at ensuring fairness and something like objectivity: equal consideration to equally serious candidates." In order to fulfil this task, committees are constrained in two ways. First, they must give equal consideration to every qualified candidate, and, second they must take into account only the relevant qualities of candidates.<sup>27</sup> In short, in the distribution of offices communal control and individual qualification are necessary and the basic principle is fairness. Walzer claims we must therefore endure the rule of majorities and then of state officials and the authority of qualified individuals. Here, the principle of equality of opportunity is a standard in the distribution of most jobs but not of all jobs; there are some desirable jobs that fall outside this system and that are controlled by private individuals and groups. The existence of such jobs opens the way to a kind of success for which individuals do not need to qualify, and these jobs do not have to be distributed 'fairly'<sup>28</sup> but are distributed on the basis of some other criteria.

**The sphere of *hard work*:** Walzer claims that hard work is distributed in accordance with the basic redefined criteria, such as worker participation and management, higher wages, or national conscription, to add to societal respect for such tasks. He says, "we can share and partially transform hard work through some sort of national service; we can reward it with money or leisure; we can make it more rewarding by connecting it to other sorts of activity –political, managerial, and professional in character. We can conscript, rotate, cooperate, and compensate; we can reorganise the work and rectify its names ... but we will not have abolished hard work; nor will we have abolished the class of hard workers."<sup>29</sup>

---

25 Walzer (1983) SJ, p. 144

26 Walzer (1983) SJ, p. 129

27 Walzer (1983) SJ, p. 142

28 Walzer (1983) SJ, pp. 163-164

29 Walzer (1983) SJ, p. 183

**The spheres of free time, kinship, love, and Divine Grace:** These are distributed, respectively, on the basis of free choice, loving and familial ties, and respect for God, in order to be experienced and enjoyed by the members of a free society as individuals, families, and ecclesiastical bodies, with minimal or no interference by the political community.<sup>30</sup>

**The sphere of education:** Walzer believes that education must be formed to the interests and capacities of individual recipients or students.<sup>31</sup> On the one hand, basic education (that is, at a level high enough to prepare everyone for citizenship) should be distributed according to simple equality. On the other hand, higher education and specialised education must be distributed according to capacity and talent and must be available to all that have the capacity to benefit from it.<sup>32</sup>

**The sphere of recognition:** Walzer says that "honors are like commodities; they circulate among individuals through exchange, extortion, and gift; supply is only clumsily and inadequately responsive to demand. There is no welfare state, no redistribution of wealth, no guaranteed minimum. ... And this appears to be the best possible arrangements." However, he believes that this "is only a part of the truth. For alongside the individuals distributions, there are variety of collective distributions: reward, prizes, medals, citations, wreaths of laurel" that must be distributed in accordance with desert and by both state officials and privately organised societies, foundations, and committees. He goes on to say,

All sorts of achievements are or can be honored; those that are useful to the state, those that are socially useful, and those that are simply memorable, superior, distinguished, or exciting. So long as the choice conforms to some objective measure; so long as it isn't a matter of individual will or whim, we can properly think of it as a form of public honoring. The standard is desert, and what is being rewarded is merit: this or that performance, accomplishment, good deed, job well-done, fine piece of work attributed to an individual or a group of individuals.<sup>33</sup>

**The sphere of political power:** Political power is the most significant and also the most 'dangerous' sphere, in that coercive power is distributed by arguing and voting, by election of those who are skilled to debate and, or at least, to build coalitions.<sup>34</sup> Walzer argues that "this [political power] is not one among the goods that men and women pursue; as state power, it is also the means by which all the different pursuits, including that of power itself, are regulated. It is the crucial

---

30 Kahn, R. (1984), "Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality" (Review Article), *American Political Science Review*, Vol. 78, No. 1, p. 289

31 Walzer (1983) SJ, p. 207

32 See Kahn (1984), pp. 289-290

33 Walzer (1983) SJ, pp. 259-260

34 Walzer (1983) SJ, p. 305; Kahn (1984), p. 290

agency of distributive justice; it guards the boundaries within which every social good is distributed and deployed.”<sup>35</sup> In Kahn’s words, for Walzer, the sphere of political power is the forum to decide the distributive criteria in all spheres of distribution. However, it is limited by constitutional principles and by social convention that require a public-private distinction, for example in the spheres of kinship and love and Divine Grace.<sup>36</sup>

Walzer acknowledges that political power can be used to prevent tyrannies but it may also be used to establish them. In his words, “political power protects us from tyranny ... and itself becomes tyrannical. It is for both these reasons that power is so much desired and so endlessly fought over.”<sup>37</sup> Therefore, he believes that there must be limits on the use of state power: what he calls *blocked uses of power* that can be presented in the form of a list in a particular society at a certain time.<sup>38</sup> Walzer says that we usually think of these limits in terms of freedom, but they also have powerful egalitarian effects. According to him, these limits fix the boundaries of the state and of all other spheres vis-a-vis sovereign power. However, Walzer argues, limited government does not tell us who governs. It might be a king, a despot or a capitalist executive committee. For he thinks that power is not something that one can keep to oneself or admire in private; it should be possessed by those who best know how to use it or those who most immediately experience its effects.<sup>39</sup>

What can be drawn from such an approach is that, in short, Walzer holds that the best account of distributive justice is an account of its parts, that is, of the *social goods* and their distinct *spheres of distribution* just sketched.<sup>40</sup> Tyranny and injustices occur when, in a certain sphere, criteria of distribution other than those that are internal to that particular sphere are used.

As was briefly mentioned above, we agree with Walzer that no single principle or set of principles of justice alone can be set precisely for all the distributions of goods throughout the whole distributive world. There must, as he insists, be different spheres to which different principles apply. However, unlike Walzer, we do not intend to claim that each principle of justice and/or distributive criterion must necessarily be dependent on the meanings of particular social goods in a particular society and at a given time and must differ from one society to the next society. For example, although we agree that we may not find any single principle for (or un-

---

Walzer (1983) SJ, p. 281

Kahn (1984), p. 290

Walzer (1983) SJ, p. 281

Walzer (1983) SJ, p. 283

Walzer (1983) SJ, pp. 284-285

Walzer (1983) SJ, p. 312

derstanding of) money and commodities for distributing, or say, limiting, or taxing wealth, we believe that there might be some such principles. For example, "an equality principle based on the basic human needs" (which is, we believe, intrinsic to human nature, not dependent on the meaning of any particular good it creates) can be assumed, in a sense, as a universal distributive principle of justice. That is to say that the spherical diversity plays a role, but a smaller role than Walzer seemingly allocates to it. In short, as Gutmann points out, "although a just society would not distribute social goods according to a single master principle, it would not do so according to the standards of complex equality either. Social justice is more complex than complex equality admits."<sup>41</sup>

### 1.3. Distributive Justice as 'an Art of Differentiation'\*

We have seen that, in Walzer's view, justice is entirely contextual and specific to the meaning of a particular good, and indeed to an ethic arising from the meanings of social goods. The relativity of it, he asserts, follows from the classic non-relative definition, *giving each person his due*, as much as it does from his proposal, distributing goods for *internal* reasons. These formal definitions, according to him, should historically be completed<sup>42</sup> and filled because "[d]istributions are just or unjust only in a particular setting, with regard to particular people who share an understanding of goods and purposes."<sup>43</sup> He says that "there cannot be a just society; until there is a society,"<sup>44</sup> that is, a just society cannot be worked out as a philosophical artifact, because, if no such society already exists, he believes, no one will ever know it concretely or realise it in fact.<sup>45</sup> In this sense, on the one hand, unless we begin from a society with a determinate mem-

---

41 Gutmann, A. (1995), "Justice Across Spheres", in *Pluralism, Justice and Equality*, Edited by D. Miller and M. Walzer (Oxford University Press), p. 99

\* In Walzer's view, the art of differentiation means that "the idea of distributive justice has as much to do with being and doing as with having, as much to do with production as with consumption, as much to do with identity and status as with land, capital or personal possessions. Different political arrangements enforce, and different ideologies justify different distributions of membership, power, honor, ritual eminence, divine grace, kinship and love, knowledge, wealth, physical security, work and leisure, rewards and punishments, and a host of goods more narrowly and materially conceived - food, shelter, clothing, transportation, medical care, commodities of sort, and all the odd things (paintings, rare books, postage stamps) that human being collect. And this multiplicity of goods is matched by a multiplicity of distributive procedures, agents and criteria. There are such things as simple distributive systems - slave galleys, monasteries, insane asylums, kindergartens (though each of these, looked at closely, might show unexpected complexities); but no full-fledged human society has ever avoided the multiplicity. We must study it all, the goods and the distributions, in many different times and places." Walzer (1983) SJ, pp. 3-4.

42 Walzer (1983) SJ, p. 312

43 Rosenblum (1984), pp. 582-583

44 Walzer (1983), p. 312

45 Walzer (1983) SJ, p. xiv

bership, there will be neither social goods nor shared understandings, because both are relevant to the social world in which they were created and achieved but not to the whole social world. On the other hand, if a society is not politically organised, the study for a theory of distributive justice is a meaningless activity, since the state (in the modern sense) is the only organisation to maintain the boundaries of distributive spheres of justice.<sup>46</sup>

As has already been indicated, although Walzer rejects an exclusively libertarian, meritocratic, or socialist (need-based) solution to the problem of distributive justice, he presumes that each of these approaches can be appropriate to a particular distributive sphere. For example, he asserts that, in his own society, *free exchange* is appropriate within the sphere of commodities, as is merit within the sphere of specialised or professional education and need within the sphere of security and welfare.<sup>47</sup>

As he appeals to the classic non-relative definition, he refers to the idea that a society is just when specific human qualities obtain the respect due to them, through the autonomy of each sphere. Men and women create and inhabit meaningful worlds. We should therefore introduce justice to them by respecting their particular creations. And they should be able to claim justice and resist injustices and tyrannies by insisting on the meaning of the social goods they create, possess and distribute. This means that

Justice is rooted in the distinct understandings of places, honors, jobs, things of all sorts, that constitute a shared way of life. To override those understandings is (always) to act unjustly.<sup>48</sup>

Tyranny and injustice arise when one sphere of values invades another's domain, in particular when a single dominant one-dimensional system invades the autonomy of many spheres,<sup>49</sup> as claimed by the universal theories. When some people who have established a monopoly in a certain sphere achieve the dominance of their good over other social goods—for example, the wealthy convert their money (dominant in the market) into other opportunities and privileges, say, to acquire political power, to buy public office or to purchase honour—Walzerian distributive justice as complex equality come into play to neutralise these sorts of dominance.

Social justice should be considered, in Walzer's view, as the respect due not only to individual human qualities but also to the virtues embodied in different

(1985), p. 4

(1984), "The Limits of "Complex Equality"", *Harvard Law Review*, Vol. 97, No. 7, p

(1983) *SJ*, p. 314

(1980), p. 76

ways of life. Each political community creates its own social goods whose meanings differ from one to the next. In a just society, then, according to Walzer, the autonomy of these different spheres and their own distinctive meanings must be respected, and they should not be subject to invasion or contamination from other spheres of distribution.<sup>50</sup>

Walzer's proposition is that the principles of justice must be pluralistic in terms of the idea that "different social goods ought to be distributed for different reasons, in accordance with different procedures, by different agents." As has been noted earlier, Walzer presumes that "all these differences derive from different understandings of the social goods themselves –the inevitable product of historical and cultural particularism."<sup>51</sup> It is obvious that in Walzer's account of distributive justice, the meanings of the social goods play the most determinative role, and therefore he introduces a theory of goods.

Before going into his specific theory of goods, let us make a general remark concerning the main idea just outlined. As Walzer himself clearly indicates, his argument should be taken as 'radically particularistic,'<sup>52</sup> rejecting any kind of universal claims about principles of justice. However, it seems to us that his project is indeed extremely particularist when he refuses to search for any fundamental single principle of justice –in other words, when he considers different distributive criteria for different distributive spheres– but we doubt if he is so when he makes a general claim that there is a crucial relationship between the meanings of social goods and their distributive criteria. We do not claim that there is no relationship between the meanings of goods and their distributive criteria, but we wonder if that is all. We agree with Gutmann when she says that the meanings of many social goods are multiple, and that these multiple meanings can sometimes conflict and can lead us to look for moral considerations that are not internal to spheres. It is arguable that many relevant considerations cut across distributive spheres. For example, individual responsibility and equal citizenship are both relevant considerations in distributing medical care, but neither is specific to that sphere. We should accept that there may be some moral considerations relevant to distributive principle but not internal to any specific sphere, which must be taken into account before deciding how to distribute these social goods.<sup>53</sup> So, in our perspective also, distributive justice is complex, but its complexity is not limited to meanings of social goods specific to each sphere. In his recent article, Walzer also clearly admits that 'spheres' is a metaphor. There is not one social good to each sphere, nor one sphere

---

50 Rustin (1985), p. 79

51 Walzer (1983) SJ, p. 6

52 Walzer (1983) SJ, p. xiv

53 Gutmann (1995), p. 99-100



to each good.<sup>54</sup> According to him, a complete autonomy among distributive spheres is impossible: “What happens in one distributive sphere affects what happens in the others; we can look, at most, for a relative autonomy.”<sup>55</sup> However he holds that even though the theory derives from moral considerations (i.e., from a view of persons rather than of the things they make) and establishes limits on how these persons may be treated, this may still take different forms concerning this or that good in this or that place, with different consequences for distributive arrangements. In short, although Walzer accepts that “ideas about personal responsibility play a part in all ... distributive decisions,” he denies that they may serve as general principles of distribution.<sup>56</sup>

### 1.3.1. Theory of goods

We now turn to Walzer’s particular theory of goods. He begins by taking the classical proposition –the social process focused by the theories of distributive justice: ‘*people distribute goods to (other) people.*’ Walzer presumes that this is too simple an explanation and understanding of what happens in real world and is likely to lead us too quickly to make large assertions about human nature and moral agency. He therefore formulates, in his terms, “a more precise and *complex* description of the central process”, which is, “*people conceive and create goods, which they then distribute among themselves.*” According to this proposition, the social goods with their meaning –and only because of their meaning- are the crucial medium of social relations:

They come into people’s mind before they come into hands; distributions are patterned in accordance with shared conceptions of what the goods are and what they are for. Distributive agents are constrained by the goods they hold; one might almost say that goods distribute themselves among people.<sup>57</sup>

Walzer rejects the idea that there might be such things as *primary goods* that can be abstractly desired and distributed to different spheres regardless of the specific society. However, he maintains that each social good should be distributed according to its own distributive principle arising from a common understanding of the good in a given society. By claiming so, as we have seen, he does not deny the importance of human agency, but wishes to “shift our attention from distribution itself to conception and creation: the naming of goods, and the giving the meaning, and the collective making.” Walzer says, “What we need to explain and limit the

---

<sup>54</sup> Walzer (1995), p. 282

<sup>55</sup> Walzer (1983) SJ, p. 10

<sup>56</sup> Walzer (1995), pp. 293-294

<sup>57</sup> Walzer (1983) SJ, pp. 6-7

pluralism of distributive possibilities is a theory of goods."<sup>58</sup> He summarises the theory of goods in six propositions:

(1) All the goods with which distributive justice should be concerned are created socially and differ from one community to the next. (2) People acquire concrete identities because of the way they conceive, create, possess and employ social goods. (3) No single good or set of primary or basic goods is conceivable across all moral and material worlds. (4) The meaning of the goods shared by the agents involved determines the movement of the goods, thus, just and unjust distributions are relative to the social meanings of the goods in question. (5) The social meanings of goods are historical in character, and therefore just and unjust distributions change over time. (6) Because meanings of goods are distinct, distribution of them must also be distinct and thus autonomous. Each social good or set of goods creates its own distributive sphere within which only certain criteria and arrangements are appropriate.<sup>59</sup>

The main claim here is that once we know which social good is to be distributed, then we also know how we should distribute it: to whom and by what means. For instance (if we return to examples some given above), when we know that something is a *commodity*, we also know that we should distribute it according to *free exchange* through the market, if *medical care* is the social good to be distributed, the criterion should then be *need*; or in the case of *education*, the distributive criteria are simple *equality* at the basic level and *capacity to benefit* at a higher level. If there is a conflict or disagreement about a distributive criterion, this in fact reflects the disagreement about the nature of the social good itself; so we should settle the latter issue first, in order to solve distributive question.<sup>60</sup>

### 1.3.2. Dominance and monopoly

As we have seen above, Walzer admits that, when we look at actual societies, what we will see is that there is no society today in which social meanings are exclusively distinct:

What happens in one distributive sphere affects what happens in the others; we can look, at most, for relative autonomy. But relative autonomy, like social meaning, is a critical principle, ... indeed ... a radical principle. It is radical even though it doesn't point to a single standard against which all distributions are to be measured. *There is no single standard. But there are standards ... for every social good and every distributive sphere in every particular society; and these standards are often violated, the goods usurped, the spheres invaded, by powerful men and women*<sup>61</sup> (italics added).

---

58 Walzer (1983) SJ, p. 7

59 Walzer (1983) SJ, pp. 7-10, and also see Mullenix (1984), pp. 1803-1804

60 Miller, (1995), p. 5

61 Walzer (1983) SJ, p. 10

When we respect social meanings, says Walzer, distributions can not be coordinated, either with reference to the general happiness or with reference to anything else.<sup>62</sup> In this sense he argues against and rejects monopoly and dominance.<sup>63</sup> Walzer asserts that dominance is a basic feature of tyranny and can be “ruled out only if social goods are distributed for distinct and ‘internal’ reasons.”<sup>64</sup> The absence of domination, he believes, is freedom—the principle of relevant reason.<sup>65</sup> He outlines three types of criticism of existing distributions: The first, which we may call *the critique of monopoly*, claims that whatever the dominant good is, it “should be redistributed so that it can be equally or at least more widely shared”; that is a way of saying that ‘monopoly is unjust.’ The second critique, which can be called *the critique of dominance*, is that “the way should be opened for the autonomous distributions of all social goods”; that is a way of saying that ‘dominance is unjust.’ The third critique, the *critique of the existing pattern of monopoly and dominance*, is that “some new good, monopolised by some new group, should replace the currently dominant good” that is to say that “the existing pattern of dominance and monopoly is unjust”<sup>66</sup>.

### 1.3.3. Single equality

Walzer primarily focuses on the second claim, for he thinks that this claim best captures “the plurality of social meanings and the real complexity of distributive systems.”<sup>67</sup> In Walzer’s view, simple equality is, in Galston’s words, presumably unattainable, but definitely unsustainable, and the quest for it generates into dangerous tyrannies.<sup>68</sup> In order to show why the idea of *simple equality* does not work as a distributive principle of justice in free societies and how it would invite tyranny, Walzer asks us to

imagine a society in which everything is up for sale and every citizen has as much money as every other. I shall call this the “regime of simple equality.” Equality is multiplied through the conversion process, until it extends across the whole range of social goods. The regime of simple equality won’t last for long,

---

2 Walzer (1983) SJ, p. xv

3 Walzer distinguishes between monopoly and dominance. According to Walzer “*dominance* describes a way of using social goods that isn’t limited by their intrinsic meanings or that shapes those meanings in its own image. *Monopoly* describes a way of owning or controlling of social goods in order to exploit their dominance.” Walzer (1983) SJ, pp. 10-11

4 Walzer (1983) SJ, p. xv

5 Galston (1984), p. 330

6 Walzer (1983) SJ, p. 13

7 Walzer (1983) SJ, p. 13

8 Galston (1984), p. 330

because the further progress of conversion, free exchange in the market, is certain to bring inequalities in its train<sup>69</sup>.

In such societies, says Walzer, although a continual state power can break up or constrain incipient monopolies and repress new forms of dominance, the power itself can be monopolised by the those people who want to consolidate their control of other social goods and can become the central object of competitive struggles. Or it is likely that the state can be monopolised by its own agent due to *the iron law of oligarchy*. Politics, says Walzer, "is always a direct path to dominance and political power ... is probably the most important, and certainly the most dangerous good in human history."<sup>70</sup> To handle this dilemma, Walzer suggests a 'complex egalitarian society' that divides the spheres of control by narrowing "the range within which particular goods are convertible" into power in other spheres. He acknowledges that *small inequalities* may remain, but "inequality will not be multiplied through the conversation process." The result, as Mullenix asserts, "should be greater equality with no accompanying abridgement of individual liberty. Instead of seeking to control human behaviour, Walzer argues, we need only respect the boundaries between spheres."<sup>71</sup> That is what the *regime of complex equality* is for.

#### 1.3.4. Complex equality

*Complex equality*, as was mentioned, is opposed to the idea that social justice consists of a single master principle, one whose application determines the distribution of all social goods.<sup>72</sup> The argument of complex equality, Walzer says, begins from our actual, concrete, positive, and particular understanding of various social goods. Since he views complex equality as complex relations among persons mediated by social goods, he thinks that distributive criteria must reflect this existing diversity both of individuals and of social goods.<sup>73</sup> Walzer assumes that "there are ready and natural conversations that follow from, and are intuitively plausible because of, the social meaning of particular goods." The appeal should be to our ordinary understanding as it is, against our *common acquiescence* in illegitimate conversion patterns. When we consider the need criterion as a single distributive principle, Walzer says, it is odd to think that political power, offices, and honour can be distributed according to need of candidates: for instance, to ask a search committee looking for a hospital director to make its choice on the basis of

---

69 Walzer (1983) SJ, p. 14

70 Walzer (1983) SJ, p 15

71 Mullenix (1984), p. 1805

72 Gutman (1995), p. 100

73 Walzer (1983) SJ, p. 18

the needs of the applicants.<sup>74</sup> However the need criterion makes moral sense when it is applied to the distribution of health care, social security, and some other welfare measures. If its application is extended to all social goods, the principle of need would establish a kind of tyranny in society, the tyranny of needy; but its application within a more specific sphere –namely the sphere of welfare– would help to achieve justice, not tyranny.<sup>75</sup> So the disregard of the principles internal to each distributive sphere causes tyranny that is opposed to what Walzer calls “the regime of complex equality.”<sup>76</sup> The role of the regime of complex equality is, then, to establish a set of relationships such that domination by any single good or principle is impossible. Walzer thinks that tyranny is always specific to a particular boundary that is crossed, a particular violation of social meaning, and asserts that complex equality should rather mean defence of the boundaries:

It works by differentiating goods just as hierarchy works by differentiating people. But we can only talk of a *regime of complex equality* when there are many boundaries to defend.<sup>77</sup>

What complex equality should mean, in practice, is that “any citizen’s standing in one sphere or with regard to one social good cannot be undercut by his standing in some other sphere, with regard to some other social good.”<sup>78</sup> That is, those who succeed in one sphere, in relation to the internal criteria, will not necessarily be the same individuals who succeed in any other.<sup>79</sup> However, monopolies may be appropriate within a particular distributive sphere. The idea is not so much to prevent them as to prevent political power, wealth and office from carrying all the other social goods in their train.<sup>80</sup>

Walzer says that this way of assuming dominance and domination points toward an open-ended distributive principle: “no social good *x*, should be distributed, to men and women who possess some other good *y* merely because they possess *y* and without regard to the meaning of *x*.” He takes into consideration the three such criteria -three traditional methods of distribution- that, it seems to him, “appear to meet the requirement of this open-ended principle, and have often been de-

---

<sup>74</sup> Gutmann (1995), p 100; Walzer (1983) SJ, p. 25

<sup>75</sup> Gutmann (1995), p. 100

<sup>76</sup> Walzer (1983) SJ, p. 19

<sup>77</sup> Walzer (1983) SJ, p. 28

<sup>78</sup> Walzer (1983) SJ, p. 19; This means that even if citizen *X* has been chosen over citizen *Y*, say, for political office, this does not (or should not) give him any advantages over *Y* in any other sphere –superiority in receiving medical care, or access to better schools for his or her children, or entrepreneurial opportunities, and so on.

<sup>79</sup> Teuber, A.(1984), “Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality” (Review Article), *Political Theory*, Vol. 12, No. 1, p. 118

<sup>80</sup> Teuber (1984), p. 119

fended as the beginning and end of distributive justice": free exchange, desert, and need<sup>81</sup>.

Having examined these three criteria he points out that, as we have seen in the case of the need criterion, each criterion meets the general rule within its own sphere, and not elsewhere, According to Walzer, "this is the effect of the rule of complex equality: *different goods to different companies of men and women for different reasons and in accordance with different procedures*"<sup>82</sup>(italics added).

Walzer asserts that the concept of simple equality is easier to accept than that of complex equality because, in the former case, one dominant good, widely distributed, makes a society egalitarian, with complex equality, on the other hand, there is no certain answer to the question: "How many goods must be autonomously conceived before the relations they mediate can become the relations of equal men and women?" Therefore Walzer believes there is no ideal regime. However, he offers a special way of setting about an egalitarian enterprise, which is, as we know, to distinguish the meanings of social goods and to specify the different distributive spheres. To begin his enterprise, he takes up the political community as a model conception of his distributive community and says that

the political community is probably the closest we can come to a world of common meanings. Language, history, and culture come together (come more closely together here than anywhere else) to produce a collective consciousness. National character, conceived as a fixed permanent mental set, is obviously a myth; but the sharing of sensibilities and intuitions among the member of a historical community is a fact of life.<sup>83</sup>

However, Walzer is aware that political and historical communities are different species, and he accepts that "there may well be a growing number of states in the world today where sensibilities and intuitions aren't readily shared, the sharing takes place in smaller unit." If this is the case (and we believe it is), he is ready to "look for some way to adjust distributive decisions to the requirements of those units."<sup>84</sup>

But this adjustment must itself be worked out politically, and its precise character will depend upon understandings shared among the citizens about the value of cultural diversity, local autonomy, and so on. It is to these understandings that we must appeal when we make our arguments<sup>85</sup>.

---

81 Walzer (1983) SJ, p. 21

82 Walzer (1983) SJ, p. 26

83 Walzer (1983) SJ, p. 28

84 Walzer (1983) SJ, p. 28

85 Walzer (1983) SJ, p. 29

One of the reasons for focusing on the political community is that, in his view, citizens of a political society should be able to recognize the leaders as their own." If they do not, all or some of them will try to replace the leaders by "fighting over the distribution of political power." The fight will, according to Walzer, be shaped by the institutional structures of the community, because he believes that this is the outcome of previous fights, and so present politics is a product of past politics. The only plausible alternative to the political community, he asserts, is humanity itself, a society of nations, the entire globe<sup>86</sup>.

But were we to take the globe as our setting, we would have to imagine what does not yet exist: a community that included all men and women everywhere. We would have to invent a set of common meanings for these people, avoiding if we could the stipulation of our own values. And we would have to ask the members of this hypothetical community ... to agree among themselves on what distributive arrangement and patterns of conversion are to count as just. Ideal contractualism or undistorted communication, which represents one approach ... to justice in particular communities may well be the only approach for the globe as a whole<sup>87</sup>.

However, Walzer thinks that, whatever the hypothetical agreement is, it could make only for simple equality, but not for complex equality. Thus, in seeking for the principles of justice, Walzer limits himself to cities, countries, and states, which have shaped their internal life, he thinks, so as to provide common understandings of social goods. Meanwhile, he is optimistic that his theory of complex equality can, in a limited way, be extended from particular communities to the society of nations. The advantage he believes this extension will have is that "it will not run roughshod over local understandings and decisions. Just for that reason, it also will not yield a uniform system of distributions across the globe, and it will only begin to address the problems raised by mass poverty in many parts of the globe."<sup>88</sup>

## 2. Interpretations of Complex Equality

Walzer's theory of distributive justice has recently been reviewed, criticised and re-interpreted by some influential political theorists and philosophers, and correspondingly revised by Walzer, although in a limited way, in the book called *Plurality, Justice and Equality*. We will not discuss each chapter and each critique here separately, but will try to focus on three main objections to the general idea of complex equality. The first relates the scope of distributive society, the second is about the conception of the person, and the last one concerns the relativity of distributive spheres and their criteria.

---

86 Walzer (1983) SJ, p. 29

87 Walzer (1983) SJ, pp. 29-30

88 Walzer (1983) SJ, p. 30

## 2.1. Cultural Diversity and the Political community

As Miller points out, "on Walzer's view, questions of justice always arise within a bounded political community."<sup>89</sup> We wonder what role Walzer then gives to "different political arrangements and ideologies" when he defines the distributive world as a particular political community—in a sense, as a nation-state. His justification for doing so is that the political community with its national character is the closest we can come to a world of common meanings.

Like Carens, we believe that Walzer is right in drawing our attention to the fact that cultures vary and that justice is a cultural creation.<sup>90</sup> As has been mentioned before, Walzer says that

There are an infinite number of possible lives, shaped by an infinite number of possible cultures, religions, political arrangements, geographical conditions, and so on. A given society is just if its substantive life is lived in a certain way—that is, in a way faithful to the shared understandings of the members.<sup>91</sup>

Nevertheless, the problem is that it is unclear, in Walzer's theory, how much of a role should be given to cultural and ideological differences in a *political* theory of social justice. In our reading, Walzer does not, in fact, clearly answer this question. As we have seen, what he offers is to look at actual societies and interpret the different meanings of the social goods that are created, produced, and distributed by those who live, or at least work, in each particular political society. However, as we will try to show, he fails to show why we have to look particularly at political and not at historical communities, each of which may have a different set of distributive patterns that may be incompatible one another within the same political community. In other words, Walzer does not show us why the cultural diversity should occur only across political societies and not also within them. In short, the main problem of Walzer's pluralist theory of justice is his conceptualisation of the basic distributive sphere, that is, the *political community* itself. In his theory, 'culture' refers falsely to the shared understandings of the citizens of a particular political community, when, in fact, there are an enormous number of conflicting ideological (or, in Walzer's sense, cultural) differences deriving either from local understandings or from universal ideologies belonging to what Walzer calls historical communities smaller or larger than the political community.

Thus, when we define the main distributive society as a political community and do not clearly distinguish between the concepts of nationality and citizenship—in particular, between membership in different historical and cultural groups and

---

89 Miller (1995), p. 4

90 Carens (1995), p. 61

91 Walzer (1983) SJ, p. 313



citizenship of a state— our approach cannot be a pluralist one. Perhaps it could be a *new form of monism*: in Parekh's words, '*limited-localised universalism*.'<sup>92</sup>

We now know that, as Walzer was also aware, that there are growing number of political communities (nation-states) in which "sensibilities and intuitions are not readily shared, and sharing takes place in smaller units," in what he calls 'historical communities.' It seems to us that 'the sharing of sensibilities and intuitions' among the members of historical communities (including ethnic, religious, and other sorts of cultural communities), as Walzer himself admits, 'is a fact of life' in our democratic societies. From this point of view what logically should have followed, in such a pluralist theory, is to take these smaller units more seriously than Walzer does.

We therefore think that a distributive community, in such a pluralist approach, should not be a political community (as it is in Walzer's understanding) exhausted by the notions of citizenship or nationality.<sup>93</sup> In many political communities or independent nation-states there are several historical moral communities such that the meanings of certain social goods they share—for example family ties, love, divine grace and so on—, differ from the common understandings of the goods held by the majority of the citizens in the same political community as well as from the meanings held by the members of other historical communities. As Teuber rightly points out, "since most of us who live in a modern society inhabit not one but several communities, our perceptions of social goods may indeed be shared, but only within and through these smaller communities. Our society may have nothing quite like a collective consciousness and insofar as it does, the collective sensibility may be so thin that it cannot constitute a world of common meanings rich enough to provide the kind of guidance Walzer's view requires."<sup>94</sup> Walzer indirectly answers this question:

when people disagree about the meaning of social goods, when understandings are controversial, then justice requires that the society be faithful to the disagreements providing institutional channels for their expression, adjudicative mechanism, and alternative distributions<sup>95</sup>.

However, Walzer never offers an account of such a process. We acknowledge that it is very difficult to describe and draw lines between such historical or cultural communities, each of which holds a different moral value either universal or specific to the political community in which they exist, or involves a different way of life, cultural background, history, language, or tradition, or constitutes a

---

<sup>92</sup> Parekh, B. (1996), "The Politics of Multiculturalism" (unpublished paper), delivered at the SPT seminar, Sussex University, 16 October 1996.

<sup>93</sup> See Rosenblum (1984), p. 585

<sup>94</sup> Teuber (1984), p. 120

<sup>95</sup> Walzer (1983) SJ, p. 313

distinct ethnic identity, and so on. But this difficulty should not mean that we disregard these cultural settlements as if they did not exist. We all are in fact well aware that they exist, but the dilemma is that, today, we do not know how to determine, differentiate and then respect them (as they are) and their conflicting world-views and traditions in a single society. Although all communitarians and now some liberals agree that these communities with their conflicting ideologies must equally be respected in a just society, there is no agreement on the way how this must be done.

For example a liberal, Kymlicka<sup>96</sup> recognises cultural diversity and distinguishes between multi-nation states and polyethnic states. According to him, cultural diversity arises first from the incorporation of previously self-governing, territorially concentrated cultures into a larger state, which constitutes what he calls the '*national minorities*,'<sup>97</sup> and second, from immigration that constitutes '*ethnic groups*.'<sup>98</sup> He claims that such minorities must be recognised as distinct identities and also be given collective rights and liberties. Kymlicka distinguishes three different sorts of rights: *self government rights*, *polyethnic rights*, and *special representation rights*. However, not every minority, according to Kymlicka, has these three rights, and thus different distribution principles are appropriate for different kinds of minorities. For example, he claims national minorities have a right to self-determination, i.e., to share political power, but polyethnic minorities do not have such rights.<sup>99</sup>

## 2.2. The Conception of Person in a Pluralist Theory of Justice

One of the distinctive feature of Walzer's general approach to justice is that, as Miller points out, his account is closer to the beliefs and understandings of ordinary people than to liberal theories. The liberal conception of the person is an abstract and unrealistic account of men and women in actual societies, in particular, of those who live in a multicultural society. Liberal-universal theories, for the most part, disregard persons' moral attitudes and loyalties as members of moral and cultural communities or do not distinguish them from their allegiances as citizens of political communities, and they detach them from their own cultural experiences. On the contrary, Walzer's conception of the person considers them in their original (social and cultural) contexts, as belonging to a particular culture with shared understandings of social goods and their distributive criteria. Liberal accounts of the person are not appropriate to characterise individuals in our modern multicultural societies. We here argue that the communitarian conception of the

---

96 See Kymlicka, (1995), *The Rights of Minority Cultures*; and (1995), *Multicultural Citizenship*

97 Kymlicka, (1995), MC, p. 10

98 Kymlicka (1995), MC, pp. 10-11

99 Kymlicka (1995), MC, pp. 6-7 and specifically see Chapter 6 for a further argument on these rights.

person is also not an accurate account of individuals in a pluralist society. We claim that each of these conceptions refers to only a part of the self but not the whole. Liberals are concerned with the part of the self that is not socially or culturally shaped, while communitarians give priority to the socially determined part of the self. We believe that these two parts, only when taken together, make an individual a political entity and a social and moral being. We do not live alone in our islands as isolated individuals, but live together with others in a society. It is also true that *not* all our qualifications are intrinsically social and inalienable. We have some common characteristics that do not derive from our particular culture but derive from our nature, because we are natural and physiological beings as well as social beings and culture creators.

Moreover, we also believe that the liberal conception of the person would, as Rosenblum rightly indicates,<sup>100</sup> be an appropriate account of individuals if we all live in a capitalist society and believe in liberalism as a way of life. Nevertheless, there is no society in the world today in which everyone is committed to liberalism as a way of life or enjoys liberal ideals as their own particular private and common ends. There are individuals that belong to different social groups each reflecting the values of a particular culture, religion or ideology, which may or may not be incompatible with liberal culture and its values. However, this does not mean that we have to reject the liberal conceptions of the person altogether. On the contrary, we must take it seriously and understand that a just society is one that satisfies both parts of the self. In other words, individuals as separate entities must be able to achieve their own particular ends while also pursuing their collective ends as particular community members.

Therefore, even in a particularist approach to justice, we should discuss and try to find out if there are any universal (or not socially determined) qualifications of persons and, accordingly, universal rights and liberties. Walzer does not deny that there are at least "two most basic and widely recognised rights of human beings," namely *life and liberty*, although he ignores their importance "in thinking about distributive justice."<sup>101</sup> We believe that each individual must, although in a limited sense, have certain universal rights and, accordingly, claims on justice. According to this view, each individual has certain qualities that are independent of cultural particularities and derive from human nature: for example, the requirement of certain material necessities in order to survive. (we hope everyone would agree that to help survivors of a disaster or to provide food or medical help to one who would not survive long otherwise is, at least, not unjust, even if this may not be assumed as the requirement of justice, although, we think it is one). Walzer in fact does not deny this view; he argues that a state, first of all, must guarantee the

---

<sup>100</sup> Rosenblum (1984), p. 585

<sup>101</sup> Walzer (1983) SJ, p. xv

physical and cultural survival of its members, and he adds that after survival we have to distribute political power. Following this, we argue that a just society must respect the basic individual rights and liberties to the extent that given these rights everyone must be able to survive. Moreover, we also claim that a just state must leave room for the members of cultural communities to achieve their collective ends.

We think that being a particular community member should not (indeed in the case of most communities, cannot) restrict individual identity to membership in that particular community for two reasons. First, any individual, as a human being, should still have certain basic human rights deriving from human nature, such as the right to live. Second, being a member of one particular community may not prevent one from being a member of any other community. This can, although rarely, be extended to the membership of political communities, for example, when an individual carries two passports issued by two different countries; or, in a sense, as is the case among the members of the EU countries now.

Any theory of social justice should then be concerned with human being not only as socially constituted self, but also as free, equal and autonomous individual having the capacity to self-determination and to choose between good lives. We assume that in a pluralist approach to justice the role of the liberal conception of justice is to provide all the capacities that make individuals fully participating members of cultural and/or political communities. Once they have chosen their particular ends, liberal or non-liberal, we have to respect their rational choices. That is to say that, on the one hand, individuals must have certain basic human rights simply because they are human being, and on the other hand, they must be respected as members of cultural communities. This is, first, because we have no alternative but to live in a given community in accordance with its shared morality, and, second, because, as free individuals, we have a right to choose to join or to become members of such communities.

Walzer also considers these different aspects of persons when he discusses the refugee status in modern societies. However, since he defines individuals as only the 'citizens of a political community,' he has nothing to offer to those who do not belong to the nation of that political community. He admits that his argument "does not suggest any way of dealing with the vast numbers of refugees.... On the one hand, everyone must have a place to live, and a place where a reasonably secure life is possible," but surprisingly he also says that "on the other hand, this is not right that can be enforced against particular host states."<sup>102</sup> Rosenblum rightly points out that, in Walzer's view, "there is almost nothing about human rights in his discussion of domestic justice, and Walzer summarily rejects international distributive justice as impracticable." Rosenblum argues that

---

102 Walzer (1983) SJ, p. 50

It is as if a world of sovereign states were so much the only imaginable one that debate with universal socialists, say, was irrelevant; as if the range of international distributive theories currently debated as well as the range of actual international practices -from commerce to charity and scientific exchanges- did not have a significant bearing on a community's own internal distributions. Walzer is able to disregard these matters because of his conviction that moral membership in a community is the greatest good, and that the overriding concern of the community is with its own members.<sup>103</sup>

### 2.3. Relativity of the Meanings of Social Goods and the Distributive Criteria

As we have seen, in Walzer's theory, justice is relative to the meaning of social goods; that is, each social good -because of its meaning shared by the members of society- has its own distributive sphere and the criteria internal to that particular sphere.

Rustin argues that 'a strong programme' for complex equality cannot depend merely on the existence of shared meanings, for both logical and factual reasons. He argues that, for example in USA today, the scope of a sphere depends "on contrasting and conflicting belief systems, not merely on negotiating minor boundary adjustments between existing spheres."<sup>104</sup> Partly, as a response to this claim, Miller suggests that, in Walzer's theory, the claim of "the relationship between the meaning of the good and the distributive justice should not be taken in its strongest and most literal sense. ... We still face the injunction to begin our thinking not with general principles like equality or desert but specific goods like money or education and works upwards from here."<sup>105</sup>

We agree with Rustin on the idea that distinct spheres of justice cannot be determined according to the meaning of social goods solely, which Walzer assumes is the common consciousness of the citizens of the particular community. Miller asserts that "to understand this claim that distributive criteria are intrinsic to social goods, ... [t]he strongest interpretation would be that there is a conceptual link between the meaning of the good and its principle of distribution." Meanwhile, he also states that among "the goods in Walzer's lists, only love, divine grace, and recognition seem clearly to embody such a link" but this "does not seem to be true for money, or medical aid, or education, or political power."<sup>106</sup> we assume that there can be common understandings of social goods, but this does not necessarily

103 Rosenblum (1984), pp. 583-584

104 Rustin, M. (1995), "Equality in Post-Modern Times" in *Pluralism, Justice and Equality*, Ed. by D. Miller and M. Walzer (Oxford: O.U.P), p. 37

105 Miller (1995), pp. 6-7

106 Miller (1995), p. 5

require to believe that there are internal distributive principles for each different social good and *visa versa*.

Furthermore, as Miller argues, it would still be possible to establish a separate distributive criterion for each social good without the requirement of the idea that the criterion should be directly determined by the meaning of that particular good.<sup>107</sup> For example, in the case of medical help, although the principle that medicine should be distributed according to need may be suggested by the nature of medicine itself, Miller believes, it is not entailed by it: "It seems rather that we see medical aid as falling within a class of essential life-supporting goods about which people in contemporary democracies have a strong belief that they should be available to all who need them." Here the relationship between the distributive principle and the meaning of social good is not a conceptual one; "rather it is that once we see what kind of good medicine is, this immediately triggers a particular distributive principle that we see as applying to all goods of that sorts."<sup>108</sup> This last point lead us to believe that the Walzerian determination of spheres is, on the one hand, narrower than necessary in the sense that the idea that 'each good must be distributed according to the meaning of that particular good' unnecessarily limits the scope of distribution to the unworkable pattern of social goods rather than the more general moral standards of justice that may vary within and between societies. On the other hand, it is not in fact faithful to cultural difference in the sense that assuming that each particular good has exactly the same meaning in the entire society disregards the cultural difference between the smaller cultural communities within that particular society.

---

107 Miller (1995), p. 222

108 Miller (1995), p. 6

## MAHKUMİYET KARARININ TECİL EDİLMESİNİN BELEDİYE BAŞKANI SEÇİLME YETERLİĞİNE ETKİSİ

Arş. Gör. Cemil KAYA\*

### GİRİŞ

Ceza hukukunda, “erteleme, işlediği suçtan dolayı mahkum edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu süre içinde yeniden bir suç işlemediği takdirde suçun ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır” diye tanımlanabilir<sup>1</sup>. Diğer bir ifadeyle, cezanın askıya alınması anlamına gelen tecil<sup>2</sup>, aynı zamanda cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir şahsileştirme kurumudur<sup>3</sup>.

Seçilme yeterliği (eligibility), kanunun aramış olduğu ilgili koşulları taşımayı ifade eder<sup>4</sup>. Seçilme yeterliği şartları, sadece seçim işlemiyle ilgili birer ön şart olmayıp, seçildikten sonra da sürekli olarak varlığı gereken şartlardır<sup>5</sup>. Mahkumiyet hali de belediye başkanı<sup>6</sup> seçilme yeterliği (olumsuz) şartıdır. Seçilme yeterliğine etki eden mahkumiyet hallerini düzenleyen Belediye Kanunu’nun 91. maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir<sup>7</sup>. Bununla birlikte Danıştay, mahkumiyet nedeniyle seçilme yeterliğini kaybeden belediye başkanlarının görevini sürdürmesine olanak tanımamış, bu konuda Mahalli Seçim Kanununun 9 ve Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddelerine göre belediye başkanının seçilme yeterliğini kaybetmiş olup olmadığına bakmıştır.

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

1 DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. III, İstanbul 1994, s. 11.

2 JOWITT Earl – WALSH Clifford, Jowitt’s Dictionary of English Law, c. II, London 1997, s. 1734.

3 YCGK., E. 97/3-146, K. 97/156, KT., 10.6.1997, YKD., c. 23, Kasım 1997, sy. 11, s. 1792. Aynı yönde bkz. YCGK., E. 96/9-73, K. 96/84, KT., 16.4.1996, YKD., c. 22, Ekim 1996, sy. 10, s. 1628; YCGK., E. 93/5-306, K. 94/10, KT., 31.1.1994, YKD., c. 20, Ağustos 1994, sy. 8, s. 1325; YCGK., E. 94/9-362, K. 94/371, KT., 26.12.1994, YKD., c. 21, Ağustos 1995, sy. 8, s. 1292.

4 SAUNDERS John B., Words and Phrases Legally Defined, c. 1, London 1989, s. 149.

5 GÜL Kemal Vehbi, Belediye İdaresi (En Son Değişiklikleriyle) Şehir Mevzuatı, c. 2, Belediye Organları, Ankara 1979, s. 753; “Seçimden evvel seçilme vasıf ve şartlarını haiz bulunmayanlarla bu vasıf ve şartları sonradan zayi edenlerin vazifelerinden çıkarılmaları mümkün(dür)”. DGK., E. 48/114, KT., 21.6.1948, DKD., y. 12, Nisan 1948 – Haziran 1948, sy. 40, s. 23. Ayrıca aynı karar için bkz. İD., y. 21, Ocak-Şubat 1950, sy. 202, s. 99 vd.

Tecil bakımından yapılan açıklamalar köy muhtarları hakkında da geçerlidir.

AyM., E. 88/38, K. 89/7, KT., 8.2.1989, AyMKD, Ankara 1991, sy. 25, s. 43 vd.

Mahkumiyet Kararının Tecil Edilmesinin Belediye Başkanı Seçilme Yeterliğine Et-  
kisi

Çalışmamızın ilk aşamasında genel olarak, mahkumiyet kararının hangi şartlar altında ve ne gibi bir gerekçe gösterilerek tecil edilebileceği incelenecektir. Bu aşamada Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun ve Türk Ceza Kanunu hükümlerine ve konu ile ilgili Yargıtay kararlarına değinilecektir. İkinci aşamada, yani mahkumiyet kararının tecil edilmesi halinde bir kişinin belediye başkanı seçilip seçilemeyeceği veya belediye başkanı seçilen bir kişinin başkanlıktan düşüp düşmeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılacaktır.

## I. TECİLİN ŞARTLARI

Tecil ile ilgili olarak Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrası şu hükmü öngörmektedir:

“Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edini-  
lirse, bu cezanın ertelenmesine hükümlenabilir. Bu halde ertelenmenin sebebi hükümde yazılır”.

Bu fıkra çerçevesinde mahkeme tarafından cezanın teciline karar verilirken göz önünde bulundurulması gereken hususları, cezaya ilişkin şartlar ve faile ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

### A. CEZAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

Her şeyden önce bir cezanın teciline karar verebilmek için mahkum olunan cezanın türü ve miktarı dikkate alınmalıdır. Yani, bir yıl dahil bir yıla kadar ağır hapis ve iki yıl dahil iki yıla kadar hapis veya hafif hapis cezaları tecil edilebilecektir.

İngiliz hukuk sisteminde iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar, mahkeme kararında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere, suçlunun Büyük Britanya'da hapis cezasını gerektiren bir suç işlememesi kaydıyla tecil edilebilecektir. Mahkeme kararında belirtilen süre, hükmün verildiği tarihten başlayarak bir yıldan az iki yıldan çok olamayacaktır<sup>8</sup>. Altı aydan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun tecil edilmesi halinde Mahkeme, suçluyu denetleyici memurun (supervising officer) gözetimine vermek anlamına gelen denetleme kararı (supervision order) da verebilecektir. Bu halde denetleme, uygulama süresinden

8

**Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000** (Ceza Mahkemelerinin Yetkileri (Mahkum etme) Kanunu), m. 118/1-2. Bu kanuna göre, tecil edilmiş mahkumiyet (suspended sentence), mahkeme kararıyla ertelenen cezayı ifade eder. Uygulama süresi (Operational period) ise, belirtilen süre yani içerisinde hapis cezasını gerektiren başka bir suç işlendiği takdirde ilk cezanın gündeme geleceği (yeniden ele alınacağı) süreyi (1-2 yıl) ifade eder. m. 118/3.



daha uzun olamayacaktır<sup>9</sup>. Mahkeme hapis cezasının uygun olacağını düşünürse ve olağanüstü şartların varlığı halinde cezayı tecil etmeyecektir. Ettiği takdirde duruma göre para cezası verme yetkisi de vardır<sup>10</sup>. 1967 tarihli Ceza Kanunu'nun (Criminal Justice Act) veya 31 Aralık 1967 tarihinden sonra çıkarılan herhangi bir Kanunun içerdiği hükümler saklı kalmak kaydıyla, mahkumiyet kararının tecil edilmiş olması, diğer bir ifadeyle cezanın infaz edilmemiş olması - istisnaları olmakla birlikte- varolan hapis cezasını (mahkumiyeti) ortadan kaldırmaz<sup>11</sup>.

Birden fazla suçtan mahkumiyet halinde cezaların içtimaı durumunda bu cezalar tecil edilebilecek midir? **Önder**<sup>12</sup> ve **Dönmezer – Erman**<sup>13</sup>, maddedeki “işlediği bir suçtan dolayı” ibaresini genişletici yoruma tabi tutmakta ve birden fazla suçtan mahkum olma halinde kanunda belirtilen ceza sınırları aşılmadıkça cezanın tecil edileceğini savunmaktadırlar. Buna karşılık lafzi yoruma bağlı kalan **Kaynak**, ancak bir suçtan dolayı mahkum olunan cezanın tecil edilebileceğini savunmaktadır<sup>14</sup>.

Tazminat kabilinden olan para cezaları hariç<sup>15</sup>, miktarı ne olursa olsun mahkum olunan ağır veya hafif para cezaları tecil edilebilir. Tecil kapsamına girmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca para cezasına çevrilmiş ise yine tecili mümkündür. Çünkü, “Uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir”<sup>16</sup>.

Bir cezanın teciline karar verebilmek için failin daha önce, “adliye mahkemelerince<sup>17</sup> para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmamış” olması gerekmektedir. Para cezasının türü ve miktarı önemli değildir. **Dönmezer – Erman**, daha önce mahkum olunan para cezasının ödenmemesi ve hapis cezasına

<sup>9</sup> Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, m. 122/1.

<sup>10</sup> Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, m. 118/4-5,

<sup>11</sup> Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, m. 118/8-a.

<sup>12</sup> **ÖNDER** Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul 1963, s. 154.

<sup>13</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**, c. III, s. 29.

<sup>14</sup> **KAYNAK L.**, Adli Tevbih, Tecil, Cezanın Çekilmiş Sayılması, İstanbul Barosu Mecmuası, 1938, sy. 8, s. 522.

<sup>15</sup> Türk Ceza Kanunu, m. 92.

<sup>16</sup> Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, m. 4/4.

<sup>17</sup> Daha önce Adliye mahkemeleri dışında bir mahkeme tarafından verilmiş bulunan bir cezanın yeni cezanın teciline engel olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **İÇEL** Kayıhan – **SOKULLU AKINCI** Füsün – **ÖZGENÇ** İzzet – **SÖZÜER** Adem – **MAHMUTOĞLU** Fatih S. – **ÜNVER** Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 400 – 401.

çevrilmesi halinde bu cezanın da tecil edilebileceğini savunmaktadır<sup>18</sup>. Daha ön-  
ceden hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan ve bu cezası para cezasına  
çevrilen bir kişinin tecil kapsamına giren yeni bir suç işlemesi halinde bu suçun  
tecili mümkündür<sup>19</sup>. Çünkü, “Uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine  
göre çevrilen para cezası veya tedbirdir”<sup>20</sup>.

Fail hakkında verilen önceki mahkumiyet kararı henüz kesinleşmemiş ise  
verilecek yeni ceza tecil edilebilir<sup>21</sup>. Buna karşılık, önceki mahkumiyet kararının  
kesinleşmiş olması yeni cezanın teciline engeldir. Önceki mahkumiyet kararının  
infaz edilmiş olmasına ise gerek yoktur<sup>22</sup>.

Daha önce mahkum olunan ceza genel affa uğramışsa<sup>23</sup>, adli sicilinden si-  
linmişse<sup>24</sup> ve mahkumiyetin konusunu oluşturan fiil suç olmaktan çıkarılmış ise<sup>25</sup>  
yeni ceza tecil edilebilecektir. Buna karşılık daha önce mahkum olunan ce-  
zanın özel affa uğramış olması<sup>26</sup> veya ceza zamanaşımına uğramış olması  
halinde mahkumiyet kararı hukuki varlığını devam ettireceğinden faile verilecek  
yeni ceza tecil edilemeyecektir.

## B. FAİLE İLİŞKİN ŞARTLAR

Failin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre ceza tecil  
edilebilecektir. Bu, tecilde değerlendirmeyi zorunlu kılan “subjektif” bir şarttır.  
Geçmişteki hal ifadesi ile bir mahkumiyete konu teşkil etmemiş olaylar kaste-  
dilmişdir. Suç işleme hususundaki eğilim ifadesi de geniş yorumlanmalıdır<sup>27</sup>.  
Mahkeme, özne olarak sanığın geçmişteki halini ve suç işleme hususundaki  
eğilimini göz önünde bulundurarak, ileride suç işlemekten çekinmesini sağlaya-

18 DÖNMEZER – ERMAN, c. III, s. 33.

19 Y8CD., E. 95/16415, K. 96/1711, KT., 8.2.1996, YKD., c. 22, Temmuz 1996, sy. 7, s. 1168 - 1169.

20 Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, m. 4/4.

21 ARTUK Mehmet Emin – YENİDÜNYA Ahmet Caner, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda  
Erteleme Müessesesi, Prof. Dr. Sahir Erman Armağanı, İstanbul 1999, s. 81.

22 ÖNDER, Tecil, s. 128-129.

23 “Umumi af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan  
kaldırır”. **Türk Ceza Kanunu**, m. 97.

24 “Cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren ... adli sicildeki kaydın  
çıkartılmasına karar verilir”. **Adli Sicil Kanunu**, m. 8.

25 Y9CD., E. 94/11973, K. 95/2574, KT., 11.4.1995, YKD., c. 21, Ekim 1995, sy. 10, s. 1650.

26 “Hususi af, havi olduğu sarahata göre cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir ve daha  
ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilave edilmemiş bulunmak şartıyla mahkumun ka-  
nuni mahkuriyetini de ref eder. Ancak kanun veya kararnamesinde hilafı yazılı olmadıkça fer’i ve  
mütemmim cezalara tesir etmez. Hususi affı tazammun eden kanun veya kararnamede sarahat bulun-  
an ahval müstesnadır”. **Türk Ceza Kanunu**, m. 98.

27 İÇEL – SOKULLU AKINCI – ÖZGENÇ – SÖZÜER – MAHMUTOĞLU – ÜNVER, s. 401.

çaksa gerekçe göstermek suretiyle<sup>28</sup> cezayı tecil edebilecektir. Buna karşılık mahkeme tarafından cezanın teciline yer olmadığına karar verilirken de yine bu şartlar göz önünde bulundurulmalı ve yine gerekçe gösterilmelidir. “647 sayılı Kanunun 6. maddesine yönelik olarak gösterilen gerekçenin, cezanın kişiselleştirilmesi ilkesine uygun, keyfiliğe yol açmayan, soruşturma aşamasında sanığın izlenen kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli<sup>29</sup>” ve Yargıtay denetimine olanak sağlayacak açıklıkta yeterli ve yasal olması gereklidir<sup>30</sup>.

Yargıtay, “ahlaki eğilim (temayül)” gibi sanığın kişiliğini incitici bir gerekçeyi<sup>31</sup>, “suçun işleniş biçimi” gibi bir gerekçeyi<sup>32</sup>, yasadaki sözcüklerin tekrarıdan oluşan bir gerekçeyi<sup>33</sup>, suçun önemi, tarafların şahsi ve sosyal durumları ile ilçenin sosyal konumu gibi bir gerekçeyi<sup>34</sup>, sanıkların nasiye-i halleri, suç sonucunun ağırlığı ve yoğunluğu gibi bir gerekçeyi<sup>35</sup>, yeterli ve yasal görmekte, yetkiaşımı olarak görmektedir.

Anayasa, m. 141/3 ve CMUK, m. 32.

Y7CD., E. 96/6113, K. 96/5743, KT., 13.9.1996, YKD., c. 23, Şubat 1997, sy. 2, s. 303-304.

Y4CD., E. 98/3126, K. 98/3840, KT., 21.4.1998, YKD., c. 24, Aralık 1998, sy. 12, s. 1817-1818. Aynı yönde bkz. Y2CD., E. 94/11794, K. 97/12180, KT., 25.9.1997, YKD., c. 24, Mart 1998, sy. 3, s. 440-442; Y1CD., E. 96/3208, K. 96/3582, KT., 11.11.1996, YKD., c. 23, Ocak 1997, sy. 1, s. 107-108; Y4CD., E. 96/7997, K. 96/8801, KT., 25.11.1996, YKD., c. 23, Şubat 1997, sy. 2, s. 290-291.

Y4CD., E. 98/10497, K. 98/10735, KT., 30.11.1998, YKD., c. 25, Mayıs 1999, sy. 5, s. 713. Aynı yönde bkz. Y4CD., E. 98/7152, K. 98/7756, KT., 14.9.1998, YKD., c. 25, Mart 1999, sy. 3, s. 410; Y4CD., E. 97/11579, K. 97/382, KT., 2.2.1998, YKD., c. 24, Haziran 1998, sy. 6, s. 929; Y9CD., E. 96/5945, K. 97/2445, KT., 7.4.1997, YKD., c. 25, sy. 8, Ağustos 1999, s. 1161; Y5CD., E. 96/2859, K. 96/3345, KT., 10.10.1996, YKD., c. 24, Eylül 1998, sy. 9, s. 1390-1391; Y8CD., E. 96/8447, K. 96/9677, KT., 26.6.1996, YKD., c. 23, sy. 5, Mayıs 1997, s. 821; Y7CD., E. 96/6341, K. 96/6256, KT., 1.10.1996, YKD., c. 23, Şubat 1997, sy. 2, s. 304-305; Y5CD., E. 95/471, K. 95/1199, KT., 19.4.1995, YKD., c. 22, Eylül 1996, sy. 9, s. 1502-1503; YCGK., E. 96/9-73, K. 96/84, KT., 16.4.1996, YKD., c. 22, sy. 10, Ekim 1996, s. 1628; YCGK., E. 94/9-362, K. 94/371, KT., 26.12.1994, YKD., c. 21, Ağustos 1995, sy. 8, s. 1292; Y4CD., E. 95/1435, K. 95/2172, KT., 21.3.1995, YKD., c. 21, Temmuz 1995, sy. 7, s. 1147; Y4CD., E. 94/3240, K. 94/6133, KT., 6.7.1994, YKD., c. 20, Ekim 1994, sy. 10, s. 1694; Y8CD., E. 94/5103, K. 94/5753, KT., 13.5.1994, YKD., c. 20, Ekim 1994, sy. 10, s. 1707; Y4CD., E. 91/3780, K. 91/4348, KT., 2.7.1991, YKD., c. 18, Ekim 1992, sy. 10, s. 1628; Y6CD., E. 90/8051, K. 91/60, KT., 15.1.1991, YKD., c. 18, Ekim 1992, sy. 10, s. 1637; Y4CD., E. 90/3107, K. 90/4048, KT., 13.9.1990, YKD., c. XVI, Ekim 1990, sy. 10, s. 1567.

Y4CD., E. 97/441, K. 97/691, KT., 3.2.1997, YKD., c. 24, Mart 1998, sy. 3, s. 453-455.

YCGK., E. 94/1-193, K. 94/225, KT., 17.10.1994, YKD., c. 21, Ocak 1995, sy. 1, s. 100. Aynı yönde bkz. Y1CD., E. 90/299, K. 90/255, KT., 13.2.1990, YKD., c. XVI, sy. 5, Mayıs 1990, s. 743; YCGK., E. 89/2-350, K. 89/412, KT., 25.12.1989, YKD., c. XVI, Aralık 1990, sy. 12, s. 1817.

Y5CD., E. 92/4164, K. 93/147, KT., 25.1.1993, YKD., c. 20, Mayıs 1994, sy. 5, s. 831-832.

YCGK., E. 93/2-123, K. 93/147, KT., 10.5.1993, YKD., c. 19, Ekim 1993, sy. 10, s. 1568.

## II. BELEDİYE BAŞKANI SEÇİLME YETERLİĞİNE ETKİSİ

Burada akla ilk gelen soru, belediye başkanı seçilmeye engel bir suçtan mahkum olan bir kişinin cezası tecil edildiği takdirde, bu kişinin mahkumiyet nedeniyle seçilme yeterliği engelinin ortadan kalkıp kalkmayacağıdır.

Konuyla ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 95/2. maddesi şu hükmü öngörmektedir:

“Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği<sup>36</sup> diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya, yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur”.

Yani, mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılabilmesi için, cürüm ile mahkum olan kimsenin hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı daha önce verilen ceza cinsinden bir cezaya, yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmaması gereklidir. Diğer bir ifadeyle Türk Ceza Kanunu'nun 95/2. maddesi, tecil edilmiş cezanın aynen infaz edilebilmesini süre şartının yanısıra, önceden verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olma şartına bağlamıştır<sup>37</sup>. İngiltere'de ise mahkeme kararında belirtilen süre içerisinde (1- 2 yıl arası) hapis cezasını gerektiren yeni bir suç işlenmesi halinde Mahkeme şu kararları verebilir<sup>38</sup>: Tecilli cezanın aynen uygulanmasına karar verebilir; tecilli cezada indirim yapabilir; iki yılı geçmemek kaydıyla bir tecil kararı daha verebilir; tecilli cezayı dikkate almayabilir.

36 Yargıtay, “işlemek” fiilinden hareketle beş yıllık deneme süresi içerisinde işlenen ikinci suçun kasdi suç olmasını aramaktadır. Bu durumda taksirle işlenen ikinci suç sanığın daha önceki tecilli hükümlülüğünün aynen çektirilmesine engel olacaktır. Bkz. Y2CD., E. 99/2552, K. 99/6125, KT., 6.5.1999, YKD., c. 26, Mart 2000, sy. 3, s. 461-462; Y2CD., E. 95/4085, K. 95/5510, KT., 26.4.1995, YKD., c. 23, Ağustos 1997, sy. 8, s. 1311-1312; Y9CD., E. 96/5657, K. 97/2795, KT., 14.4.1997, YKD., c. 23, Haziran 1997, sy. 6, s. 1015; YCGK., E. 97/10-300, K. 97/317, KT., 16.12.1997, YKD., c. 24, Şubat 1998, sy. 2, s. 260-263. Doktrinde Önder de bu görüştedir. ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 626. Yargıtay'ın bu tutumu eleştirilmekte beraber (ÖZGENÇ İzzet, Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1998, s. 311) **Kanaatimizce** failin lehine bir yorumdur.

37 “... Sanığın son işlediği cürümden (eşini öldürmeye tam kalkışmak) dolayı verilen ağır para cezasının (esrar bulundurmak suçunun) evvelce ertelenmiş olan hapis cezası cinsinden olmadığı için TCK'nun 95/2. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır”. Y1CD., E. 99/2389, K. 99/2901, KT., 24.9.1999, YKD., c. 25, Kasım 1999, sy. 11, s. 1594-1595. Aynı yönde bkz. Y8CD., E. 94/7740, K. 95/7572, KT., 26.5.1995, YKD., c. 21, Eylül 1995, sy. 9, s. 1493; “Sanığın erteli mahkumiyetinin cürüm, bu suçun ise kabahat türünden olması karşısında TCK'nun 95. maddesinin 2. fıkrasındaki şartların oluşmadığı nazara alınmadan erteli cezanın aynen infazına karar verilmesi yasaya aykırıdır”. Y2CD., E. 93/9332, K. 93/10835, KT., 13.10.1993, YKD., c. 20, Ocak 1994, sy. 1, s. 133-134. Aynı yönde bkz. Y2CD., E. 94/7573, K. 94/6925, KT., 21.6.1994, YKD., c. 20, Ekim 1994, sy. 10, s. 1687-1688.

38 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, m. 119/1.

Beş yıllık deneme süresi iyi halle geçmiş olsa bile konuya olumsuz yaklaşan Yüksek Seçim Kurulu, zimmet suçundan dolayı Zonguldak Ağır Ceza Mahkemesince 11.10.1978 tarihinde 5 ay 25 gün ağır hapisle mahkum olan ve bu cezası tecil edilen kişinin 25.3.1984 günü yapılan mahalli seçimlerde köy muhtarı seçilmesi üzerine, "... bu mahkumiyeti 2839 sayılı Kanun'un 11/f-1. maddesi hükmü karşısında muhtar seçilmesine engeldir. Mahkumiyeti bütün neticeleriyle ortadan kaldıran affın dahi seçilmeye engel hal olarak kabul ettiği zimmet suçundan mahkumiyetin tecil edilmiş olması ve TCK. nun 95. maddesine göre de hüküm tarihinden itibaren 5 sene içinde aynı cinsten bir suçtan mahkum olunmamasından dolayı esasen vaki olmamış sayılması ceza uygulamasıyla ilgili olup seçim hukuku yönünden sonuca etkili görülmemiştir" şeklinde karar vermiştir<sup>39</sup>.

Buna karşılık kanaatimizce meseleye daha isabetli yaklaşan bir diğer kararında Yüksek Seçim Kurulu bu konuda şu yorumu yapmaktadır: "... çözüme ulaşabilmek için, hükmolunan mahkumiyetin niteliği bakımından seçilme yeterliği yitirilmiş olmakla beraber, cezanın ertelenmesi ve hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde yeni bir cürümden dolayı herhangi bir ceza alınmamış olması halinin, kişinin seçilebilme yeterliliğini ne yönde etkileyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öğretide, erteleme "kısa süreli bağlayıcı cezaların yerine konmuş ve cezaların ferdileştirme vasıtası olan bir hukuki müessese" biçiminde tanımlanmaktadır. Ertelemeden amaç ise, geçmişini temiz olmasının karşın rastlantı sonucu suç işlemiş kişinin cezasının infazı yerine, ona bir deneme süresi tanıyarak bu yolla ıslah edip topluma yeniden kazandırmaktır ... Ertelemede, başlangıçta ilk belirtilen husus "cezanın infazına engel olmak" hali olmakla beraber, erteleme asıl sonucu deneme süresi sonunda meydana gelmektedir. Bu da, "mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılmasıdır" ki, konumuz yönünden önemli olan da erteleme doğurduğu sonuçtur. (TCK m. 95/II) hükmünden, cezanın ertelenmesi durumunda hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde yeni bir cürümden ötürü herhangi bir ceza alınmadığı takdirde "ilk mahkumiyet yok kabul edilir, kişi hiç ceza almamış sayılır" sonucuna ulaşmaktadır ... seçilme yeterliliğinin süresiz olarak ortadan kalması için 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11/f-1 maddesinde sayılan suçlardan mahkum olmak gerekir. 26.3.1989 tarihinde Altunkent Belediye Başkanlığına seçilmiş olan ... 'a hırsızlık suçundan verilen 10 günlük ceza mahkumiyeti ertelendiği ve adı geçen hüküm tarihi olan 16.1969 tarihinden itibaren beş yıl içinde yeni bir cürümden dolayı herhangi bir ceza almamış olduğu için Türk Ceza Kanununun 95/II nci maddesi uyarınca bu mahkumiyeti esasen vaki olmamış, yani yok sayılacağından, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11/f-1 maddesine göre seçilme yeterliliği bulunmadığından artık söz edilemez ... Yüksek Seçim Kurulunun yerleşik içtihatlarına göre nasıl ki, memnu hakların iadesi kararı seçilme yetersizliğini ortadan kaldırıyor, seçilmeye engel bir hükümlülüğün, Türk Ceza Kanunu-

Karar No: 448, KT., 15.10.1985, RG., 18.11.1985, sy. 18932.

nun 95/II nci maddesindeki sürenin geçmesi sonucu esasen vaki olmamış sayılması halinde de seçilme yeterliğinin yeniden kazanıldığı kabul edilmelidir<sup>40</sup>. Yani Yüksek Seçim Kuruluna göre, deneme süresi olan 5 yıllık sürenin geçmesi ile mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılacağından seçilme yeterliği engeli ortadan kalkacaktır.

Akla gelen bir diğer mesele, belediye başkanı seçilmeye engel bir suçtan mahkum olan bir belediye başkanının cezası tecil edildiği takdirde bu kişinin başkanlık görevinden düşürülüp düşürülemeyeceğidir.

Danıştay, belediye başkanlığından düşmeyi gerektiren bir suçtan dolayı mahkum olan ancak bu cezası tecil edilen belediye başkanlarını başkanlıktan düşürmektedir. Danıştay'a göre, bir cezanın tecil edilmiş olması mahkumiyeti ortadan kaldırmaz; sadece infaz bakımından cezanın uygulanmasını geri bırakır<sup>41</sup>.

Danıştay, eski ama önemli bir kararında meseleyi şu şekilde ortaya koymaktadır: "Türk Ceza Kanununa istinaden cezanın tecili ise, mahkumiyeti ortadan kaldırmayıp hüküm edilen cezanın infazının muayyen bir müddetle tehiridir. Bir tecrübe devresi olan bu müddet zarfında mahkumun bir suç işlemesi halinde infazı geri bırakılmış olan cezası, yeni işlediği suçta mürettep ceza ile birlikte çektirilir. Ancak bu devre zarfında suç işlenmediği takdirde mahkumiyet vaki olmamış sayılır ve işte o vakit mahkumiyetten mütevellit ehliyetsizliklerde ortadan kalmış olur. Hadisede mevzu bahis olan memuriyetten mahrumiyet cezasına gelince: Bunun Belediye Kanununun 91 nci maddesinde (deki) ... reisliğin sukutuna ait hüküm çerçevesi içinde mütalaa edilmesi doğru olmasa gerekir. Zira Türk Ceza Kanununda yer alan fer'i veya mütemmim cezalar, ceza hukuku bakımından asli cezalardan başka tatbiki gereken müeyyidelerden olup hususi bir Kanun olan Belediye Kanununun 91 inci maddesindeki reislik sıfatının sukutunu mucip olan hüküm ise, idari bir muameleyi istihdaf etmektedir. Yukarıdaki izahata nazaran, vazifeden mütevellit bir hareketinden dolayı hafif hapis veya hapis cezasına mahkum olan bir Belediye Reisinin bu cezasının Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre tecil edilmesi keyfiyeti, tecil devresi zarfında mahkumiyeti ortadan

40 YSK., Karar No: 99, KT., 9.6.1991, RG., 22.6.1991, sy. 20909.

41 D8D., E. 95/2166, K. 95/2487, KT., 4.7.1995, Karar Yayınlanmamıştır; Aynı yönde bkz. D8D., E. 86/270, K. 86/269, KT., 23.5.1986, DD., yıl 17, 1987, sy. 64-65, s. 301-302; D8D., E. 86/52, K. 86/45, KT., 29.1.1986, DD., yıl 17, 1987, sy. 64-65, s. 302-304; D11D., E. 76/575, K. 76/551, KT., 26.4.1976, HAŞTEMOĞLU Gündüz, Belediye Başkanlarının Düşürülmesi, Belediye ve İl Genel Meclislerinin Feshi, Muhtarların Görevlerine Son Verilmesi Hakkında İnceleme, Ankara 1978, s. 119-120; AYTAÇ Fethi, Açıklamalı - İçtihatlı Belediye Kanunu, Ankara 1988, s. 658; MERİÇ Osman, Belediye Organlarının Organlık Sıfatını Kaybetmeleri, (Belediye Başkanlarının Düşürülmeleri, Meclislerin Feshi), İdarecinin Sesi D., Mayıs 1987, sy. 3, s. 39; D3D., E. 70/463, K. 71/4, KT., 25.1.1971, GÜL, s. 744-745, 771; D3D., E. 71/14, K. 71/27, KT., 25.1.1971, GÜL, s. 745-746; DDDK., E. 71/449, K. 72/349, KT., 21.4.1972, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap, s. 94; D11D., E. 78/4084, K. 79/242, KT., 5.2.1979, Danıştay Onbirinci Daire Kararları, s. 62.

kaldıramıyacağı cihetle bu gibilerin reislik sıfatının sukut etmesi icap edeceği ekseriyetle mütalaa edilmiştir<sup>42</sup>.

Danıştay, 15.11.1990'da Devlet Memurları Kanununun 48/A-5 maddesi uyarınca 6 aydan fazla hapis cezası alan ve bu cezası tecil edilen bir devlet memurunun görevine son verilemeyeceği konusunda önemli bir İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>43</sup> almıştır. Bu İçtihadı Birleştirme kararında inceleme tecil edilmiş mahkumiyet konusunda yapılmıştır. Ayrıca kararda, gerek ağır hapis cezasıyla mahkumiyetin ve gerekse maddede ismen sayılan suçlardan dolayı mahkumiyetin tecil edilmiş olmasının bu içtihat kapsamında olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu önemli karardan hemen sonra 10.1.1991'de yapılan değişiklikle, maddede sayılan suçlardan mahkumiyet hali, tecil edilip edilmediğine bakılmaksızın memuriyete engel sayılmıştır. Dolayısıyla değişiklikten sonra, maddede sayılan suçların tecilini devlet memurlarının lehine çeviren Danıştay İçtihadı Birleştirme kararının bir anlamı kalmamıştır.

Doktrinde Yıldırım, yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararındaki sonucun, diğer kanunlarda yer alan ve seçilme yeterliğine engel olan mahkumiyetlerde verilmiş bulunan cezanın tecili kararlarına da uygulanması gerektiği kanaatinde<sup>44</sup>.

İngiltere'de seçimden 5 yıl öncesine tekabül eden dönem içerisinde veya seçimden sonraki dönemde para cezasına çevrilme seçeneği bulunmaksızın 3 aydan fazla kesinleşmiş bir hapis cezasına mahkum olanlar seçilme yeterliğini yitirirler. İngiliz sisteminde mahkumiyetin tecil edilmiş olup olmamasının seçilme yeterliğini yitirme bakımından önem taşımadığı açıkça düzenlenmiştir<sup>45</sup>.

**Kanaatimizce**, meseleyi şu ihtimaller dahilinde çözümlenmek gerekmektedir:

1. İhtimal: Kişinin mahkum olduğu ceza tecil edilmemiştir. Buna göre Türk Ceza Kanunu uyarınca mahkumiyetin kanuni neticesi ne ise aynen o sonuç

<sup>42</sup> D1 ve D2D., E. 54/5, K. 54/6, KT., 9.2.1954, DKD., yıl 19, 1955, sy. 64-65, s. 16. Karar, Danıştay Genel Kurulunca onanmıştır. Bkz. DUH., E. 54/58, K. 54/43, KT., 15.2.1954, DKD., yıl 19, 1955, sy. 64-65, s. 16-17. Ayrıca aynı karar için bkz. Danıştay İstisari Düşünceler, c. 1, s. 201 - 202; İD., yıl 27, Ocak - Şubat 1956, sy. 238, s. 156-160.

<sup>43</sup> DİBK., E. 90/2, K. 90/2, KT., 15.11.1990, DD., yıl 22, 1992, sy. 82-83, s. 103-116.

<sup>44</sup> YILDIRIM, Mahalli İdarelerin Organları, s. 99-102; YILDIRIM Turan, Seçilme Yeterliliğini Kaybetme ve Mahkumiyet Sebebiyle Belediye Başkanlığından Düşürülme, Hukuk Araştırmaları, c. 7, 1992-1993, sy. 1-3, s. 87-88. Aynı yönde bkz. ERAYMAN Şerif, Belediye Başkanlarının Mahkumiyet Nedeniyle Başkanlıktan Düşürülmeleri, Mali Hukuk, 1997, sy. 71, s. 77; Aksi yönde bkz. SODAN Ramazan, Belediye Kanunu'muzda, Belediye Başkanlarının Düşürülmeleri, İller ve Belediyeler D., yıl 45, Şubat 1989, sy. 520, s. 41.

<sup>45</sup> Local Government Act 1972, m. 80; Greater London Authority Act 1999, m. 21.

Mahkumiyet Kararının Tecil Edilmesinin Belediye Başkanı Seçilme Yeterliğine Etkisi

karşımıza çıkacaktır. Yani bu kişi belediye başkanı değilse belediye başkanı seçilemeyecektir. Belediye başkanı ise bu görevinden düşürülecektir.

2. İhtimal: Kişinin mahkum olduğu ceza tecil edilmiştir. Burada karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır.

a. Deneme süresi sona ermiştir. Bu durumda Türk Ceza Kanununda mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılacağı için ceza mahkumiyetinin kanuni neticeleri ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla seçilme yeterliği engeli ortadan kalkacaktır.

b. Deneme süresi sona ermemiştir. Uygulamada asıl problem de buradan kaynaklanmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi, "(tecil) mahkeme kararında hilafı tasrih edilmedikçe fer'i cezalar hakkında da tatbik edilir" hükmünü taşımaktadır. Yani mahkeme asli cezayı tecil etmekle birlikte fer'i cezayı tecil dışında tutabilmektedir<sup>46</sup>. Buna karşılık kural olarak cezanın tecili asli cezalar gibi fer'i cezalar açısından da sonuç doğurur. İşte, fer'i cezalarla ilgili Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü, bir ceza mahkumiyetinin sonucuna bağlanan ehliyetsizliklere de uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, deneme süresi sona ermemiş bir tecil hükmü kamu hizmetlerinden yasaklılık müeyyidesinin uygulanmasına engel teşkil eder<sup>47</sup>.

Sonuç olarak, mahkumiyet şartına ilişkin olarak belediye başkanı seçilme yeterliğini düzenleyen 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen miktarda bir hürriyeti bağlayıcı bir cezaya ya da tecilin bir bütün olduğu kuralı uyarınca tecilde suç ayırımı yapılamayacağından maddede ismen sayılan suçlardan dolayı herhangi bir cezaya mahkum olan ve bu cezası tecil edilen bir kişi, mahkeme kararında aksi belirtilmedikçe, deneme süresi henüz dolmamış olsa bile seçilme yeterliğine sahip olacaktır.

## SONUÇ

I. Tecil, cezaya alternatif olan bir ceza hukuku müessesesidir.

II. Tecilin amacı, "cezanın suç işleyene uydurulması ve ceza yerine getirilmeden de iyi hal göstereceği ve bir daha suç işlemeyeceği konusundaki kaniya dayanmaktadır"<sup>48</sup>.

46 Buna karşılık, asli ceza tecil edilmeden fer'i ceza tecil edilemez. DÖNMEZER - ERMAN, c. III, s. 24.

47 Aynı yönde bkz. DÖNMEZER - ERMAN, c. III, s. 25. Dönmezer - Erman bu konuda şu örneği vermektedir. "Söz gelimi 1580 sayılı Belediye Kanununun 24. Maddesinde belediye meclisine üye seçilmeye engel bazı suçlar gösterilmiştir. Bizce bu suçlardan dolayı ertelenen mahkumiyet seçilmeye engel etki yapmamak gerekir". s. 25, dipnot 55.

48 Y8CD., E. 85/171, K. 85/288, KT., 30.1.1985, YKD., c. XI, Temmuz 1985, sy. 7, s. 1077.



III. Belediye başkanı seçilme yeterliğine engel olan mahkumiyet halleri, beş yıllık deneme süresinin geçmesine gerek kalmaksızın ve suçun niteliğine de bakılmaksızın cezanın tecil edilmesi ile birlikte ortadan kalkar.



## İDARE HUKUKUNDA YETKİ VE İMZA DEVRİ

Arş. Gör. S. Burak AÇDOYURAN\*

### GİRİŞ

Yetki devri ve imza devri kavramları hukukumuzda pek üzerinde durulmayan, iki önemli kamu yönetimi tekniğidir. Başarılı bir idareci astlarına yetki ve imza devri yapabilen idarecidir. Ancak astlarına yetki ve imza devri yapabilen bir idareci, kendisini rutin ve önemsiz işlere boğulmaktan kurtarabilir ve asıl ilgilenecekleri gereken önemli işlerle ilgilenebilir. Sosyal Devlet ilkesi gereği devletin faaliyet alanlarının genişlediği bugün, kamu yönetiminin, bu tekniklerden yararlanılmadan başarılı bir şekilde yürütülebilmesi mümkün değildir.

Türk kamu yönetiminde bu teknikler gerektiği gibi uygulama alanına konulmuş olmaktan uzaktır. Bu iki kavramın, uygulamada ve kanuni düzenlemelerde çoğu zaman birbirleri yerine kullanıldığı göze çarpmaktadır. İşte uygulamadaki bu karışıklığın giderilmesi ancak yetki ve imza devri kavramlarının ayrıntılı şekilde ele alınıp, birbirlerinden farklılıklarının tespit edilmesi ile mümkün olacaktır.

### I. YETKİ DEVRİ

Yetki devri kavramının, kamu yönetimi alanında uygulanması çok eski tarihlere dayanmamaktadır. Çağımızda; devletin görevlerinin giderek artması, idari teşkilatın her geçen gün daha da genişlemesi ile idarecilerin görevlerinin ve iş hacimlerinin büyümesi, "yetki devri" tekniğinin kullanılmasını gündeme getirmiştir. Günümüz şartlarında, kamu yönetiminin "yetki devri" tekniği kullanılmadan başarıyla yürütülmesi de mümkün değildir.

#### A. Yetki Devrinin Anlamı

Yetki devri kavramı, kamu yönetiminde, resmi bir memura ait yetkinin tamamen veya kısmen yetkili makamın onayı ile diğer bir memura devredilmesidir<sup>1</sup>. Başka bir anlatımla yetki devri, yetkili makamın mevzuatla belirlenmiş konulardaki yetkilerini, belirli bir süre için, idare adına irade açıklamaya yetkili başka bir görevliye aktarmasıdır<sup>2</sup>.

Anayasamızın "egemenlik" kenar başlıklı 6. maddesinin son fıkrası "egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi

S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s. 797.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s. 91.

kullanamaz" hükmünü taşımaktadır. Bu kuralın doğal sonucu, kamu yönetiminde yetkilerin kanunlardan kaynaklanması ve kimin tarafından kullanılacağına kanunlarla belirlenmiş olmasıdır. Danıştay'a göre "bilindiği üzere kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri yasalarla belirlenir. Hatta bazen anayasaların bile bu konuda düzenleme getirdiği bilinmektedir. Bu husus, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı biçimde yürütülmesini sağlamak amacıyla yönelik olduğu kadar, görev ve yetkinin kamu düzeniyle ilgili olmasından da kaynaklanmaktadır. Yetki unsununun bu temel niteliğinden çıkan ilk sonuç onu kullanacak kişinin yasa cevaz vermedikçe bunu başkasına devredememesidir. Şayet yasa belli bir konuda idari makamı değil de, o kamu hizmetini yürüten kişiyi yetkili kılmışsa yetkinin doğrudan doğruya bu kişi tarafından kullanılması gerekir<sup>3</sup>. Bu kullanım, göreve gelmekle başlar; yasal sürenin bitmesi, (örneğin seçimle gelen kişinin yeniden seçilememesi, emekliye ayrılma vb.) veya idari bir işlem nedeniyle (örneğin görevden alma, başka bir göreve atama) sona erer..."<sup>4</sup>.

O halde yetki, kanunların öngördüğü tüm koşullara uyularak kullanılabilir ve yetkililer, özel hukukta olduğunun aksine, başkalarını kendi iradeleriyle yetkilendiremezler; yetkilerinden başkaları adına vazgeçemezler. Bu anlamda yetki devri çok özel kurallara bağlıdır<sup>5</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yetki devri, kanunların açıkça öngördüğü<sup>6</sup> ya da en azından yasaklamadığı konularda, üst kademede bulunan bir idarecinin, yetkilerinin bir kısmını, kendi adına kullanmaları için astlarına devretmesidir<sup>7</sup>.

Yetki devri kavramı, üstle astların daha verimli çalışmalarını sağladığı için kullanılması gereken bir yönetim tekniği olarak anlaşılmalıdır.

Yetki devrinden söz edebilmek için, görevle birlikte, bazı karar alma ve icra, hatta planlama yetkilerinin en azından bir kısmının devri sözkonusu olmalıdır. Yani, idari örgütün başındaki yöneticinin, astları arasında görev bölümü yapması,

3 Yetkinin, sadece kanunda belirlenen kişi tarafından kullanılabilmesi ilkesi, latince delegatus non potest delegare" şeklinde ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. CRAIG PP., Administrative Law, London 1994, s. 386 387; de SMITH Stanley - BRAZIER Rodney, Constitutional and Administrative Law, London 1994, s. 618.

4 D5D., E. 89/2735, K. 89/2286, KT., 13.12.1989, DD., sy.78-79, s. 266.

5 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 157.

6 "... bu yetkinin ancak kanunla bir devir yetkisi tanınması halinde devredilmesi mümkün olup..." D10D, E. 91/1213, K. 92/73, KT., 21.1.1992, DD., sy. 86, s. 532; "... asıl yetkili makamların sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla astlarına yetkilerini devredebileceği hükme bağlandığına göre,...yetki devrinde bulunmasında yasaya aykırılık bulunmadığının ..." D5D., E. 85/510, K. 85/2274, KT., 7.10.1985, DD., sy. 62-63, s. 197.

7 WADE H.W.R., Administrative Law, Oxford 1994, s. 45; ONARAN Oğuz, Yetki Göçerimi, AİD., c. 7, sy. 2, Haziran 1974, s. 5.

bizzat yaptığı bazı gündelik işler için astlarını görevlendirmesi, "yetki devri" anlamına gelmez<sup>8</sup>.

Üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak amacıyla yetki devrini öngören işlemin yayınlanması ve ilgililere duyurulması gerekir<sup>9</sup>. Yetki devri kararında, devredilen yetkiler tek tek belirtilmeli ve devredilen yetkinin sınırları da açıkça ifade edilmelidir<sup>10</sup>.

Merkezi idarenin taşra örgütündeki amirlerine belli konularda merkeze danışmadan merkez adına kendiliklerinden karar alabilme olanağı veren "yetki genişliği" de yetki devrinin özel bir türüdür<sup>11</sup>.

## B. Yetki Devrinin Önemi ve Faydaları

Sosyal devlet ilkesinin gelişimiyle birlikte, devlet toplum hayatıyla çok daha fazla içiçe olmaya başlamış; bu durum, devletin görevlerini de büyük ölçüde arttırmıştır. Devletin görevlerinin artmasıyla; kamu yönetiminin işlevi de artmış, idari fonksiyonu yerine getiren teşkilatlarda büyük bir genişleme eğilimi görülmüştür. Bu durum doğal olarak, yüksek görevlerdeki idarecileri görev ve iş hacmi yönünden zora sokmuştur<sup>12</sup>.

İşte yüksek kademe idarecilerin bu ağır iş yükünü hafifletmek, onların önemli meselelere daha fazla zaman ayırabilmelerini sağlamak amacıyla, kamu yönetimi bilimi, yukarıda izah edilen "yetki devri" tekniğini geliştirmiştir. Yetki devri, hizmette verimlilik yanında, ast konumundaki personelin de gelişme ve yetişmesine yani daha kaliteli bir yönetimin ortaya çıkmasına hizmet etmiştir<sup>13</sup>.

NEWMAN H. William, Sevk ve İdare, Çev. Kenan Sürgit, TODAİE Yayınları, No: 115, Ankara 1970, s.206.

WADE, s. 309; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 404; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargısı, 10. Bası, Ankara 1996, s. 182.

GERDANERİ Halis, İl Genel Yönetim ve İçişleri Bakanlığı Merkez Örgütünde Yetki Devri, T.C. İçişleri Bakanlığı -İçdüzen Yayınları:11, Ankara 1972, s. 24; D8D., E. 95/860, K. 96/3398, KT., 25.11.1996, DD., sy. 93, s. 407; "...sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla... yetki devrinde bulunmasında yasaya aykırılık bulunmadığının..." D5D., E.85/510, K. 85/2274, KT., 7.10.1985, DD., sy. 62-63, s. 197.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 41; GÖZÜBÜYÜK Şeref- AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Hukuku, Ankara 1992, s. 39.

GELEGEN Taner, Türk Yönetim Örgütünde Yetki Devri, DD., y. 2, sy. 6-7, 1972, s. 77; ÇELİK Mehmet, Belediye Başkanının Belediye Encümeninde Üye Olmayan Belediye Başkan Yardımcısına Encümen Başkanlık Görevini Yetki Devri Suretiyle Verip Veremeyeceği, Mülkiye Müfettişlerinin 1986-1987 Kış Dönemi İnceleme - Araştırma Raporları, Ankara 1988, s. 235.

GERDANERİ, s. 9.

Günümüzde vazgeçilmez bir kamu yönetimi tekniği olan "yetki devri"nin faydalarını şu şekilde belirtebiliriz<sup>14</sup>:

1- Üst düzey idareciler, bir takım yetkilerini astlarına devrederek, yoğun iş yüklerinden bir derece olsun sıyrılarak, daha verimli çalışmaya imkan bulabilirler.

2- Astlarını, kendi denetimleri altında çalıştırarak onların göreve daha fazla yoğunlaşmalarını, daha yüksek ve karmaşık görevler için hazırlanmalarına önayak olmuş olurlar.

3- Kendilerine yetki devrolunan astların işe daha azimli, daha sıkı sarılmaları, sorumluluk duygularının artması, tüm bunların sonucu olarakta manevi açıdan tatmin olmaları sağlanmış olur.

### C. Yetki Devrinin Kapsamı

Yetki sahibi amirin, astına yetki devrinde, yetki devri kararı üç hususu beraberinde getirir<sup>15</sup>:

1- Amir tarafından belirli işlerin yapılması ya da planlanması gibi bazı görevleri asta devredilir.

2- Kaynakların kullanımı, görevlerin yapılması ve taahhütlere girişilmesi için gereken işlemlerin yapılmasına izin verilir.

3- 1 ve 2 no'lu maddelerde belirtilen hususlar dışında sorumluluk da devredilir.

Yetki devri tekniğinde sayılan üç husus bir arada bulunmalıdır. Yetki devrindeki en ideal şekil de yetkilerin yanında sorumluluğun mümkün olan en alt kademelere devredilmesidir<sup>16</sup>.

### D. Devre Konu Olacak Ve Olmayacak Yetkiler

Yetki devrine konu olacak ve olmayacak yetkilerin ayrımı oldukça zordur. Ancak bu ayrımın yapılmasında kullanılabilecek birtakım ilkeler de vardır. Bu ilkeleri, devredilmesi gereken ve devredilmeyip bizzat kullanılması gereken yetkiler diye iki başlık altında inceleyebiliriz.

#### 1. Asta Devredilmesi Gerekli Olan Yetkiler

Genellikle, mutad günlük idari işlerle ilgili, basit ve aynı nitelikte tekrarlanan kararların alınmasına ilişkin yetkiler yetkili amir tarafından astlara devre-

4 ONARAN, s. 5.

5 NEWMAN, s. 206.

6 GERDANERİ, s. 7.



6- Yetki devretme yetkisi,

7- Maddi maliyeti ve prestij maliyeti<sup>24</sup> çok yüksek olan işlerin yapılmasına yönelik yetkiler devre konu edilmemelidir.

**E. Yetki Devrinin Sonuçları**

Yetki devrinin sonuçlarını yetki, sorumluluk ve alınan kararlar açısından ele almak doğru olur.

**1. Devredilen Yetki İle İlgili Sonuçlar**

Yetki devrinde birazdan bahsedileceği gibi sorumluluk da, asta devredildiği için, amir hiyerarşiden kaynaklanan genel denetim ve disiplin yetkileri dışında, devredilen yetki ile ilgili karar düzeltme, kararı ıslah gibi yetkileri elinde bulundurmaya devam etmemelidir. Zira bu durum kamu yönetimi esaslarına göre astın çalışma isteğini azaltıp, hizmette verimliliğin düşmesine sebep olabileceği gibi, yetki devrinin özüne de aykırı bir durum yaratacaktır<sup>25</sup>.

Aslında yetki devrinde, yetkiler bir makam ya da görevliden diğerine devredildiğinden, bu husustaki kurallar değiştirilmiş olmaktadır. Yani yetki devrinde, yetkiyi devreden makam veya görevlinin, bu yeni yetki kuralları kaldırılıncaya değin, o yetkileri kullanması mümkün değildir. Burada, yetkiyi devreden görevli ya da makamın, devralan lehine yetkilerinden sıyrılması söz konusudur<sup>26</sup>.

Yetki devrinde; karar ve icra yetkisinin de devri söz konusu olur. O halde yetki devri devam ettiği sürece, yetkiyi devredeninin devredilen alan üzerinde yetkisini kullanması mümkün değildir. Aksi durum ise yetki tecavüzünü oluşturmaktadır<sup>27</sup>.

**2. Sorumluluk**

Yetki devrinde, devredilen yetkinin kullanımından doğan sorumluluk, cezai ve hukuki sorumluluk olmak üzere iki boyutta karşımıza çıkar.

24 "prestij maliyeti yüksek iş" deyiimiyle kastedilen, teşkilatın statüsünü, öteki teşkilatlar arasındaki saygınlığını etkileyebilecek, çalışanların manevi şahsiyetlerini olumsuz yönde etkileyebilecek işlerdir.

25 GERDANERİ, s. 28.

26 DURAN, s. 403; GÜNDAY, s. 106.

27 ONARAN, s. 6; İdari vesayet yetkisinin de merkezi idarenin yerinden yönetime yaptığı bir tür yetki devrinden kaynaklandığı söylenebilir. Bu durumda, vesayet makamının, vesayet altındaki özerk müessese yerine geçerek, işlem tesis etmesi de "yetki tecavüzü" halidir. Bu konuda Danıştay da "...vesayet makamının sahip olduğu yetkiyi aşarak vâ vesayet altında bulunan özerk müessesenin yerine geçerek işlem tesis etmesinde isabet görülmediğinden bu işlemin yetki tecavüzü sebebiyle... iptali ile..." ifadesini kullanarak tavrını göstermiştir. D12D., E. 67/1727, K. 68/1464, KT., 24.6.1968, DİNÇER Güven - ÇIRAKMAN Erol - NECİPOĞLU Nejat, Danıştay Kararları 1967-1968-1969, s. 106.



Ceza hukukundaki "şahsilik prensibi" gereği; yetki devrinde yetkiyi devralanın, devraldığı yetkiyi kullanması sebebiyle ortaya çıkabilecek suçlardan bizzat sorumlu olacağı muhakkaktır<sup>28</sup>. Ancak, elbette ki suça azmettirme; iştirak ya da ihmalin ispatı halinde; yetkiyi devreden de bu fiilleriyle bağlı olarak cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>29</sup>.

Yetki devri halinde hukuki sorumluluk (idari sorumluluk ve disiplin sorumluluğu) konusu ise, doktrinde tartışmalı bir konudur.

Mevzuatımızda yetki devri ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme olmayıp, konuya az sayıdaki kanunlarda genel bir şekilde deyinilmiştir.

Yetki devri ile ilgili genel hükümler 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkındaki Kanun'un 34, 37, ve 38'inci maddelerinde, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30, 33 ve 34'üncü maddelerinde, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 4, 5, 9, 27, 28, 31 ve 37'nci maddelerinde, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 101. ve 126'ncı maddelerinde, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 71'inci maddesinde, Valilik ve Kaymakamlık Büroları Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinde yer almaktadır.

Sorumluluk meselesi ile ilgili olarak, bu mevzuata bakıldığında karşımıza iki önemli hüküm çıkmaktadır.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanunun 38. maddesine göre; "Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinde bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz." 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 34. maddesi ise, "Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri gerektiğinde, sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. ancak, yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz." hükmüne yer vermektedir.

Bu maddeleri dikkate alarak, doktrinde birtakım yazarlar; yetkiyi devreden yetkiyi devretmekle sorumluluktan kurtulamayacağını; bu görüşün aksinin savunulması halinde idarecilerin, yetki devrini sorumluluktan kaçma veya kurtulma tekniği olarak göreceklarını ifade etmektedirler<sup>30</sup>.

Bir kısım yazarlarımız ise, Fransa'daki yetki devri uygulamasının da etkisinde kalarak; yetki devri halinde yetkiyi devreden, geri almadığı sürece, so-

ÖZKEMEN Mustafa, Yetki Devri, Mülkiye Müfettişlerinin 1994-1995 Kış dönemi İnceleme-Raportları, Ankara 1995, s. 35.

ÖZKEMEN, s. 35.

ÖZKEMEN, s. 27; GERDANERİ, s. 30; ONARAN, s. 10.

rumluluğu da yetki ile beraber tam olarak devrettiği, tek sorumlunun yetkiyi devralan olduğu fikrini savunmaktadırlar<sup>31</sup>.

Kanımızca, kanundaki "sorumluluğun kalkmayacağı" hükmü, yetkiyi devredeni yetki devri konusunda daha titiz davranmaya yöneltmek amacıyla getirilmiştir. Bu sayede, yetki devredilen kişinin seçiminde, devredilen yetkiyi kullanmasında daha sağlıklı bir kontrol geliştirilmek istenmiştir. Ayrıca bu şekilde, yetki devredilen kişinin seçimi, gözetimi ve denetimi konusunda, yetkiyi devreden kişi üzerinde psikolojik baskı oluşturulur ve kamu hizmetinin etkin, verimli, kesintisiz, sürekli işlenmesi sağlanmış olur.

Gözübüyük'e göre de idare biliminde "yetki devri" kavramı, idare hukukundaki imza yetkisi ile eş anlamda kullanılmaktadır<sup>32</sup>. Kanun koyucu da yetki devri kavramını kullanırken, imza devrini kastetmektedir.

Zaten yetki devrinde, sorumluluğun yetkiyi kullanana ait olması, yukarıda yetki devri tekniğinin önemi ve gereği ile ilgili söylediklerimizin de bir neticesidir. Aksi halde, yetkiyi devreden sorumluluğu devretmeyecek ve hukuki sorumluluğa katlanmak zorunda kalacaktır. Bu durum ise, idarecilerin çağın gereği olan yetki devri tekniğinden kaçınmalarına yol açar. Bu bakımdan ideal olan, Fransız uygulamasında olduğu gibi, yetki devri halinde sorumluluğunda yetki ile birlikte devredilmesidir.

### 3. Yetki Devri Sonucu Alınan Kararların Niteliği

Yetki devri sonucu alınan kararlar kurallar hiyerarşisinde, yetkiyi kullanan idari makamın idari durumuna uyan hiyerarşik seviyededir<sup>33</sup>.

Yani devralınan yetkiye dayanan kararlar, bunu alan makam veya görevlinin işlemi sayılır, onun hiyerarşisinde değer ve kuvvet kazanır<sup>34</sup>. Danıştay'ın uygulamaları da genelde bu yöndedir<sup>35</sup>.

Ancak, bu noktada Danıştay'ımızın zaman zaman farklı yönde kararlar verdiğini de belirtmek gerekmektedir. Danıştay Olağanüstü Hal Bölgesi'ndeki bir ilin valisinin, yetki devri sonucu Olağanüstü Hal Bölge Valisi'nin iptal davasına konu edilemeyecek bir yetkisini kullanması halinde, sözkonusu işlemin de iptal

31 Bu konuda Muammer Oytan'ın görüşleri için bkz. Mülkiye Müfettişlerinin 1994-1995 Kış Dönemi İnceleme-Araştırma Raporları, Ankara 1995, s. 18.

32 GÖZÜBÜYÜK-AKILLIOĞLU, s.39-40.

33 GERDANERİ, s. 32.

34 DURAN, s. 403.

35 D5D., E. 95/4235, K. 96/3251, KT., 24.10.96, sy. 93, s. 258.

davasına konu olamayacağını kabul etmektedir<sup>36</sup>. Burada Danıştay genel ilkelelerinden farklı olarak yetki devri sonucu yapılan işlemi, yetkiyi kullanan makamın değil de devreden makamın bir işlemi gibi değerlendirmiştir.

## II. İMZA DEVRİ

### A. İmza Devrinin Anlamı

İdari makamların günlük iş yükünün hafifletilmesinde kullanılan, yetki devri benzeri bir diğer teknik de imza devridir.

İmza, bir belgedeki beyanların sağlıklı olduğunu göstermek maksadıyla, belgedeki beyanların sahibi olan irade sahibinin yaptığı nihai işlemidir<sup>37</sup>.

İmza son derece önemlidir; sıklıkla işlemin varlığının bir şartıdır ve adeta işlemi yapanın iradesinin gösterilmesi vasıtasıdır. İmzalanmamış bir metin, ancak bir proje oluşturur ve henüz hukuki bir varlığa sahip değildir. Şu halde imza, öncelikli olarak şekil unsuru ile değil, yetki unsuru ile ilgili bir konudur<sup>38</sup>.

İmza yetkisinin devri, bazı konularda idari işlemin, asıl yetkiliye paralel olmak kaydıyla, farklı bir görevli tarafından imzalanabilmesi yetkisinin devridir<sup>39</sup>. Yani, açıklamadan da anlaşılabilceği gibi bir tür yetki devridir. Ancak, "yetki devri" adı altında yukarıda değindiğimiz kavramdan pek çok yönde ayrılmaktadır<sup>40</sup>.

Aslında imza devri, bir teşkilatın iç örgütlenmesi ile ilgili basit bir tekniktir. Amaç ise, idari personelin rutin imza törenlerinden alıkonarak, daha verimli ve sağlıklı çalışmasının sağlanmasıdır.

İmza devri tekniği üç tür işlemi kapsar<sup>41</sup>:

1- İdari bir kararın, idareci tarafından denetlenmesi anlamına gelen imza yetkisi devredilir.

2- Üstün astlarıyla birlikte "ortak karar verme" sürecinde gündeme gelen imza yetkisi devredilir.

<sup>36</sup> D5D., E. 94/763, K. 96/2936, KT., 2.101996, DD., sy. 93, s. 296; Danıştay bir başka kararında da kaymakamlık tarafından yapılan yetki devrine dayanarak yapılan idari işlemlere yönelik açılacak davalarda husumetin kaymakamlığa yöneltilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. D10D., E. 90/81, K. 90/2484, KT., 7.11.1990, DD., sy. 82-83, s. 976.

<sup>37</sup> YILMAZ, s. 333.

<sup>38</sup> DELVOLPE P., L'acte Administratif, Sirey, Paris 1983, s. 187-188.

<sup>39</sup> YAYLA, s. 91.

<sup>40</sup> ONARAN, s. 6.

<sup>41</sup> ONARAN, s. 6.

3- İdari işleme, hukuki statü kazandırmak yani işlemi daha emredici hale getirmek için gerekli olan imza yetkisi devredilir.

### B. İmza Devrinin Sonuçları

İmza devrinin sonuçlarını devredilen hususlar üzerinde devreden ve devralanın yetkisi ve imza devrinden doğan sorumluluk açısından değerlendirmek gerekir.

İmza devrinde yetki devrinden farklı olarak, karar alma yetkisi, imza yetkisini devreden makamda kalmakta, sadece imza ile nihai işlemin yapılması yetkisi devredilmektedir<sup>42</sup>.

İmza yetkisinin devrinde sözkonusu olan, bir makam veya görevlinin, ödevlerinden bir kısmının yani nihai işlemde bulunması gereken imzası ile yükümlülüğünün, başkasına yaptırılarak yükünün hafifletilmesidir. Bu sebeple, imza yetkisini devreden makam yetkilerini her zaman muhafaza eder<sup>43</sup>. İmza yetkisini devreden, bu yetkiyi dilediği zaman bizzat kullanabilir.

İmza devri vekaletten farklıdır. Vekalet etme en basit anlamıyla bir başkası adına hareket edebilmek için yetkilendirilmeyi ifade eder<sup>44</sup>. Vekalet halinde, vekil asilin sahip olduğu bütün yetkileri kullanabilir<sup>45</sup>. Vekalet geçici olduğundan, uzun vadeli işlerin vekalet ile yapılması sakıncalıdır<sup>46</sup>.

İmza yetkisinde ise devredilen sadece imza yetkisidir ve bu yetki, yetkisi devreden uygun göreceği zamana kadar devam eder. Ayrıca vekalet etme imza devrinden farklı bir kamu yönetimi tekniğidir. Vekalet halinde, vekilin hemen her konuda imza yetkisi varken, imza devri halinde imza yetkisi sadece önceden belirlenen konular içindir. Öte yandan vekalet edenin, vekili iş başındayken imza yetkisini kullanması mümkün değilken, imza devri halinde imza devri yapanın bu yetkisini, imza yetkisi kendine devredilen kişi ile birlikte, aynı anda kullanması imkan dahilindedir<sup>47</sup>.

İmza yetkisinin devri halinde, karar alma yetkisi hala yetkiyi devreden makamda olduğu için, imza yetkisi devredilenin yaptığı işlerin sorumluluğu da

---

42 GÜNDAY, s. 106.

43 DURAN, s. 403.

44 YILMAZ, s. 770.

45 GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.183.

46 YAYLA, s. 91. Ülkemizde idare hukukunun bir nezaket prensibi olan bu kurala riayet edildiğini söylemek zordur. Yüksek kademedeki idari makamların, uzun yıllar vekil sıfatıyla doldurulması ve bu yıllar dahilinde de hiç de günlük olmayan, hayati ve uzun vadeli işlemlerin yapılması hemen her gün karşılaşılan bir durumdur.

47 ÖZAY, s. 157.

yetkiyi devredene aittir<sup>48</sup>. Cezai sorumluluk halinde ise, cezaların şahsiliği prensibi gereği sorumluluk imza yetkisini kullanandır<sup>49</sup>. İmza yetkisini kullananın bir diğer sorumluluğu da, imza yetkisini kendisine devredene karşı disiplin yönünden ortaya çıkan sorumluluğudur<sup>50</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda anlatılan konular ana hatlarıyla dikkate alındığında yetki devri ve imza devri müesseselerinin, günümüz kamu yönetiminin vazgeçilmez teknikleri oldukları görülmektedir.

Yetki devrinde karar alma yetkisi, devredilen yetkiyi kullanacak olan makama geçmektedir. Bunun sonucu olarak da yetkiyi devreden makam, yetki devrini kaldırmadığı sürece o yetkiyi bir daha kullanamamaktadır. Buna karşılık imza devrinde karar alma yetkisi imza yetkisini devredende kalmakta ve imza yetkisini devreden bu yetkisini, imza yetkisi devredilenle birlikte istediği zaman kullanabilmektedir<sup>51</sup>.

Yetki devrinde devir ilişkisi, makamlar arasındadır. Yani yetkiyi devralan makamdaki kamu görevlisi değişse dahi yetki o makamda kalmaktadır. İmza devrinde ise çalışanlar arasındaki kişisel bir ilişki söz konusudur. İmza devrinde bulunan ya da devralan kişi değiştiğinde imza devri sona erer<sup>52</sup>.

Hemen bu noktada değinmek istediğimiz bir hususta, yetki devrinin kişilik dışı soyut olması halinin yetkiyi devralan makam için geçerli olması meselesidir. Yani, yetki devri halinde yetkiyi devralan makamdaki kişinin değişmesi yetki devrini sona erdirmez. Ancak yetkiyi devreden makam açısından aynı soyut ve kişilik dışı durumdan bahsedilemez. Yetki kullanımı ile ve idari işlemle yapılan yetki devrinde, yetkiyi devreden makamdaki kamu görevlisinin değişmesi halinde tıpkı imza devrinde olduğu gibi devir işlemi kendiliğinden son bulur. Nitekim Danıştay da bir kararında "... kişi irade ve takdirini kullanarak yetki devrinde bulunduktan sonra görevden ayrılmış, yerine başka bir kamu yöneticisi gelmişse devrolunan yetki kendiliğinden devredene döner. Çünkü aslolan yetkinin yasal sahibi tarafından kullanılmasıdır. Yeni bir yetki devri yapılmadıkça yetkinin evvelce devrolmuş kişiye kullanılması, işlemi yetki yönünden sakatlar. Yetki devri konusunda evvelki (devreden) yönetici ile onun yerine gelen sonraki yöneticinin iradeleri farklı olabilir. yeni yönetici yasanın kendisine verdiği yetkileri devret-

48 GERDANERİ, s. 30.

49 Bu konuda Muammer Oytan'ın görüşleri için bkz. Mülkiye Müfettişlerinin 1994-1995 Kış Dönemi İnceleme-Araştırma Raporları, Ankara 1995, s. 19.

50 GERDANERİ, s. 30.

51 GÜNDAY, s. 106.

52 ONARAN, s. 5.

mek istemeyebilir..." ifadesini kullanarak, yetki devrinin bu yönüne işaret etmiştir<sup>53</sup>.

Yetki devri ile imza devrinin bir başka farkı da kendisini devir sonucu yapılan işlemin niteliğinde gösterir. Yetki devri ile alınan kararlar, bunu alan makam ya da görevlinin işlemi sayılır. Oysa imza devri halinde ise, alınan karar bu yetkiyi veren makam veya görevlinin işlemi kabul edilir ve onun niteliğini taşır<sup>54</sup>.

İki devir tekniğinin, sorumluluk yönünden de farklı yapıları vardır. Yetki devrinde yetkiyi devreden yetki ile birlikte sorumluluğu da devreder. İmza yetkisinin devri halinde ise, sorumluluk devredende kalmaktadır<sup>55</sup>.

Türk kamu yönetimi sisteminde yetkilerin fazla merkezleştirilmiş olması ve kamu personelinin bu tekniklerin kullanımına yatkın olmaması, yetki ve imza devri tekniklerinden etkin ve rasyonel şekilde yararlanılmasına engel olmaktadır. Bu durum da, Türk devlet idaresinde gözlemlenen verim düşüklüğü, hantallık ve tıkanıklığın başlıca nedenidir.

---

53 D5D., E. 89/2735, K. 89/2286, KT., 13.12.1989, DD., s. 78-79, s. 266-271.

54 DURAN, s. 403.

55 OYTAN, s. 18.

## PARTİ İÇİ DEMOKRASİ

Arş. Gör. Vahdettin AYDIN\*

Arş. Gör. Yüksel METİN\*\*

### GİRİŞ

Toplumun genel kültürünün bir parçası olan siyasal kültür; her çeşit siyasal eylem karşısında gösterilen tepkilerdir. Bu olumlu veya olumsuz tepkiler siyasal sistemin tümüne ya da belli siyasi rol ve yapılara yönelik olabileceği gibi psikolojik etkenlere dayalı da olabilir.<sup>1</sup> Yani ferdin o konudaki bilgi ve inançları, duyguları ve bunların sonucu yapılan tercihler, siyasal kültürle doğrudan ilişkilidir. Bu oluşumu yakından etkileyen faktörlerin başında ise genel anlamda toplumdaki sosyal değerlerin tümü gelmektedir. Toplumun önemli bir yansıması olarak gördüğümüz siyasal partilerin iç yapılanması ve işleyişinin de bu kültüre göre şekillenmesi çok tabiidir.

Her konuda tam anlamıyla bir genelleme yapmanın mümkün olamayacağını da göz önüne alan bir anlayış ile çalışmamızda; demokrasi genel teorisi ve eleştirilerinden hareketle parti içi demokrasinin gerçekleşmesi şartları ile anayasal ve hukuksal çerçevesini de incelemiş bulunuyoruz.

Bugün çoğunlukla kabul edilen önemli bir eksiklik; parlamenter demokrasilerde kuvvetler ayrılığı ilkesinde özellikle yasama-yürütme dengesinin yürütme erki tarafından neredeyse işlemez hale getirilmiş olmasıdır. Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran parti ya da partiler hem yasama erkini hem de yürütme erkini oluşturması, bunun yanında bir de siyasal partilerin kendi iç yapılarından gelen otoriter yapılanması kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun bir yönetimin yerini açıkça liderler yönetiminin alma tehlikesi doğurmaktadır. Parlamenter demokrasiler için bu tür bir tehlikenin çoğu zaman göz önüne alınması gerekliliği sonuçta, parti içi demokrasinin bizi gerçek demokrasiye ulaştırabileceği tezini savunmaya yöneltmiştir.

### I. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ KAVRAMI

#### A. Genel Olarak

Çoğulcu ve katılımcı parlamenter rejimin demokratik ilke ve yöntemleri parti içi demokrasiyi gerekli kılmaktadır. Batılı anlamda demokrasinin yerleşme-

\* Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD.

\*\* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anayasa Hukuku Bilim Dalı.

<sup>1</sup> ÖZBUDUN, Ergun, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini*, AÜSBF Yayını, Ankara 1968, s.163.

si için, siyasal partilerin fonksiyonel hale gelebilmesi, milli iradenin parlamento-ya tam olarak yansiyabilmesi ve demokratik örgüt yapısı içinde tartışma ortamının yaratılarak, çoğulculuk esasına dayanan, geniş katılımlı siyasal kararların alınabilmesi, adil, eşit ve özgür seçimlerle lider, teşkilat ve adaylar belirlenerek demokratik uygulama yöntemlerinin bulunması; ancak "parti içi demokrasi"nin varlığı ile mümkündür.<sup>2</sup>

Parti içi demokrasi, "(s)iyasi partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun, hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması; demokratik örgüt yapısının kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması süreci" olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup>

Parti içi demokrasinin temel unsurları; parti iradesi oluşum sürecinin aşağıdan yukarıya doğru belirmesi, bu sürecinin belirli bazı karar alma kuralları ve seçim şekilleriyle biçimlendirilmesi ve parti içi düzenin demokratik ilkeleri, parti içi hürriyeti güvence altına almasıdır. Bu anlamda parti içi düzenin demokratik ilkeleri, hukuka saygı, temel hürriyetler, parti içi güçlerin ayrılması, seçilen kişilerin belirli süreyle seçilmesi ve özel azınlık haklarının sağlanmasıdır.<sup>4</sup>

Partilerin iç yapıları siyasal sistemlerin incelenmesinde göz ardı edilemeyecek olgulardandır. Çünkü partiler siyasal sistemin kalbini oluştururken onların örgüt ve demokrasi anlayışları da sistemin işleyişini yakından ilgilendirmektedir. Duverger'in siyasal partilere ait genel bir teorik çerçeve yokluğuna dair tespiti bu anlamda önem taşımaktadır. Zaten kendisi de siyasal partilerin ülkeden ülkeye farklılıklar arz eden yapılar olduğunu vurgulamaktadır.<sup>5</sup>

Demokratik bir yönetim için ayırt edici özellikler ortaya koyan iki yazar Lipson ve Mayo'nun ilkeleri belki bizim açımızdan da parti içi demokrasinin belli başlı şartlarını ifade etmektedir. Bunları parti içi demokrasi açısından şöyle sıralayabiliriz;

---

2 TUNCAY, Suavi, **Parti İçi Demokrasi ve Türkiye**, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996, s. 51.

3 TUNCAY, s. 52.

4 GRAWERT, Friedrich, **Parteiausschluss und innerparteiliche Demokratie**, R.V. Decker's Verlag, Heidelberg 1987, s. 62-63; Parti içi azınlığın korunması hakkında bkz. SODAN, Helge, "Innerparteilicher Minderheitenschutz durch Stimmenhaefung", **Die Öffentliche Verwaltung**, Heft 19, Oktober 1988, s. 828-834.

5 DUVERGER, Maurice, **Siyasi Partiler** (Çev: Ergun Özbudun), Bilgi Yay., 3. Bası, Ankara 1986. Önsöz'den, s. 7. Kanaatimizce Duverger'in kitabında da ele aldığımız konu hem müstakil başlık olarak ele alınmamış, hem de siyasal partilerle ilgili sistem ve sınıflandırma çabaları içinde unutulup gitmiştir.



1. Her parti üyesi, tüm vatandaşların sahip olduğu oy hakkının benzerini parti içindeki tüm seçimlerde oy kullanarak yönetime doğrudan katılmalıdır ve denetim görevini yerine getirmelidir,

2. Parti yönetimi, her şekilde dürüst gelişen seçimlerde aday ve programının onaylanmasını kendi parti üyelerine bırakmalıdır,

3. Üyelerin parti içi, siyasal nitelik taşıyan tüm hakları tam anlamıyla güvence altına alınmalıdır,

4. Parti politikaları kamu yararına yönelik olarak yine partililerce belirlenmelidir,

5. Parti, devletin başındaki önderlik sorununda olduğu gibi kendi içinde sorumlu ve eleştiriye açık bir denge içinde parti yönetimini yürütmelidir. Yönetimle ilgili herhangi bir sorun doğması halinde üyelerin yargıya veya önce parti içi yetkili kurullara başvuru hakkı temin edilmelidir,

6. Parti yönetim ilkelerinin her zaman uzlaşmaya varılarak değişimine imkan tanınmalıdır.<sup>6</sup>

Parti içi demokrasi öncelikle bir süreç olmakla birlikte; bu sürecin işleyebilmesi için belli unsurları taşıması bir önkoşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu önkoşulların başında siyasal partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve siyasal partiler üzerindeki baskıların ortadan kaldırılması ile hukuki düzenlemelerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu unsurların içinde hukuki düzenlemelerin özel bir önemi vardır. Çünkü, düzenlemeye esas olan anayasa hükmü düzenlemenin sınırını belirlemekte; düzenlemenin esasları siyasal örgütün yani partilerin işleyişini ortaya çıkarmaktadır. Kısacası, partilerin kuruluşundan üyelik kriterlerine, meclis gruplarından adayların belirlenmesi yöntemlerine, mali düzenlemelerden disiplin işlerine kadar her şey hukuki düzenlemelerle, partilerin iç düzenini şekillendirmektedir.<sup>7</sup>

Parti içi düzen, parti içi irade oluşumu organizasyonları olarak kabul edilmektedir.<sup>8</sup> İç düzen kavramına; parti tüzüğü ve programının düzenlenmesi, parti organlarının oluşumu ve faaliyetleri, parti üyelerinin hakları ve görevlerinin tespiti, kamu seçimlerinde siyasi partilerin aday göstermesi unsurları girmektedir.

6 MAYO, Henry B., **Demokratik Teoriye Giriş** (Çev: Emre Kongar), Türk Siyasi İlimler Derneği Yay. No:6, Ankara 1964, s. 1-4.

7 TUNCAY, s. 52.

8 Partilerdeki siyasi irade oluşumu hakkında bkz. MÜLLER, Dte, **Die demokratische Willensbildung in den politischen Parteien**, Mainz 1967.

Partilerin demokratik bir biçimde yapılanması, parti içi düzen açısından önem arz etmektedir.<sup>9</sup>

## B. Parti İçi Demokrasinin Önemi

Siyasal partilerin demokrasinin vazgeçilmez birer unsuru olduğu düşünülürse öncelikle kendilerinin demokratik bir örgütlenmeye sahip olmaları gerekmektedir. Daha da önemlisi siyasetin genel anlamda demokratikleşmesi gereklidir.<sup>10</sup>

Siyasal muhalefetin partiler ve parlamento içinde yerleşebilmesi demokrasi ilkelerinin açıkça uygulanabilmesine; demokratik kurum ve kuruluşların işlevsel hale getirilmesine bağlıdır. Başka bir deyişle, rejimin sağlıklı işleyişi öncelikle kurumlarının sağlıklı işlenmesini gerektirir. Parti içi demokrasinin işletilmesi, partilerin kamuoyunda işlevlerinin boyutlarını artıracak; tartışma ve görüşmelerin parti zemini dışına taşmasını önleyerek, aynı zamanda “parti kimliği” ve disiplinine de katkı sağlayabilecektir. Demokratik yönetimlerde açıklık esastır; gizliliğe yer yoktur. Alınacak siyasal kararların parti organlarında ve parti gruplarında tartışılması, yani karar mekanizmalarının işleyişi kamuoyu üzerindeki kuşku- ları da kaldıracaktır.<sup>11</sup>

Duverger’in siyasal partiler tasnifinde partilerin sahip olduğu örgütlenme modellerinin en büyük ayırt edici unsur olduğu belirtilmektedir.<sup>12</sup> Yani bir anlamda örgütlerin partilerin birer anatomileri olduğu ve bu yapıya ait tüm davranışları etkileyen pek çok etkenin de bulunması doğaldır. İnceleme konumuzu oluşturan parti içi demokrasinin var olup olmadığı, varlığı halinde siyasal partide doğuracağı durum bizim için bu yapının anlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü siyasal oluşumların tümü bir insan veya bir grup tarafından oluşturulmaya başlanılmasına rağmen örgütlü hale dönüştüğü andan itibaren farklı bir boyuta ulaşmaktadır. Yani örgütünün ve dolayısıyla kamuoyunun sesine kulak vermek ve getirilen eleştirileri değerlendirmek durumundadır. Kimi partilerin bu tür eleştiri ve görüşlere tahammül kabiliyeti yüksek iken kimilerinin ki de düşük kalmaktadır. Bu durumu önemli ölçüde etkileyen konuların başında ise partinin iç yapısı ve parti üyeliğine atfedilen önem yatmaktadır. Özellikle partilerin örgüt yapıları “esas itibarıyla uygulamalar ve yazısız adetlere dayanmakta, tamamen teamüli

<sup>9</sup> BLANK, Joseph Theodar, “Die innerparteiliche Willensbildung nach dem Grundgesetz, ihre Ausgestaltung im Parteiengesetz und ihre Berücksichtigung in den Parteiestatuten”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1 August 1976, s. 565.

<sup>10</sup> LIPSON, Leslie, *Demokratik Uygurlık* (Çev:Haldun Güralp-Türker Alkan), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara 1984, s. 68.

<sup>11</sup> TUNCAY, s. 53.

<sup>12</sup> DUVERGER, s. 10.

nitelik taşımaktadır. Tüzük ve yönetmelikler ya gerçeği hiç tasvir etmez veya çok eksik kahr; çünkü bunların olduğu gibi uygulandığı enderdir.”<sup>13</sup>

### C. Siyasal Partilerde Disiplin

Parti disiplini, parti tutarlılığı veya parti birliği ifadeleriyle eş anlamlı kullanılmaktadır. Parti disiplini kavramına liderden hareketle bir tanım getirmek gerekir ise siyasal parti lideri veya üst düzey yöneticileri emirlerinin parti üyeleri tarafından sorgulanmaksızın kabul edilmesi ve uygulanması için zorlamaya yönelik bazı yaptırımlarla sağlanan düzen veya tutarlılık anlamına gelmektedir.<sup>14</sup> Siyasal parti içindeki tutarlılık yani grup içindeki birlik ve beraberliğin sağlanması yönünde parti disiplininin önemli bir etken olduğu vurgulanmaktadır.<sup>15</sup>

Siyasal partilerin tümü kuruluş belgelerinde parti içi disiplininin sağlanmasına yönelik hükümler sevk etmişlerdir. Bunlardan pek çoğu disiplin cezalarını gerektirir suçlara ve bunlara ait cezaları uygulayacak organların düzenlendiği hükümlerdir. Genellikle parti disiplininin olup olmadığı parlamentolarda yapılan oylamalarda kullanılan oyların yönelimlerine göre değerlendirilmektedir. Yani partilerin meclis gruplarının aynı yönde ve muhalif parti görüşünün tersine oy kullanmış olmaları söz konusu disipline işaret etmektedir. Aksi hal ise yani muhalif olmalarına rağmen aynı yönde oy kullanmaları söz konusu ise parti disiplin ve baskısının fazla olmadığı söylenebilmektedir.<sup>16</sup> Bu tespit her zaman kesin hüküm içermemekle beraber hali hazırdaki partilerimiz için kabul edilebilir bir önerme sayılmalıdır. Belki de bu yüzden Türk hukukunda gizli oylamanın nispeten önemli konulara hasredilmesi söz konusudur. Bu anlamda yasama yürütme ilişkileri açısından parti disiplininin kuvvetler ayrılığı ilkesini hafiflettiği görülmektedir.<sup>17</sup>

Totaliter yönetimlerdeki siyasal partilerde parti disiplininden anlaşılması gereken ise bunun yoğunluğu ve uygulama alanının farklı olduğudur. Parti üyelerinin neredeyse özel hayatları da dahil tüm davranışlarının kontrol altında tutulduğu ve disiplinin oldukça sıkı ve geniş olduğu görülmektedir. Yani totaliter partiler “mutlak bir birlik tutkusu” içindedirler.<sup>18</sup> Bu birlik anlayışı asla doktrin veya büyük fikri ayrılıklara imkan tanımaz. Zaten bu çeşit partilere üye olanların iç yapıları da buna uygundur. Hatta partiden dışlanma fikri bir korku haline gelerek üyenin birlik anlayışı için tehlikeli davranışlar sergilemesine de yol açabilmektedir. Yani parti içi demokrasi hedefinin yanında doğrudan doğruya demokrasinin

13 DUVERGER, s. 11.

14 ÖZBUDUN, s. 2. Ranney ve Kendall'dan naklen.

15 ÖZBUDUN, s. 3.

16 ÖZBUDUN, s. 8.

17 ÖZBUDUN, s. 11.

18 ÖZBUDUN, s. 96.

kendisi de tehdiide maruz kalabilmektedir. Faşist ve komünist partilerin buna iyi birer örnek olduğunu söyleyebiliriz.<sup>19</sup>

Tek parti iktidarları örneklerinde egemen güç olan tek parti diktatöryası veya parti üst düzey yöneticileri tüm devlet güçlerini kontrol altında tuttukları için böyle bir uygulamada parti disiplini aramak anlamsızdır. Çünkü parti içinde eleştiri ve başka görüş belirtmenin 'hainlik' veya 'milli ideallere sadakatsizlik' ile eş tutulması içten bile değildir. İktidarın "...herhangi bir siyasal gruplaşmaya 'ayaklanma' olarak şüphe ile baktığı sürece muhalefetin gelişebilmesi için hiç bir yol kalmamış demektir."<sup>20</sup>

Disiplinli partiler ise daha çok hem meclis içinde hem de dışında kendi üye ve milletvekillerini ilgili parti tüzük, program ve kararlarla bağlayan partilerdir.<sup>21</sup> Böyle bir tanımın ardından hemen demokratik ve otokratik parti ayrımı akla gelmektedir. Çünkü demokratik partiler bizim anladığımız manada parti içi demokrasinin gerçekleşebileceği en uygun parti sistemini öngörmektedir. Serbest partiler, kendi üyelerinden bazı durumlar dışında baştan belirlenmiş bağlayıcı ve zorlayıcı davranışlar beklemezler. Parti yönetimi alınan kararların kendi lehlerinde olabilmesi için üyelerini etkilemeye çalışabilir, fakat parti görüşlerine uymayarak örneğin kendi seçim çevresinden gelen baskıları gözetip oy kullananlar hakkında herhangi bir disiplin cezası söz konusu edilmez.<sup>22</sup> Böylesi bir parti sisteminin işlediği ABD'de, partilerin grup kararları alması ve buna uyulması gerekliliği yönünde bir kaç defa girişimde bulunulmasına rağmen bunlarda başarılı olunamamış, ancak ABD'de her iki parti de yasama meclisleri yöneticileri ve komisyon üyelerinin tespitinde blok olarak grup kararı yönünde oy kullanmaktadırlar.<sup>23</sup> Özbudun, ABD'deki sınıf kutuplaşmasının zayıf olmasına rağmen mevcut partilerin örneğin Demokratların 1936 seçimlerinden beri işçilerin oylarını aldıklarını ifade etmektedir.<sup>24</sup> ABD'de liberal çoğulculuk olmadığı, siyasal konularda fikir birliğinin olduğunu belirten Gürbüz, bunun daha çok sistemin yapılanmasından kaynaklandığını ayrıca seçmenlerin de bu şekilde yönlendirildiğini belirtmektedir.<sup>25</sup> Kanaatimizce ABD'de baskı gruplarının doğrudan legal olarak yasama ve yürütme üyeleriyle ilişki kurabilmesi ve taleplerini gerçekleştirmesi yüzünden parti içi demokrasiye ait kuralların özel olarak yer alması beklenme-

19 BEYME, Klaus von, DANIELS, Robert V., "Muhalefet", *Devlet Ve Hukuk Üzerine Yazılar*, (Der. Mehmet Turhan), Gündoğan, Ankara, 1996, s.124 vd. Sovyet Rusya'da Lenin'in ölümünden sonra Trotsky, Zinonev ve Kamenev'in Stalin ile girdikleri parti içi mücadele buna örnek gösterilebilir.

20 BEYME - DANIELS, s.100.

21 ÖZBUDUN, s. 46.

22 ÖZBUDUN, s. 21.

23 ÖZBUDUN, s. 27.

24 ÖZBUDUN, s. 152.

25 GÜRBÜZ, Yaşar, *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler*, İstanbul 1987, s. 77.

melidir. Zaten toplumun sözcülüğünü üstlenmiş oldukları kabul edilen baskı gruplarının disiplin yönünden güçlü olan partiler karşısında kendi istek ve önerilerini dile getirmek ve uygulatmak yönünde etkin güce sahip olamadıkları görülmektedir.<sup>26</sup> Ayrıca Amerikan siyasal sistemi içinde partilerin diğer sosyal organizasyonlardan daha iyi durumda olmadığını belirten Keefe, “..gerçekte seçmen ve politikacıların bir kısmı dışlanarak yerine medya, kampanya firmaları ve benzeri unsurların ikame edildiği..”ni, hatta zaman zaman partilerden daha fazla önem arz ettiğini ifade etmektedir.<sup>27</sup>

İngiliz sisteminde ise partilerin oldukça disiplinli olduğu hep ifade edile gelmiştir.<sup>28</sup> İngiliz siyasal sisteminin esasta bir görüş birliği içinde olduğunu belirten Gürbüz, bu ülkedeki siyasal geleneğin doğal bir sonucu olarak aralarında büyük farklar olmadığını belirtmektedir.<sup>29</sup> Ayrıca İngiltere uygulamasında görülen sorumlu parti hükümetleri adıyla anılan disiplinli iki parti sisteminin demokrasinin gerçekleştirilmesine en uygun sistem olduğu belirtilmektedir.<sup>30</sup>

Fransa örneğinde ise çok partili parlamenter demokrasinin gereği olan tabana kadar örgütlenmiş partiler bulunur. Parti politikaları tabandan yukarı doğru gelişen kurullarla oluşturulan en büyük karar organı “Genel Kurul”dur. Önemli bir tespit ise Fransız sağ partilerin daha çok kadroya önem vermesine karşın Sosyalist Partilerin tabana yönelmesi olgusudur.<sup>31</sup> Fransız sisteminde genelde partilerin disiplinsizliği farklı görünümde arz etmektedir.<sup>32</sup>

Alman sisteminde ise siyasal partilerin parti disiplinine sıkı sıkıya uyduğu görülmektedir. Federal Meclis’de partinin takınacağı tutum hatta konuşacak kişilerin tespiti dahi önceden yapılmaktadır.<sup>33</sup>

Aşırı bölünmüşlüğüne rağmen İtalyan partilerinin de parti içi disipline sahip olduğu söylenmekte,<sup>34</sup> buna karşılık parti içindeki hiziplerin görüşlerini açıklamasına izin verilerek parti içi demokrasi sağlanmaktadır.

<sup>26</sup> ÖZBUDUN, s. 11-12.

<sup>27</sup> KEEFE, William, *Parties, Politics and Public Policy in America*, 5. Bası, Congressional Quarterly Inc. Washington, 1988, s. 17 vd.

<sup>28</sup> ÖZBUDUN, s. 50-51.

<sup>29</sup> GÜRBÜZ, s. 50-51; JAEGER, S. 112-113.

<sup>30</sup> ÖZBUDUN, s. 12.

<sup>31</sup> GÜRBÜZ, s. 104, 106-108.

<sup>32</sup> ÖZBUDUN, s. 88.

<sup>33</sup> ÖZBUDUN, s. 74; TRAUTMANN, Helmut, *Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat*, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 282, Berlin 1975, s. 247-248.

<sup>34</sup> ÖZBUDUN, s. 86.

Özbudun, bizdeki parti disiplininin bu denli kuvvetli oluşunu sorgulamakta, bunu seçim sistemleri (geniş çevreli çoğunluk sisteminde bağımsızlara ve küçük partilere seçilme imkanı neredeyse olmaması) ve aday tespiti usulünde arayanlara<sup>35</sup> katılmamakta, bunun sebebini daha çok Türk seçmeninin bağımsız adaylara ve küçük partilere teveccüh etmemesinde aramaktadır.<sup>36</sup> Yine aday tespitinde merkez organlarının hakimiyetini parti disiplininin sonucu görmekte, aşırı merkezizetçi partilerde bunun daha kolay olduğunu belirtmektedir.<sup>37</sup>

Özbudun'un 1980 öncesi partiler için öngördüğü iki güçlü parti sayesinde oluşan parlamenter sistemin nitelik yönünden partiler arası prestij ve güç mücadelesine dönüşmesi gerekçesiyle disiplinli partilerin varolduğu iddiası<sup>38</sup> bugünkü siyasal konjonktürde bir anlam taşımamaktadır. Çünkü artık seçim sistemleri sayesinde Türkiye de koalisyonlar ülkesi haline gelmiş bulunmaktadır. Sonunda Özbudun'un bir başka gerekçe olarak, kulluk sisteminin mutlak itaati gerektirdiğinden bahisle Türk toplumunun kültüründe disiplin anlayışının yattığını ifade etmesi düşündürücüdür.<sup>39</sup>

Parti disiplini için kaynak olarak gösterilen sosyolojik verilerin yoğunluğuna karşı anayasal ve yasal düzenlemelerin etkisinin daha az olduğu kabul edilmektedir. Lipset bu görüşe karşı çıkarak anayasal ve yasal düzenlemelerin özellikle seçim sistemine dair düzenlemelerin de sanıldığından çok belirleyici olabileceğini ifade etmektedir.<sup>40</sup> Aynı görüşün bir devamı olarak anayasal ve yasal düzenlemelerin parti içi demokrasinin varlığını derinden etkileyen faktörler olduğunu belirtmeliyiz. Parlamenter sistem ister istemez parti disiplininin sağlandığı bir düzen gerektirmektedir. Yani parlamentoda milletvekillerinin parti görüşü doğrultusunda hareket etmesini sağlamak eğer partisi iktidarda ise bunun devamını sağlamak anlamına gelmektedir. Parti disiplininin ayrı olarak kendi başlarına hareket eden milletvekilleri, siyasal geleceklerini doğrudan tehlikeye atmaktadırlar. Belki de bu yüzden Türk siyasal hayatında parti içinde güçlü konumda olmak isteyen üye ve milletvekillerinin klasik anlamda 'hizipçilik' yapmaları ve kendi güçleriyle orantılı olarak parti yönetiminde temsil ve söz hakkına sahip olmaları tabi karşılanmalıdır.

35 SAVCI, Bahri, "Murakabe Müesseselerinin Korunması", *Forum Dergisi*, S. 3, Yıl 1975, s.29.

36 ÖZBUDUN, s. 243-244.

37 ÖZBUDUN, s. 244.

38 ÖZBUDUN, s. 245.

39 ÖZBUDUN, s. 247.

40 ÖZBUDUN, s. 130.

#### D. Siyasal Partilerde Örgüt - Üye - Merkez İlişkileri

Üyeler için partili olmanın ifade ettiği anlam da parti içi demokrasi için önem taşımaktadır. Çünkü gerek Duverger'in 'sınırlı' ve 'totaliter' partiler, gerekse Neumann'ın 'ferdi temsil' ve 'sosyal bütünleşme' partileri ayırımında yer alan partilerde üyeliğe atfedilen önem değişik görünüm sergilemektedir. Özellikle sınırlı veya ferdi temsil partilerinde, parti örgütünün özelde parti üyelerinin siyasal katılımı ve aktivitesi, seçim ya da parlamento çalışmalarıyla sınırlı kaldığı için diğer sosyal bütünleşme araçlarına göre ikincil bir önem taşımaktadır. Buna karşılık totaliter ve sosyal bütünleşme partilerinde, parti üyeliği ve parti adına çalışmak kişiler için hayati anlamlar ifade etmekte veya etmesi sağlanmaktadır. Burada bir tespitte bulunmak bizim için önem taşımaktadır. Bu tür partilerin daha çok kendi üyelerinin nasıl ve ne yönde düşünceleri gerektiğini de düzenleme isteği içinde oldukları bir eleştiri olarak ifade edilmektedir. Buna tamamen katılmakla birlikte siyasal anlamda faaliyette bulunan partilerin diğer alanlarda da üyelerini yönlendirmesi ve bu şekilde hem üyeleriyle olan teması kaybetmemesi ve böylece de örgütünü her zaman diri tutabilmesi anlaşılabilir bir gerekçedir. Bu anlamda Neumann tarafından demokratik bütünleşme partileri olarak adlandırılan grup siyasal partilerin bu tür faaliyetlere daha müsait yapıları olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla parti örgütünün yanında yine parti tarafından kurulan yan kollar örneğin gençlik ve kadın kolları, komisyonlar, kooperatifler, sosyal yardım kurumları, vakıflar vs. ile üyelerin sosyal hayatları da bir anlamda yönlendirilmekte veya renklendirilmektedir. Neumann'ın bu konuda tespiti; sosyal değişimin zorluklarının görüldüğü, geleneksel kurumların görevlerini yerine getirmediği ülkelerde böylesi organizasyonlar ile siyasal partiler varlıklarını güçlendirdiği yönündedir. Yani geçiş dönemlerini yerleşik kurumları sayesinde daha az sancılı geçiren örneğin İngiltere ve İskandinav ülkeleri gibi ülkelerde ferdi temsil partileri ayakta kalabilmişlerdir.<sup>41</sup> Demokratik bütünleşme partilerinde parti disiplininin kuvvetli olduğu vurgulanmaktadır. Burada bir diğer vurgunun da disiplinin yanında parti içi demokrasi kurallarının işleyip işlemediği noktasına yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Böylesi bir yapı içinde parti içi demokrasi yerine yine liderler oligarşisi söz konusu ise demokratik bütünleşme hedefinin daha çok parti içi birliğin sağlanmasıyla yönelik hareketler içinde değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Bandırma ilçesi için yapılan bir araştırmada yerel düzeyde siyaseti yönetenler hakkında çıkarılmış profile göre; şehir bazında parti yöneticilerinin meslek gruplarına göre dağılımında serbest meslek sahipleri ve esnaf ağırlığı göze çarpmaktadır.<sup>42</sup> Fakat günümüzde yerel nitelikli liderlikte esnaf, tüccar ve serbest

<sup>41</sup> ÖZBUDUN, s. 127.

<sup>42</sup> VAROL, Muharrem, *Yerel Siyasetin Demokratikleşmesi*, Gündoğan Yay. Ankara 1989, s.158.vd. Yazar, eserinde 1950'li yıllardan itibaren Bandırma ilçesindeki yerel siyaset güçlerini istatistiksel bir

meslek sahibi olanların neredeyse salt egemenliği kalkmış görünmektedir. Varol bu eğilimi değerlendirirken ekonomik güç sahiplerinin siyasal güce de sahip olması anlayışında bir farklılaşma yaşandığını belirtmektedir.<sup>43</sup> 'Siyasetin esnaflaşması' olarak adlandırılan bu durum yerel anlamda siyasetin demokratikleşmesiyle aşılması mümkün gözükken bir durumdur. Çünkü esnaf ağırlıklı bir siyaset daha çok kendi mesleki ve ardından kişisel çıkarların çoğunlukla gözetildiği bir anlayışı vurgulamaktadır. Hatta Varol'a göre, daha çok yerel nitelikli siyasetin kulisi olarak işyerlerini göstermekte, bunun sonuç olarak siyasetin ideolojik veya program bazında değil faydacı nitelikte bir eylem olarak algılanmasını doğurmaktadır.<sup>44</sup>

Siyasetin esnaflaşması olgusuna bir de geniş kitlelerin siyasete katılma (siyasal) kültürlerinin gelişmeme veya geliştirilmeme olgularının karşılıklı birbirini beslediği gerçeğinin eklenmesiyle demokratikleşme önündeki en büyük engellerden birinin ortaya çıktığının söylenmesi önemlidir.<sup>45</sup>

Siyasal partilerin seçim başarısı; daha çok parti üyelerini teşvik eden, partiye karşı tutumları kararsız olanları cesaretlendiren, hatta bağımsızları etkileyebilen bir parti örgütüne bağlı olduğu görülmektedir.<sup>46</sup> Sonuçta parti örgütü öyle belirleyici hale gelmektedir ki, "seçmenin dikkatini aday ve parti programı üzerine çeken, oyları getirecek seçim masraflarını yapan parti örgütü" olmaktadır. İşte bu yüzden parti örgütlerini yöneten, maddi imkanları sağlayan ve harcamaları yönlendirenlerin halkın tercihlerini etkilemekte oldukça önemli hale gelmektedir. Hatta çoğu zaman böylesi güç sahipleri vasıtasıyla bir oligarşi oluşturulmaktadır. Lipson; "oligarşinin tunç kanunlarının bir kader" kaçınılmaz bir son olmadığını fakat örgüt teorisi içinde tüm oluşumların sonuçta az sayıda kişi veya gruplar tarafından yönlendirildiği gerçeğini ifade etmektedir.<sup>47</sup> İlginçtir demokrasiyi iki temel gerçeğe dayandıran Lipson, oligarşiyi sonuçta belirleyici kılmaktadır. Yani çoğunluk ilk belirleyen, fakat çoğunluğun belirlediği de farklı oligarşiler arasından herhangi birisi olmaktadır.<sup>48</sup> Bu iki gerçekten ilkinin oligarşinin sınırlayıcısı olarak görmek kanaatimizce de parti içi demokrasinin işlemediği her alanda doğru kabul edilmek durumundadır.

---

metodla incelemiştir. 1961/1980 döneminde bu sözkonusu iki grup, toplam olarak % 75'i bulmaktadır. Daha sonra bu oran azalmakla birlikte etkinliği hissedilir düzeyde kalmıştır.

43 VAROL, s. 162.

44 VAROL, s. 165.

45 VAROL, s. 411.

46 LIPSON, s. 250

47 LIPSON, s. 254.

48 LIPSON, s. 254.



## E. Siyasal Partilerdeki Oligarşik Eğilimler

Kitle partilerinin demokratik bir iç düzene sahip olmamasının sebepleri arasında oligarşik eğilimlerin ortaya çıkması önem taşımaktadır.<sup>49</sup> Oligarşik eğilimler içinde bulunanların Machiavelli'nin 'Prens' adlı eserini okuyup okumadığını tahmin etmek mümkün olmamakla birlikte ortaya çıkan uygulamalara göre 'Prens'te ki önerilerin pek çoğunun küçük nüanslarla günümüzde de geçerli olduğunu göstermektedir. Örneğin "özgürce yaşamaya alışık memleket ahalesinin fetihten sonra yönetme"nin güç olduğundan bahisle önerilen üç yönetim tarzı arasından sonuncusu; "vatandaşları eski halleri üzere bırakıp sadece vergilendirmek" tercihi tavsiye edilmektedir.<sup>50</sup> Belki bu tavsiyenin parti içi demokrasiye olan güveni artırması beklenebilir. İlginçtir ki, çağdaşımız Lipson'un da benzer yönde bir tavsiyesi; "diktatörlüğe karşı bir yöntem olarak yönetilenlere özgürlük verilmesi" şeklindedir.<sup>51</sup> Ya da Machiavelli'nin başka bir bölümde liderlik ile ilgili sorgulamalardan birisinde olduğu gibi "zor ele geçirilen yerlerin (makam da olabilir) prensin elinde daha kolay kalacağı" veya aksi tespitleri<sup>52</sup> bugünkü parti oligarşilerini de kapsar gözükmektedir.

Oligarşilerin nasıl oluştuğunu oldukça farklı bir üslupla dile getiren Machiavelli; "halk büyükleri, büyükler de halkı istemezler. (Prens) büyükler(arasın)den gelecek ise içlerinden birisi prestijle şişirilir sonra prens yapılır. Onun kanatları altında da (büyükler) 'açlıklarını giderirler.. Ama kara günde de karşı tavır alarak -itaat etmeyerek- prensi devirebilirler" derken adeta günümüz siyasal arenasına da ışık tutmaktadır.<sup>53</sup>

Siyasi partilerin bünyesinde bulunan oligarşik eğilimler, siyasi "seçkinler" ile yakından ilgilidir. Bu anlamda Weber'in 'şerefpayeler sistemi' olarak algılandığı mutlakiyetçi yaklaşımlara dayalı sistem, demokratik esaslara dayalı parti sistemi ile bir çelişki arz etmektedir.<sup>54</sup> Fakat oligarşik eğilimlerin bulunmadığı saf bir parti sistemi bulabilmek oldukça güçtür. Çünkü hala "sosyal itibar veya

<sup>49</sup> BOSUTER, Kudret, **Türk Siyasal Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi**, Ulusal Basımevi, Ankara 1969. s. 10.

<sup>50</sup> MACHIAVELLI, **Prens** (Çev:Nazım Güvenç), Anahtar Kitaplar Yay. İstanbul 1993, s. 56.

<sup>51</sup> LIPSON, Leslie, **Politika Biliminin Temel Sorunları** (Çev:Tuncer Karamustafaoglu), AÜSBF. Yay. No:332, Ankara 1973, s. 279-284.

<sup>52</sup> MACHIAVELLI, s. 58, 62-63. Machiavelli sayesinde, günümüz Türkiye'sinde mevcut siyasal partilerin liderlerinin bu bağlamda liderlikleri ve yaşadıkları sıkıntılar daha bir kolay anlaşılmalıdır.

<sup>53</sup> MACHIAVELLI, s. 76-79.

<sup>54</sup> ABADAN, Nermin, "Siyasi Partilerde Oligarşik Temayüller", **AÜSBFD**, C. 14, S. 2-3, Yıl 1959, s.110 vd. Şerefpayeler sistemi (Honoratiorensystem) ni Weber'den alıntılaman Abadan, tanım olarak; siyaset alanında fahri hizmet etmek esası yani 'politikadan geçinmeksizin politika yapabilmek' ifadelerini kullanmaktadır.

ekonomik durum (güç) parti bürokrasisi için de cazip görünmektedir.”<sup>55</sup> Bunun yanında Ostrogorski'nin tespit ettiği, kamu hizmetlerinin görülmesi için gerekli ilgi azalması yüzünden siyasal partiler içindeki idarecilerin gruplaşmaları ve sonunda tüm kararların küçük bir azınlık tarafından alınması durumu kaçınılmaz olmaktadır. Hatta bu durum pratik bir zorunluluk olarak bile algılanmaktadır.<sup>56</sup>

Michels'in sosyolojik anlamda parti içindeki lider egemenliğini incelediği çalışmasında daha çok üzerinde durduğu konu; organizasyonlarda tercih edilen örgütlenme metodu, bunun teknik yönleri ve kitlelerin yönelimi olmuştur. Yazara göre oligarşik yapıların kökeni çok eskilere dayanmakla birlikte bu yapıların içindeki insan psikolojisinin incelenmeye başlaması oldukça yenidir ve yüzyıllık bir geçmişe sahiptir.<sup>57</sup> Michels, baskıcı yönetimler için genel olarak kullanılan 'Bonopartist' ideolojilerin sonuçta tek adam yönetimine dönüştüğünü ve örgütlenme modeli olarak ta askeri yapılanma düşünce ve metodunun hakim olduğunu ifade etmektedir.<sup>58</sup> Seçilmişlerin seçenler, vekillerin vekalet verenler, delegelerin delegeleri seçenler üzerindeki hakimiyetleri, parti içinde oligarşik bir yönetici grubunun oluşmasını kaçınılmaz kılmaktadır.<sup>59</sup>

Michels'in ortaya koyduğu 'oligarşinin tunç kanunu'nda; iktidarın ister istemez topluluklarda bir azınlığın elinde toplanma eğilimi gösterdiği, üstün azınlığın da bunu kuvvet kullanarak, korku salarak veya baskı yaparak yığınlara egemen olmaya devam ettiği görülür.<sup>60</sup> Çünkü lider egemenliği, sosyal hayatın kaçınılmaz bir fenemonidir. Aynı zamanda demokrasinin zorunlu unsurları ile liderlik birbirine zıt unsurlar olarak görülür.<sup>61</sup>

Lipson ise tunç kanununun özellikle oligarşik olmayan yapılanmalarda her zaman geçerli olmayacağını vurgulamaktadır. Yani “örgütlerin (bir kısmında) üyelerine bazı durumlarda kuruluşu doğrudan denetleme imkanı tanınmış” olması halinde oligarşik yapıların oluşması söz konusu olmamaktadır.<sup>62</sup> Bunun siyasal partilerin için anlamı oldukça açıktır. Parti içi demokrasinin kuralları ve kurumla-

55 ABADAN, s. 113.

56 ABADAN, s. 114. Ostrogorski'den naklen.

57 MICHELS, Robert, *Political Parties, A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*, The Free Press, Glencoe, Illinois, 1949, s.7, 15, 42. Yazara ait bu eserin ilk baskısının 1915 yılında yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır.

58 MICHELS, s. 89.

59 Zikreden LOHMAR, Ulrich, *Innerparteiliche Demokratie: Eine Untersuchung der Verfassungswirklichkeit politischer Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart 1963, s. 110.

60 MICHELS, s. 162.vd.

61 MICHELS, s. 400.

62 LIPSON, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 323.

rını uygulayıp teşekkül ettiren partilerde oligarşik temayüllerin bulunması ihtimali uzak bir ihtimaldir. Oligarşinin genelliği için Pareto; “genel oy olsa da olmasa da toplum hep bir oligarşi eliyle yönetilir ve bu oligarşi halk iradesine dilediği biçimi vermesini bilir” demektedir.<sup>63</sup>

“Kaçınılmaz Oligarşi” olarak isimlendirilen bu olgunun nedenleri arasında; “doğrudan halk iktidarının imkansızlığı, yığınların önderlere olan ihtiyacı, kişileri kutsallaştırma eğilimi yönetimin bellir bir azınlığın eline geçmesine yol açmaktadır. Ayrıca demokrasinin bürokratlaşması ve kitlenin yetersizliği sonucu yönetimin seçkin ve iyi eğitim görmüşlerin elinde toplanması..” şeklinde çeşitli sebepler gösterilmektedir.<sup>64</sup> Bu tespitler daha sonra “Oligarşinin Tunç Kanunları” olarak adlandırılmış ve seçilenlerin kendilerini seçenler üzerindeki hakimiyetini ifade etmek için kullanılmıştır. Elitist görüş bu noktada pek çok gerekçeyle oligarşik eğilimleri meşrulaştırmaya çalışmıştır. Örneğin; büyük organizasyonların daha hızlı ve aktif hareket yeteneğine sahip olması ancak küçük bir azınlık tarafından yönetilmesiyle mümkün olur, denilmektedir.<sup>65</sup> Bir yönüyle günümüzde de geçerli olan bir tespit de, siyasal partilerde kararların örgüt desteğine sahip liderler tarafından alındığı gerçeğidir.<sup>66</sup> Burada örgütün yapısal durumuna göre liderin alacağı kararlarda etkisini hissettirmediğini veya dikkate alınmadığını söylemek mümkün değildir. Tartışılması gereken noktalardan biri, parti üst yönetiminin bu etkilenmeyi ne oranda yansıttığı ve bu görüşleri ne kadar temsil edebildiğidir. Diğerisi ise parti yönetiminin bizatihi örgütü de yönlendirerek hem parti içi demokrasiyi engellemesi, hem de kendi konularını güçlendirmeleridir. Bu konularda sıkıntılarının olduğu ise bir gerçektir. Çünkü siyasal partilerin en azından kanuni düzenlemelerle uymak durumunda olduğu ve örgüt katılımıyla gerçekleşen toplantılar sonucu siyasal kararların aşağıdan yukarıya doğru alınması gerekliliği yerine getirilmemektedir. Böylece parti içi demokratikleşmenin ve siyasal kararların meşruluğunun ön şartları böylece ihlal edilmiş olmaktadır.<sup>67</sup> Bu ihlallerin önlenmesi ve yine karar organlarında düşünce ve ifade özgürlüğü ile buna uygun olarak gizli oy kullanabilme hakkının güvence altına alınması gerekliliği ortadadır. Ayrıca keyfi üyelikten çıkarılmaya karşı korunma, aday göstermede demokratik usullerin getirilmesi ve mali yönden partilerin bağımsızlığının korunması önemli konular olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> LIPSON, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 322. Pareto'dan naklen.

<sup>64</sup> BOSUTER, s. 10. Michels'den naklen.

<sup>65</sup> BOSUTER, s. 11. Werner ve Esenburg'dan naklen.

<sup>66</sup> BOSUTER, s. 12. Stammer'den naklen.

<sup>67</sup> BOSUTER, s. 13.

<sup>68</sup> BOSUTER, s. 13.

Gerek siyasi gerekse idari yönden bir hakim-sınıf olmadıkça toplumun var olamayacağı, hatta gelişimi yönünde istikrarın sağlanabilmesinin en önemli şartı olduğunu ortaya koyan sosyolojik görüşleri<sup>69</sup> ‘oligarşinin tunç kanunları’ ile birlikte değerlendirmek gerekir. Yine teşkilat teorilerini siyasal anlamda inceleyen Kent’e göre de hakimiyetin belli bir oligarşiye sahip olan daha çok siyasal parti liderlerinde toplandığı görülür. Bunun altında ise “...memleketin hakiki kontrolünü elinde bulunduran siyasi bir hakim sınıf oluşmuş..” bulunmaktadır.<sup>70</sup> Spitz, Burnham’dan da alıntı yaparak daha çok üretim araçlarını elinde bulunduranların hakim sınıf olarak görüldüklerini ifade eder. Burnham, daha çok toplumların güdümlü demokrasi şeklinde olsa da demokrasiye geçebileceğini fakat demokrasi kurallarının hakim sınıfın iktidar ve imtiyazları ile çatışmayacak şekilde sınırlandırılmasının gerekeceğini vurgular.<sup>71</sup> Bunlara göre oligarşi; idare edilenlere karşı mesul olmayan bir hakim sınıftır. Gerçektende Spitz bunlara cevap verirken tarihsel bir olgu olarak hakim sınıf anlayışının insanlık tarihi boyunca şu veya bu şekillerde ortaya çıktığını kabul etmekle beraber günümüzde bu olguda hem ekonomik hem de siyasal anlamda eskiye göre büyük değişiklikler olduğunu vurgulamaktadır.<sup>72</sup>

Genel kabul gören anlayışa göre parti içi demokrasinin önündeki engellerin başında yukarıda sebeplerine değinilen oligarşik eğilimler gelmektedir. Tanilli daha çok kadro partilerinden kitle partilerine geçişin sonucu ortaya çıkan parti bürokrasisini gerekçe göstermektedir. Buna parti siyasal iradesinin oluşumunda ‘tekelleşme’ adını vererek sonuçta yönetici azınlığın denetlenemeyen ve parti örgütü sayesinde üyelerini istediği yönde kanalize eden bir yönetim anlayışından bahsetmektedir.<sup>73</sup> Diğer engelin ise siyasal partilere yapılabilecek dış baskılar olduğu görülmektedir. Siyasal partiler kendilerini destekleyen kuruluş ya da grupların aracısı haline gelen veya en azından onların istekleri doğrultusunda da gayret gösteren örgütler olmamalıdır.<sup>74</sup>

Parti disiplini sayesinde parlamentodaki milletvekilleri üzerinde hakimiyet tesis eden iktidar partisinin lider kadrosunun, aynı zamanda hükümet üyesi olabilmesi sonuçta yasama ile yürütme arasındaki ilişkinin ya da dengenin günü-

69 SPITZ, David, *Antidemokratik Düşünce Şekilleri* (Çev: Şiar Yalçın), Milli Eğitim Bakanlığı Devlet Kitapları, 1000 Temel Eser: 8, İstanbul 1969, s. 24. Bu görüşün temsilcileri arasında Robert Michels’i saymaktadır. Pareto ve Mosca’nın da bir elitist olmaları sebebiyle “...demokrasinin teşkilat bakımından imkansız olduğunu..” belirttikleri görülür.

70 SPITZ, s. 28-29.

71 SPITZ, s. 33-36.

72 SPITZ, s. 41.

73 TANİLLİ, Server, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Yayınları, 6 Bası, Ankara 1990, s. 227.

74 TANİLLİ, s. 228.

müzde değerini kaybetmesine sebep olmuştur. Bunun kötü etkilerinin olabildiğince giderilebilmesi amacıyla önerilenlerin başında parti içi demokrasinin gerçekleştirilmesi gelmektedir. Yani siyasal partilerde alınan kararların demokratik usuller içinde, aşağıdan yukarıya doğru katılımın sağlandığı bir örgüt yapısı esas alınmaktadır. Büyük kitlelerin seçimler dışında da görüş ve dileklerini ortaya koyabilmeleri ancak bu şekilde mümkün olabilmektedir.<sup>75</sup>

Siyasal katılımı sadece seçimlerde oy kullanma faaliyetiyle sınırlayan bir anlayış sonuçta toplumun tümünü olağanüstü yetkilerine karşılık pek çok noktada sorumsuzluğu söz konusu olabilen iktidar organlarının yönetimine bırakma eğilimi göstermektedir.<sup>76</sup> Ayrıca yeni anayasa değişikliğine kadar siyasal partilerin diğer sivil toplum örgütleri ve baskı gruplarıyla doğrudan ilişkiye girmesini engelleyen hükümlerle daha da güçlendirilen depolitizasyonun karşıtı, hiç şüphesiz parti içi demokrasinin her aşamada gerçekleştirilmeye çalışılması olacaktır. Zaten kuruluştan iktidar mücadelesine girip iktidar olana kadar geçen aşamalarda öngörülen kısıtlayıcı pek çok hüküm sayesinde tam bir demokrasinin gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağı haklı olarak vurgulanmaktadır.<sup>77</sup>

Parti içinde liderin dayandığı bir grubun olduğu bilinen bir gerçektir. İşte ne kadar oligarşik bir eğilim gösterirse göstereceği desteğini aldığı grubun yer ve zamana göre değişen ve bir anlamda karşılıklılık gösteren denetiminden söz edilebilir.<sup>78</sup> Yine kitlelerle ilişkisinde grup liderinin tam bir elitist mantıkla halkın desteğini küçümsemesi düşünülemez. Tersine halk veya delege desteğini arayıp bulmak ve kullanmak durumundadır. Belki işte bu noktada gerekli desteğin hangi şartlar altında ve ne şekilde sağlandığı sorusu önem kazanabilir.

Siyasal partilerin halka ulaşma çabalarının bir ürünü olarak örgütlenme aşamasında ister istemez bir hiyerarşi kurduğu görülür. Perinçek buna 'Parti Bürokrasisi' diyerek daha çok oligarşik yapılar arz ettiğini ifade etmektedir.<sup>79</sup> Belki böylesi bir örgütlenme zorunluluğu, halka doğrudan ulaşmanın bir gereği kabul edilebilir. Çünkü tüm seçmen kitlesinin katılım ve birlikte hareketinin sağlanmasının imkansızlığı ortadadır. Ayrıca modern çağda gelişen ve farklılaşan eylemler karşısında alanında uzman kişilerin görev almalarının avantajları da unutulmalıdır. Ayrıca böylesi bir örgüt ve bürokrasi kurma gerekliliği, lider ihtiyacının

<sup>75</sup> TANILLI, s. 229.

<sup>76</sup> PARLA, Taha, Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye'nin Siyasal Rejimi, Onur Yay. İstanbul 1986, s. 65 vd.

<sup>77</sup> PARLA, s. 115.

<sup>78</sup> SPİTZ, s. 122. Bu görüş genel anlamda oligarşik temayül sahiplerine söylenmiş tarafımızdan parti içi demokrasiye uyarlanmıştır.

<sup>79</sup> PERİNÇEK, Doğu, Anayasa ve Partiler Rejimi: Türkiye'de Siyasi Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması, Kaynak Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1985, s. 61 vd.

olması ile de izah edilmektedir.<sup>80</sup> Siyasal partiler için oligarşik yapıların zorunlu olduğunu bir şekilde ispatlamaya çalışan bu görüşleri eleştiren Perinçek, haklı olarak bunun var olan iktidar sahiplerinin iktidarlarını güçlendirmeye yönelik ifadeler olduğunu vurgulamaktadır.<sup>81</sup>

Siyasal partilerin iktidara yürüyüşlerinde güç aldıkları büyük halk kitlelerinin yönlendirme ve denetlenmesi yerine öngörülen siyasal lider ve siyasal bürokrasi yönetimi genel anlamda demokrasilerin de bozulması anlamına gelmektedir. Çünkü demokrasinin tanım gereği sahip olduğu kabul edilen halk katılımı ve yönlendirmesi siyasal partilerdeki bu sapmalar yüzünden gerçekleşmemektedir. Siyasal liderlerin yanında görünen kurullar veya daha büyük organizasyonlar olan kongre vs.ler kanaatimizce örgütlerde ihtiyaç duyulan demokratikleşmeyi sağlamaya yetecek durumda değildir. Hatta siyasal partilerin çoğu için liderler hegemonyası içinde işlerini gördüğü ve asla parti içi muhalefete veya aykırı seslere tahammül gösterilmediği bugün bile en popüler haber olarak karşımıza çıkmaktadır.

## II. PARTİ İÇİ DEMOKRASİNİN SAĞLANMASI YÖNÜNDE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Siyasal katılım açısından seçmenlerin sadece seçimlerde değil diğer zamanlarda da aktif olarak siyasetin belirleyicisi olmaları yollarından birisi de parti içi demokrasinin gerçekleştirilerek alınacak kararların aşağıdan yukarıya doğru örgüt içinde alınabilmesini sağlamaktır. Bu yönde parti içi demokratikleşmeyi sağlamaya yönelik bazı hukuki düzenlemeler mevcuttur. Özellikle yerel bazda başlayan seçimlerde yarışacak adayların tespit şekilleri, siyasi partilerin karar alma mekanizmalarının oluşumu, örgütlenirken uyacakları esaslar, ayrıca hem seçim dönemleri için hem de diğer zamanlar için mali yönden denetimleri konuları bu düzenleme kapsamı içinde görülmektedir.

### A. Anayasal Düzenlemeler

Siyasal partilerdeki oligarşik yapılanmanın önüne geçilmesi ve daha demokratik yapılar haline gelebilmeleri için ilk olarak II. Dünya Savaşı ardından hazırlanan Alman Bonn Anayasası'nda çeşitli hükümler sevk edildiği görülmektedir. Alman Anayasasınının 21.maddesi partilere ilişkin hukuki düzenlemenin esaslarını belirterek, siyasi partilerin demokrasinin bütünleyici unsuru olduğu ve aynı zamanda parti iç düzeninin demokratik ilkelere uygun olması ile mali kaynak ve harcamalara dair hesap verme yükümlülüğü getirmekle kurumsal güvence getirmiş bulunmaktadır. Bundan başka Siyasi Partiler Kanununda, partilerin iç tüzüklerinin demokratik esaslar içermesi, üyelerine eşit haklar tanınması, parti teşkilatlanmalarının piramit şeklinde olması ve alınan tüm kararların en sonunda

80 PERİNÇEK, s. 61-62. Michels'den naklen.

81 PERİNÇEK, s. 62.

genel kurullarda tüm üyelere bildirilebilmesi, parti adaylarının üyelerin katılımı ile aday yoklaması şeklinde yapılabilmesi gibi esaslar yer almaktadır.<sup>82</sup> Her ne kadar “etkisi Bonn Anayasası kadar olmasa da, İtalyan Anayasası’nın siyasi partilere bir anayasal kurum olarak yer verdiğini belirtmek gerekir.”<sup>83</sup> İtalyan Anayasasında tüm vatandaşların siyasi parti kurma haklarının 49.madde ile güvence altına alındığı görülmektedir. Bu madde hükmünde; “Bütün yurttaşlar, ulusun politikasının demokratik yollarla belirlenmesine katılmak üzere partilerde birleşme hakkına sahiptir.”<sup>84</sup> Bu iki düzenlemenin dışında Batı Avrupa’da Fransa, Portekiz, İspanya ve Yunanistan Anayasaları siyasi partilere güvence getirmiş bulunmaktadır. Bu güvencelerin başında parti kurma ve partilere üye olma hakkının korunması gelmektedir. Ayrıca özel olarak parti örgütlenmesi ve çalışmalarına dair özellikle İspanya Anayasası’nda “...iç düzenleri ve çalışmaları demokratik esaslara uygun olmak zorundadır” hükmü ile Yunanistan Anayasası’nda “...partilerin örgütleri ve faaliyetleri demokratik devlet düzeninin serbestçe işlemesine hizmet etmelidir” hükmü yer almaktadır.<sup>85</sup>

Bu yönde ülkemizde ilk anayasal düzenleme, 1961 Anayasası ile getirilmiştir. 1961 Anayasasının 57. maddesinin 3.fıkrasında; “Partilerin iç çalışmaları, faaliyetleri, Anayasa Mahkemesince hangi hallerde ve ne suretle hesap verecekleri ve bu mahkemece mali denetimlerinin hangi hallerde ve nasıl yapılacağı, demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir” denilmektedir.

1961 Anayasası, parti içi ve dışı faaliyet ayrımını benimsediğini 57.maddesindeki hükümlerle göstermiştir. Buna göre 1. fıkrada hükmünde siyasi partilerin faaliyetlerinde uyacakları sınırlar gösterilmiş, 3.fıkrasında ise içe dönük demokratikleşme şartı zikredilmiştir.<sup>86</sup>

1982 Anayasası’nda 69.madde 3.fıkra hükmünde parti içi demokrasi daha basit bir ifadeyle; “(s)iyasi partilerin parti içi çalışmaları ve kararları, demokrasi esaslarına aykırı olamaz” denilerek ortaya konulmuştur.

Parti içi çalışmaların demokratik esaslara uygun şekilde düzenlenmesinden anlaşılması gereken; “parti tüzüğü ve programının düzenlenmesi, parti organlarının kuruluşu ve çalışmaları, parti üyelerinin hak ve ödevlerinin tespiti, seçimlerde partiyi temsil edecek adayların tayini.. partinin mali kaynaklarının

<sup>82</sup> ABADAN, s. 117.; TRAUTMANN, s.146 vd.

<sup>83</sup> SAĞLAM, Fazıl, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yay. İstanbul, 1999, s.7.

<sup>84</sup> SAĞLAM, s.15.; *Die Verfassungen der EG - Mitgliedstaaten*, 4.Auflage, Beck Verlag, München, 1996, s.251.

<sup>85</sup> SAĞLAM, s.14-20. Söz konusu ülkelerin Anayasalarında yer alan madde numaraları; Fransız Anayasası 4.md., Yunan Anayasası 29.md., Portekiz Anayasası 10/2, 51/1 ve 117/1.md., İspanya Anayasası 6.md.

<sup>86</sup> BOSUTER, s. 22.

denetimi.” konularıdır.<sup>87</sup> Buna karşılık parti programı ve siyaset tarzı bu kapsam içinde değerlendirilemez.

Anayasa hükmünden de anlaşıldığı gibi siyasal partiler hakkında yapılan düzenlemelerde kanun koyucuya uyacağı sınırlar hakkında genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede önemli olan konunun, siyasal partilerin örgütlenmeden siyasal karar alma süreçlerine kadar demokratik esaslara uygun yapılması olduğu görülmektedir. Bunun dışında kayıtlamalar koymak siyasal katılıma engel olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Kanaatimizce burada demokratik esaslar tespit edilirken getirilecek olan düzenlemelerde siyasal partilerin uyacakları asgari şartların neler olduğunun tespiti önem kazanmaktadır. Çünkü her konuyu düzenleme hevesinde olan işlemler karşısında parti içi demokrasi gerçekleştirilmeye çalışılırken dayatmacı ve tek tip bir oluşum öngören düzenlemeler ile karşılaşmak doğru olmasa gerektir. Aksi halde son nokta olan çoğulcu demokrasinin gerçekleşmesini beklemek mümkün değildir.

Perinçek, demokratik esaslar konusunda asgari şartların tespitinde 3 kriter ortaya koymaktadır. Bunlar; “Üyelerin örgütteki bütün kademelere müstakar olarak fiilen katılması, yönetici organların belli zamanlarda düzenli olarak yenilenmesi ve otoriter bir yönetime meydan verilmeksizin üyelerce denetlenen bir parti yönetimi”nin oluşturulmasıdır.<sup>88</sup> Bu asgari şartları sağlayan siyasal partilerin kendi içinde demokratikleşmeyi daha ileri götürmesi de mümkündür. Yani parti kendi iç dinamiklerini kullanarak örgütünü daha katılımcı ve karar alma süreçlerinde daha etkin kılabilir, yargı denetiminden önce parti örgütlerinin oluşturacağı kurul ya da kongreler gerekli denetimleri yerine getirebilir. Böyle bir durum parti içinde hem otoriter eğilimleri engelleyecek hem de örgüt desteğinin her zaman üst düzeyde tutulmasına yardım edecektir. Perinçek bunun tersi bir anlayışı da zikrederek asgari şartları sağlayan bir partinin üyeleri tarafından sahip olunan bir kısım yetkilerin yönetime devredilmesinin de mümkün olabileceğini ifade etmektedir.<sup>89</sup>

## B. Yasal Düzenlemeler

Parti içi demokrasi aynı zamanda demokratikleşmenin de bir şartı olarak görüldüğü için gerçekleşmesi yönünde özellikle I. Dünya Savaşı'ndan sonra anayasal ve yasal düzenlemeler yapıldığı gözlemlenmektedir.<sup>90</sup> Çünkü savaşın ardından ortaya çıkan totaliter rejimlerin etkisiyle partilerin iç düzen anlamında da

---

<sup>87</sup> PERİNÇEK, s. 70.

<sup>88</sup> PERİNÇEK, s. 71.

<sup>89</sup> PERİNÇEK, s. 71.

<sup>90</sup> BOSUTER, s. 20.



demokrasiyi benimsemiş olması esaslarını içerir düzenlemeler zorunlu hale gelmiştir.<sup>91</sup>

1949 tarihli Federal Alman Anayasasında yer alan hüküm gereği çıkarılan 1967 tarihli Siyasi Partiler Kanunu da Anayasada yer alan temel ilkeleri somutlaştırmıştır. Alman Siyasi Partiler Kanununun kabulünden önce, siyasi partiler kanununun derlemesine yardımcı olmak üzere, Prof. Scheuner'in başkanlığında bilim adamlarından oluşan bir komisyon tarafından hazırlanan raporda siyasi partiler kanununda yer alması önerilen esasların, iç düzen (Innere Ordnung) kavramıyla sınırlı olduğu ve partilerin dışa dönük faaliyetlerini kapsamadığı görülmektedir.<sup>92</sup> 1967 tarihli Alman Siyasi Partiler Kanunu da, bu raporda belirtilen görüşler doğrultusunda, 6 ila 16. maddeler arasında, siyasi partilerin iç düzeniyle ilgili hükümler öngörmüştür. Bu maddelerde yer alan hükümler; parti tüzüğü ve programının düzenlenmesi, parti teşkilatı, parti organları, üye ve delege kongresi, üyelerin hakları, yönetim kurulu, parti komisyonları, parti kurultayının toplanması, parti hakem kurulları, organlarda irade oluşumu ve mahalli teşkilatlar hakkında tedbirlerden oluşmaktadır. Kanun, partilerin yerel teşkilatlanmaya gidebileceğini, ancak bunların büyüklükleri ile hangi çevreyi kapsadığı tüzükte gösterilmesini istemektedir. Bu düzenleme parti içi demokrasi için önemli bir talep içermektedir. Yerel teşkilatlanma, her bir parti üyesinin parti iradesinin oluşumunda belli ölçüde etkili olmasını mümkün kılacak şekilde yapılmak zorundadır.<sup>93</sup> Yasa koyucu, partilerin iç yapısıyla ilgili diğer düzenlemeleri partilerin kendi düzenlemesine bırakmıştır.

Bunun dışında anayasalarında siyasi partiler ile ilgili düzenleme bulunduran ülkelerin bir kısmında ayrı yasal düzenlemeler mevcut olmayıp daha çok anayasadaki hükümlerden ve eğer dernek şeklinde örgütleniyor ise derneklere dair düzenlemelerde yer alan hükümler çerçevesinde parti içi düzenleme ve demokrasiye uygunluk aranmaktadır. Örneğin Fransa ve Danimarka'da siyasi partiler için Dernekler Kanunu geçerli iken, Yunanistan'da ayrı bir düzenleme bulunmamakta

91 BOSUTER, s. 22-23.

92 Bu rapor, siyasi parti faaliyetlerinin demokratik esaslara uygunluğunu sağlamak üzere şu hususların göz önünde tutulmasını istemektedir: Bütün üyelerin oylamaya eşit şekilde katılmaları; partilerin mekan bakımından teşkilatlanması ve kademelere muhtariyet tanınması; bütün siyasi makamların seçimle doldurulması, "Cooptation" usulüne yer verilmemesi; bütün seçimlerde iş başına getirilen üyelere, ancak sınırlı bir vekaletin (bir ila üç yıllık) verilmesi; partinin program ve tüzüğünü ilgilendiren hususlarda, bazı hiziplerin partiden çıkarılmaları ve partiyi fesih gibi hususların prensip olarak en geniş sayıda üye ya da temsilcinin katılabileceği parti organlarında kararlaştırılması; ayrıca önemle üzerinde durulan parti içinde düşüncelerin serbestçe ifade edilmesinin sağlanması, parti faaliyetlerinin demokratikleştirilmesi için uygun hukuki düzenlemelerin yapılması gerektiğidir. Rechtliche Ordnung des Parteiwesens adlı raporda tartışılan konular ve önerilen görüşler hakkında daha geniş bilgi için bkz. LOHMAR, s. 131-141. 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun gerekçesinde bu rapordan yararlanıldığı belirtilmektedir

93 BLANK, s. 567.

ve anayasal hükümden hareketle yapılanma öngörülmektedir.<sup>94</sup> Avusturya'da ise 1975 tarihli Siyasi Partiler Kanunu'nun başında yer alan hüküm gereği, bu düzenleme anayasa düzeyinde bir düzenleme olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Ancak bu kanun, daha çok partilere yapılacak yardım konusuna ağırlık vermekte, bunun dışında parti tanımı, partilerin iç düzeni ve hukuki nitelikleri konularında hükümler içermemektedir.<sup>95</sup>

Ülkemizde 1946'da çok partili siyasal hayata geçilmesinin ardından 1961 Anayasası'na kadar siyasal partilerin iç işleyişlerinden çok dışa dönük siyasal faaliyetlerine ilgi gösterilmiştir. Ancak 1961 Anayasası'nın ardından bu yönde düzenlemeler yapılabilmıştır. 56.maddede siyasal partilerin; "ister iktidarda ister muhalefette olsun demokratik rejimin vazgeçilmez unsurları.." oldukları kabul edilmiş, 57/3.madde hükmüyle de; partilerin iç çalışma ve faaliyetlerinin demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Kanunla düzenleme yapılması gereği, ancak 13.7.1965 tarihinde 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile yerine getirilebilmiştir.<sup>96</sup> 1982 Anayasasının kabulünden sonra, Kurucu Meclis (Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi) tarafından hazırlanarak kabul edilen 24 Nisan 1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile siyasi partilerin iç düzeniyle ilgili ayrıntılı hükümler getirilmiş bulunmaktadır.

Özbudun, parti içi demokrasinin ayrıntılı yasal hükümlerle tesis edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Yazara göre, parti içi demokrasiyi kanun yoluyla tesis etmek mümkün olmadığı gibi, böyle bir düzenlemeden doğan uyumsuzluklar da salt siyasal nitelikleri dolayısıyla yargı organlarının uzmanlık alanına yabancı düşecek; bu organlara lüzumundan fazla ağır bir yük ve sorumluluk yükleyecektir.<sup>97</sup> Kaldı ki, Siyasi Partiler Kanununun, partilerin iç düzeniyle ilgili bazı hükümlerinde bir bakıma kendi amacıyla çelişik düzenlemeler getirdiği ve partilerin kendi iç yapılarını seçme özgürlüğünü geniş ölçüde kayıtladığı da ileri sürülebilir. Bunların, siyasal partilerin, "serbestçe faaliyette bulun"acakları ve siyasi partilerle ilgili kanuni düzenlemenin "demokrasi esaslarına uygun olarak" yapılacağı yönündeki Anayasa hükümleriyle (1961 AY. m. 56-57) ne derece bağdaştığı sorulabilir. Örneğin siyasal partilerin ilçe düzeyi altında, köy ve mahallelerde birer "parti görevlisi" dışında hiçbir şekilde ocak ve bucağ örgütleri kuramayacakları yolundaki hüküm (648 s. SPK. m. 17), siyasal partileri gerçek bir örgütlenmiş tabandan yoksun bırakmak suretiyle, parti içi demokrasinin gereklerine aykırı bir durumu bizzat yaratmış olmaktadır. Kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenlemenin en

4 SAĞLAM, s.35-36.

5 SAĞLAM, s.20. Avusturya Siyasi Partiler Kanunu daha çok partilere yapılacak devlet yardımı konusunu düzenlemekte, parti içi demokrasi ile ilgili hüküm taşımamaktadır.

6 BOSUTER, s. 21.

7 Aynı yönde görüş için bkz. ABADAN, Nermin, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili*, AÜSBF Yayını, Ankara 1966, s. 67.

büyük sakıncası, siyasal sorunlara hukuksal çözümler getirmeye çalışmak gibi, gerçekçi olmayan bir noktadan hareket etmesidir. Nitekim Türk Siyasal Partiler Kanunu da (648 s. SPK), parti yasakları ve özellikle partilerin iç düzeniyle ilgili olarak pek çok ve ayrıntılı hükümler getirilerek batı demokrasilerinde ancak parti tüzüğünde düzenlenen konular kanuni düzenleme konusu yapılmış bulunmaktadır.<sup>98</sup> Siyasal partilerin iç düzeni kavramı denilince daha çok parti tüzük ve programının belirlenmesi ve bu çerçevede parti organlarının teşekkülü, çalışmaları, parti üyesinin hak ve görevleri, aday tespiti gibi konular anlaşılacak durumundadır. Bosuter, partilerin mali yönden gelir elde etmesi konusunu iç düzen kavramı içinde görmekte, buna karşın parti programının içeriği ve buna uygun siyasal faaliyetleri bu konu dışında anmaktadır.<sup>99</sup>

### 1. Yasal Düzenlemelerde Siyasal Parti Örgütü

Parti içi demokrasi denilince akla gelen konu, siyasal anlamda faaliyette bulunacak bir örgütlenmenin olmasıdır. Örgütlenme modelleri incelendiğinde Duverger'in ifade ettiği gibi bu oluşum bazen tabanın etkisiyle bazen de tavanın teşvikiyle gerçekleşebilmektedir. Demokratik nitelik açısından örgütün sonuçta halka ulaşması ve daha çok aşağıdan yukarıya doğru şekillenmesi önem taşır. Bu şekillenmenin demokratik nitelik taşıyabilmesi için yerel bazdaki en küçük birimlerde küçük gruplaşmalar yerine parti üyeliğinin benimsetilerek tabanın genişletilmesi yolu tercih edilmelidir. Perinçek, bu konuda yerel örgütlenme içinde etkin rol oynayan ekonomik yönden güçlü kimselerin egemen olmasına izin verilmemesi gerektiğini bunun için de genel anlamda ekonomik alanda da köklü değişiklikler getirilmesini önermektedir.<sup>100</sup>

Perinçek'in siyasal partilerin örgütlenme aşamasından karar almasına kadar geçen süreçte nasıl bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğine dair önerileri ise şunlardır; Örgütlenmenin yerleşim birimi olarak en küçük yerlerden yani köy ve mahallelerden başlatılması, oluşturulan bu birim örgütlerine üye olanların aynı zamanda karar organı olması ve yukarıya doğru oluşturulacak örgüt organlarına seçim yoluyla üye göndermesi, partinin her birim yöneticisinin seçimle işbaşına gelmesi ve seçimle ayrılması, parti genel çizgisi içinde yani parti disiplini içinde her bir yönetim ve karar organının alacağı kararların müdahale görmemesi, parti için önem taşıyan tüm kararların ise parti kongre ya da kurultaylarında alınmasına yönelik hükümler olmalıdır.<sup>101</sup>

1965 tarih 648 sayılı SPK'nun yerine getirmek durumunda olduğu parti içi demokrasi esasları yerine daha çok bunu yok eden hükümler de içerdiği şeklinde

<sup>98</sup> ÖZBUDUN, s. 165-166.

<sup>99</sup> BOSUTER, s. 21.

<sup>100</sup> PERİNÇEK, s. 73.

<sup>101</sup> PERİNÇEK, s. 73-76.

eleştirilmektedir.<sup>102</sup> Benzer eleştirilerin 2820 sayılı SPK'nun 1999 değişikliğine kadar aynen geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Özellikle ocak ve bucak seviyesindeki parti örgütlenmesinin olmayışı "...adeta belli sınıflara özgü bir eşitlik anlayışı ile otokratik bir muhteva getirmiştir.. Mali yönden ise hazine yardımı dışında bir yenilik getirilmemiş, parti geliri, adayların kontrolü, pahalı milletvekilliğinin önlenmesi"<sup>103</sup> yönünde herhangi bir hüküm içermemiş olması önemli eleştirilerdendir.. Dolayısıyla seçmenlerin oy deposu olmaktan öte bir anlam ifade etmediği "seçkinler aristokrasisi"nden yana olan elitist görüş, "parlamentoyu siyasi ağırlık merkezi olarak muhafaza etmek, ocak-bucak teşkilatlarını yasaklayarak cahil halk kitlelerinin hiç olmazsa aktif politikaya sokulmasını.." bu yolla engellemek istemiş kabul edilmektedir.<sup>104</sup> Bu yolla toplumun iki kutuplu bir kırılma geçirmesinin önleneyeceği, köylülerin partilerine göre kahvehane ayrımı yapmayacağı düşünülmüş, fakat zamanla bu sertliklerin yumuşayacağı ve yerini siyasal bilinçlenmenin alabileceği dikkate alınmamıştır. İlçe bazında düşünülen siyaset, profesyonel kadroların tekeline terk edilmiştir.<sup>105</sup>

Yine parti içi demokrasinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak seçimle işbaşına gelen parti yönetiminin varlığı gereklidir. Bunun için her örgüt biriminin kendisi tarafından gerçekleştirilen kongre veya genel kurul toplantılarında kendi yöneticilerini seçmeleri usulü esas olmalıdır. Gerek 1965 gerek 1983 tarihli SPK bu yönde benzer hükümler getirmiştir. Örneğin; il ve ilçe kongreleri yönetim kurullarını seçme, parti genel başkanı dışındaki merkez organlarının ise parti kongre veya genel kurulları tarafından belirleneceği esasını getirmektedir. Kanununun 14. maddesi 4. fıkrada ilk cümlesi parti genel başkan seçimini partinin tüzüklerindeki esaslara göre parti genel kongresinde yapılacak hükümünü getirmektedir.

1999 değişikliğinden önce SPK 7. maddesine göre siyasal partilerin örgüt olarak en küçük birimi belde örgütleri olmakta, bu örgüt il ve ilçe dışında belediye teşkilatı olan yerlerde kurulmaktadır. Fakat bu birimler bağımsız olmayıp ilçe başkanlığına bağımlı olarak çalışmaktadır. SPK'nun değişiklikten önceki halinde en küçük birim olarak ilçe örgütleri kabul edilmişti. Zaten kanununun 4. Bölümünde 'il ve ilçe teşkilatları'ndan bahsedilmekte, fakat belde örgütüne değinilmemektedir. Belde örgütününün 1960'tan önce mevcut ocak ve bucak örgütlerine göre daha üst bir birim olduğu kabul edilmelidir. Bu durum oldukça eleştiri konusu olmuştur. Özellikle köylü vatandaşların nüfusun büyük bir yoğunluğunu oluşturması yüzünden böylesi büyük bir kitlenin siyasetten uzak tutulmasının yanlış-

02 BOSUTER, s. 135.

03 BOSUTER, s. 135-136.

04 BOSUTER, s. 136.

05 BOSUTER, s. 136-137.

lığı vurgulanmıştır.<sup>106</sup> Ocak bucağ örgütlerinin kaldırılmasına gerekçe olarak ise küçük yerleşim birimlerinde siyasal kutuplaşmanın fazlalığı ile siyasal partileri denetleyen Anayasa Mahkemesi'nin iş yoğunluğunun artması gösterilmiştir.<sup>107</sup> 1999 yılında yapılan değişiklikler ile bu eleştirilerin bir çoğunun haklı olduğu anlaşılmıştır.

2820 sayılı SPK 14. maddesi 1. fıkrasına göre “siyasal partilerin en yüksek organı büyük kongredir.” 14. Maddenin 4. fıkrası hükmüne göre; büyük kongre farklı isimlendirmeler adı altında toplanarak; parti merkez karar organlarını seçmekten, parti tüzük ve programında değişikliğe, gelir-gideri denetlemeye, partinin kapanmasından başka bir partiyle birleşmesine kadar önemli her konuda karar almaya yetkilidir.

Aynı şekilde 16. madde hükmünde yer alan “merkez karar, yönetim ve icra organları”, kongre ardından parti tüzük ve programına uygun olarak partinin önemli kararlarının alındığı 15 kişiden az olmayan kurullar şeklinde düzenlenmiştir. Alabileceği önemli kararlar, partinin varlığını sürdürmeyerek kapanması kararı dışındaki tüm kararlardır. Özellikle parti içi düzenlemeler bu organ tarafından çıkarılmaktadır.

Siyasal yapılanma içinde örgütün iki yönlü bir sorumluluk taşıdığı ifade edilmektedir. Buna göre; seçilerek örgütün herhangi bir biriminde yönetici durumunda olanlar kendisini seçenlere karşı sorumlu olurlarken, aynı zamanda yukarıdan aşağıya doğru da tüm yönetici ve kurulların parti tüzük ve kararlarına uymak zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>108</sup> Bunlardan ikincisine kanaatimizce parti disiplini demek mümkün gözükmemektedir. Zaten SPK da parti disiplininin sağlanması yönünde 17. maddede ‘Merkez disiplin kurulları’ ve 25. madde 2. fıkrada ‘Grup Disiplin Kurulları’ kurulmasını hüküm altına almış bulunmaktadır. Belirtilen kurullara karşı sorumlu olmak ve onların denetimine açık olmak ise parti içi demokrasinin şartlarından sayılmalıdır.

Parti üyelerinin faaliyet gösterebilecekleri alan bakımından 1980 sonrası değerlendirmeyi yapmayan Özbudun, 1980 öncesi partileri ferdi temsil partisi olarak kabul etmekteydi. Halbuki 1980 sonrası önce 1995 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri<sup>109</sup> çerçevesinde 68.maddede ve ardından buna uygun olarak 1999 yılında SPK’da değişiklik yapılanaya kadar tüm engelleme ve yasaklara rağmen gençlik ve kadın kolları gibi yan kuruluşlar parti dışında örgütlenerek üst bir katılım sağlanmaya çalışılmıştır. Anayasanın 68.maddesinde yer alan “..siyasi

106 TEZİÇ, Erdoğan, 100 Soruda Siyasi Partiler: Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye’de Partiler, Gerçek Yay., İstanbul 1976, s. 66.

107 TEZİÇ, s. 67.

108 PERİNÇEK, s. 77.

109 Bkz. 26.7.1995 tarih ve 22355 sayılı RG.

partiler, yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz. Kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar” hükmü 1995 yılındaki değişiklikle kaldırılmış ardından 1999 yılında SPK’da yapılan son değişiklikle 7.maddenin 1.fıkrasına “(s)iyasi partilerin tüzüklerinde ayrıca kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri yan kuruluşlarla, yabancı ülkelerde yurt dışı temsilciliği kurulması öngörülebilir” hükmü getirilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bugün ülkemizde bazı partilerin sosyal bütünleşme partileri olarak değerlendirilmesi pekala mümkündür. Ayrıca sınıf kutuplaşmasının büyük ölçekte yaşanmadığı ülkemizde sun’i de olsa başka ayrışmaların oluştuğu ya da oluşturulduğu gözlenebilir. Bunlara örnek olarak; her çeşit etnik ayrımcılık veya bölgecilik, inançlara bağlılık gibi konular belirtilebilir.

Türkiye’de parti içi demokrasinin sıkıntılarının en yoğun olduğu noktaların biri, parti örgütlerinin zaman zaman merkez tarafından feshedilmesi veya görevlilerine işten el çektirilmesidir. Parti disiplini ve siyasi parti kavramının gereği olarak böyle bir yetkinin bulunması normaldir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, SPK’nın konuyla ilgili düzenlemeleri parti içi demokrasiyi bozucu nitelikte midir? SPK, il ve ilçe örgütlerinin yönetim kurullarının işten el çektirilmesini kabul etmekte, bunun düzenlenmesini parti tüzüklerine bırakmaktadır. Ancak, bu kararlar gizli oyla ve yetkili kurulların üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla alınabilir. Ayrıca, SPK, ne kadar süre içinde il ve ilçe kongrelerinin toplanacağını ve yeni yönetim kurullarını da seçeceklerini öngörmüştür. Tanör, bu düzenlemeleri anti-demokratik bulmamakta, hatta belli ölçüde demokratik güvenceler içerdiğini belirtmektedir. Yazara göre, parti merkez ve taşra teşkilatlarına ilişkin SPK’da yer alan düzenlemelerde, parti içi demokrasi açısından doğrudan olumsuz etkide bulunan hükümler yoktur.<sup>110</sup>

## 2. Siyasal Parti Üyeliği

Parti üyeliği; partiye sempati veya ilgi duymaktan ayrı bir kavramdır. Çünkü partiye üye arasında resmi bir bağ olan üyelik ilişkisini gösterir yazılı bir belge veya taahhüt ile üyenin partiye sağladığı maddi katkı olan aidat ilişkisi bulunmaktadır.<sup>111</sup> Parti üyeliği dışında başka parti destekçileri ve yöneticileri de vardır. Taraftarlar, üyeler, militanlar, propagandacılar ve en başta yer alan liderler şeklinde bir sınıflandırma yapmak mümkündür.<sup>112</sup> Bu ayrımında parti içi demokrasi adına bizi ilgilendiren iki grup olduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilki parti üyeleri, diğeri ise liderler grubudur. Bir de bunun yanında parti içi ayrılıklardan doğan ve daha çok liderler düzeyinde tabanın yönelişlerinden ziyade liderlik mücadelesini ortaya koyan hizipleşmelerin de olduğunu belirtmeliyiz.

110 TANÖR, Bülent, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, İstanbul 1997, s. 20.

111 TEZİÇ, s. 45.

112 TEZİÇ, s. 46.

partiler, yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz. Kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar” hükmü 1995 yılındaki değişiklikle kaldırılmış ardından 1999 yılında SPK’da yapılan son değişiklikle 7.maddenin 1.fıkrasına “(s)iyasi partilerin tüzüklerinde ayrıca kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri yan kuruluşlarla, yabancı ülkelerde yurt dışı temsilciliği kurulması öngörülebilir” hükmü getirilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bugün ülkemizde bazı partilerin sosyal bütünleşme partileri olarak değerlendirilmesi pekala mümkündür. Ayrıca sınıf kutuplaşmasının büyük ölçekte yaşanmadığı ülkemizde sun’i de olsa başka ayrışmaların oluştuğu ya da oluşturulduğu gözlenebilir. Bunlara örnek olarak; her çeşit etnik ayrımcılık veya bölgencilik, inançlara bağlılık gibi konular belirtilebilir.

Türkiye’de parti içi demokrasinin sıkıntılarının en yoğun olduğu noktaların biri, parti örgütlerinin zaman zaman merkez tarafından feshedilmesi veya görevlilerine işten el çektirilmesidir. Parti disiplini ve siyasi parti kavramının gereği olarak böyle bir yetkinin bulunması normaldir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, SPK’nın konuyla ilgili düzenlemeleri parti içi demokrasiyi bozucu nitelikte midir? SPK, il ve ilçe örgütlerinin yönetim kurullarının işten el çektirilmesini kabul etmekte, bunun düzenlenmesini parti tüzüklerine bırakmaktadır. Ancak, bu kararlar gizli oyla ve yetkili kurulların üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla alınabilir. Ayrıca, SPK, ne kadar süre içinde il ve ilçe kongrelerinin toplanacağını ve yeni yönetim kurullarını da seçeceklerini öngörmüştür. Tanör, bu düzenlemeleri anti-demokratik bulmamakta, hatta belli ölçüde demokratik güvenceler içerdiğini belirtmektedir. Yazara göre, parti merkez ve taşra teşkilatlarına ilişkin SPK’da yer alan düzenlemelerde, parti içi demokrasi açısından doğrudan olumsuz etkide bulunan hükümler yoktur.<sup>110</sup>

## 2. Siyasal Parti Üyeliği

Parti üyeliği; partiye sempati veya ilgi duymaktan ayrı bir kavramdır. Çünkü partiye üye arasında resmi bir bağ olan üyelik ilişkisini gösterir yazılı bir belge veya taahhüt ile üyenin partiye sağladığı maddi katkı olan aidat ilişkisi bulunmaktadır.<sup>111</sup> Parti üyeliği dışında başka parti destekçileri ve yöneticileri de vardır. Taraftarlar, üyeler, militanlar, propagandacılar ve en başta yer alan liderler şeklinde bir sınıflandırma yapmak mümkündür.<sup>112</sup> Bu ayırmda parti içi demokrasi adına bizi ilgilendiren iki grup olduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilki parti üyeleri, diğeri ise liderler grubudur. Bir de bunun yanında parti içi ayrılıklardan doğan ve daha çok liderler düzeyinde tabanın yönelişlerinden ziyade liderlik mücadelesini ortaya koyan hizipleşmelerin de olduğunu belirtmeliyiz.

<sup>110</sup> TANÖR, Bülent, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, İstanbul 1997, s. 20.

<sup>111</sup> TEZİÇ, s. 45.

<sup>112</sup> TEZİÇ, s. 46.

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası düzenlemelerine göre parti üyelerinin hak ve görevleri bir anlamda parti içi demokrasinin de şartlarını belirlemektedir. Buna göre anayasa hükmünde ‘demokratik esaslara uygun olma’ veya ‘aykırı olmama’ şartı zikredilmekte, böylece parti organları için öncelikle seçilme, üyelerin her tür seçimde eşit haklara sahip olma ve serbestçe görüşlerini açıklayabilmesi şartları belirlenmektedir.<sup>113</sup> Parti üyesinin görevleri içinde en öncelikli olanlar ise, parti tüzük ve programı ile yetkili organların kararlarına uymaktır. Bilindiği gibi bunlara uygun davranmamak parti içinde disiplin kurulları aracılığıyla çözüme kavuşturulan konular olmaktadır.<sup>114</sup> Bunlar bir anlamda parti içi demokrasinin öteki yüzünü oluşturan parti disiplini konuları olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasal partilerde üyelerin durumu incelenirken öncelikle partiye üye olarak girme hakkı önem kazanmaktadır. Siyasal haklar arasında sayılan partilere üye olabilmek hakkı parti örgütünün kabulüyle, üyelikten ayrılma hali ise yalnızca üyenin tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşebilmektedir.

1961 Anayasasının 56. madde hükmü ile 1982 Anayasası 68. madde hükmü üyeliğe giriş ve çıkış hakkını; “Vatandaşlar siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir” diyerek güvenceye almış 2820 sayılı SPK 11 ve devamı madde hükümleri de bu doğrultuda hüküm getirmiş bulunmaktadır. Yine siyasal parti kurma imkanı, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası tarafından kanunda belirtilen seçilme yeterliliğine sahip her Türk vatandaşına tanınarak siyasal katılım için üye olmak zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu hakkın kullanılmasında üye olmak isteyen için koruma getiren kanuni güvenceler aynı zamanda siyasal partilere de üye kabulü konusunda seçme hakkı getirmektedir. Üyelik kabulünde seçme hakkının varlığı 2820 sayılı SPK’da 12. madde hükmünde ‘Üyeliğe kabul şartları’ başlığı altında;

“Siyasi parti üyesi olmaya kanuna göre engel hali bulunmayanların, üyeliğe kabul şartları parti tüzüklerinde gösterilir. Tüzükte üyelik için başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetilen hükümler bulunamaz. Siyasal partiler üye olma istemlerini sebep göstermeksizin de reddedebilirler. Ancak üyeliğe kaydını isteyeninin istemini reddeden teşkilatın bir üst kademesine, parti tüzüğünde gösterilen şekilde itiraz hakkı vardır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.” denilmektedir.

Siyasal partilerde kendi görüşlerine uygun üye kabul etmek ve kadro oluşturmak hakkına sahip kabul edilmelidirler. Buna göre parti üyeliği için gerekli şartların tespiti yönünde parti tüzüğünde hüküm olabileceği ve üyelik başvurularının herhangi bir sebep gösterilmeksizin reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>113</sup> TEZİÇ, s. 55.

<sup>114</sup> TEZİÇ, s. 55.



1982 Anayasası'nda 68.madde son fıkraya hükmü 1995 değişikliğinden önce siyasi partilere giremeyecek olanları; "Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, yükseköğretim kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, öğrenciler ve silahlı kuvvetler mensupları.." şeklinde belirtmekteydi. Söz konusu değişikliğin ardından yükseköğretim öğrencileri ve öğretim elemanları hakkındaki yasaklama kısmen kaldırılarak "(y)üksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun bu elemanların siyasi partilerin merkez organları dışında kalan parti görevi almalarına cevaz veremez ve parti üyesi yükseköğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarında uya-cakları esasları belirler" şeklinde düzenleme ile 1961 Anayasasının ilk düzenleme şeklinde dönülmüştür.

Parti üyeleri hakkında yapılacak disiplin işlemleri karşısında üyenin hukukun genel ilkeleri ile parti tüzüğünde belirlenen başvuru yollarını kullanması bir teminat olarak görülmelidir. Örneğin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi parti üyesi açısından önemli bir ilkedir. Buna göre üyenin keyfi olarak özellikle belirsiz hükümlerle parti yetkili disiplin kurulları karşısına çıkarılması ve cezalandırılması düşünülemez.

Perinçek, bu konuda belirsiz hükümlerin parti tüzüğünde yer almaması, buna karşılık iki basamaklı bir disiplin yargısı ile savunma hakkının korunması gerektiğini belirtmektedir.<sup>115</sup>

Parti üyesinin partisi karşısında ileri sürebileceği hakların başında, Anayasalar tarafından fertlere tanınan dokunulmaz temel haklar gelmektedir. Perinçek'in naklettiği, parti ile üye arasındaki ilişkinin devletle olan ilişkiden farklı olduğu ancak demokrasi ile ilgili olan hakların işlerliğinin söz konusu olabileceği<sup>116</sup> gibi görüşler fazlasıyla teorik tartışmalar olarak kalmıştır. Buna karşılık siyasal partilerin çalışma alanları ve mahiyetlerine uygun olan konulardaki temel hakların kısıtlanmasının mümkün olamayacağı görüşüne bizde katılmaktayız. Buna göre bir parti içinde dernek kurma özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, konut dokunulmazlığı gibi hakların siyasal faaliyetle ilgili olmadığı açıktır. Ancak sınırsız bir düşünce ve ifade özgürlüğü yerine parti tüzük ve programlarına bağlı kalınmak şartıyla kullanılan bir düşünce ve ifade özgürlüğü bulunmaktadır.<sup>117</sup> Bunlar parti bütünlüğü ve siyasal tutarlılık açısından gerekli görülen kısıtlamalardır.

115 PERİNÇEK, s. 82.

116 PERİNÇEK, s. 83. Henke, Maunz ve Düring'ten naklen.

117 PERİNÇEK, s. 83. Hesse, Luthman ve Lerche'den naklen.

Parti içi demokrasinin gerçekleştirilmesi yönünde gerekli bir teminat ta üyelerine gerek parti içinde yetkili organlara gerekse yargı yoluna başvurma hakkının tanınmış olması veya bunun kısıtlanamaması ilkesidir. Çoğunlukla herhangi bir organ tarafından alınan karara karşı parti içindeki bir üst yetkili organ veya kurulda itiraz imkanının sağlanması önem taşımaktadır. Parti içinde çözümü mümkün olmayan uyuşmazlıklarda ise adli yargıda hak arama imkanı söz konusudur. Çünkü siyasal partiler anayasalarda düzenlenen organlar olmakla birlikte Anayasa yargısına dahil olmadıkları gibi idari teşkilat içinde yer almamaları sebebiyle de idari yargıya tabi değildirlir.

### 3. Siyasal Partilerin Seçimlerde Aday Belirlemesi

Seçimlerde siyasi partiyi temsil edecek adayların belirlenmesi, partilerin iç düzeniyle ilgili bir mesele olarak kabul edilmektedir. Bu mesele, hukuk sistematığı açısından seçim hukukuna değil, bilakis partiler hukukuna dahildir.<sup>118</sup> Schattschneider, aday gösterme mekanizmalarının partiler açısından önemine değinerek; “aday gösterme usulünün mahiyeti, partinin mahiyetini belirler; aday gösterme yetkisi kimdeyse, partinin sahibi de odur” demektedir; bu durumu parti içi iktidar dağılımını gözlemleyecek en uygun ortam olarak görmektedir.<sup>119</sup>

Demokratik seçimlerin günümüzde seçmenlerin parti seçmesi haline dönüşmesi partilerin aday tespitindeki usullerinin demokratik olup olmamasını daha da önemli kılmaktadır. Çünkü anti demokratik yollarla aday tespit eden ve adaylarını seçtiren bir partinin temsili demokrasinin esaslarından olan halk hakimiyeti ve vekalet sistemini ihmal ettiği ortadadır.<sup>120</sup>

Başlıca aday belirleme yöntemleri; ön seçim yolu ile, aday yoklaması (teşkilat yoklaması) ile ve merkez yoklaması yolu ile aday belirleme yöntemleridir.

Adayların merkez yoklaması ve parti yönetim kurulları tarafından belirlenmesi, partili üye ve de seçmenlerin isteklerini yansıtmadığından demokratik bir yöntem olarak kabul edilmemektedir. Merkez yoklamasına artık parti tabanları değil, bütün seçmenler olumsuz bakmakta; hatta demokrasinin bu uygulamalarla zarar gördüğü kabul edilmektedir. Merkez yoklaması antidemokratik olduğu kadar, parti disiplinini öne çıkardığından parti içi demokrasinin uygulama ortamını da ortadan kaldıran bir araçtır.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> WOLFRUM, Rüdiger, *Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteien Gesetz*, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 246, Berlin 1974, s. 180; BLANK, s. 569.

<sup>119</sup> Zikreden ÖZBUDUN, s. 99.

<sup>120</sup> BOSUTER, s. 14.

<sup>121</sup> TUNCAY, s. 218.

Aday yoklamasıyla (teşkilat yoklaması) aday belirleme, ön seçim ile aday belirlemeye göre daha sınırlı bir kitle ile yapıldığından, partinin genel eğilimini ve talebini tam olarak yansıtamaz. Bununla birlikte, merkez yoklamasına göre daha demokratiktir. Teşkilatların kısmen iradesini yansıtır. Yine de adayları belirleyecek kurula sınırlı kişiler katıldığından tam isabetli bir aday belirleme yöntemi kabul edilemez.

Almanya’da adaylar, siyasi partilerin o seçim çevresinde bulunan seçme ehliyetini haiz bütün üyelerince veya bu üyeler tarafından seçilmiş temsilcilerce (delegeler) gizli oyla seçilmektedirler. Uygulamada adayların bütün parti üyelerince seçilmesi istisna, delegeler yoluyla seçilmesi ise kural haline gelmiştir. Böyle bir uygulamanın ortaya çıkmasının nedeni, bütün parti üyelerinin ön seçime katılmasını zorlaştıran engellerdir.<sup>122</sup> Wolfrum, ön seçimi, parti içi irade oluşumunun pekiştirilmesinin bir aracı olarak görmektedir.<sup>123</sup>

ABD’ndeki uygulama ve örneklerine bakıldığı zaman ön seçimin, “parti içi oligarşiler”i önleyeceği görüşü ağırlık kazandığından; parti lider ve üst yönetim organlarının “aday belirleme”de rol oynamaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yetkinin partili seçmenlere verilmesi savunulmuştur. Ancak bu seçmenlerin kimler olacağı konusunda bir anlaşma sağlanamamıştır. Seçmenlerin sınırlandırılması ön seçimin boyutunu da ortaya çıkarmaktadır. Ön seçimin uygulama şekillerinden ilki, her partinin kendi tüzükleri ve yönetmelikleri çerçevesinde tespit edilen üye ve delegelerin katılacağı bir ön seçimdir. Buna “dar anlamda” ön seçim denmektedir. İkincisi, tüm partili seçmenlerin katılacağı “geniş anlamda” bir ön seçimdir.<sup>124</sup>

Aday belirleme yöntemlerinden ön seçimin geniş kitleleri kapsayacak boyutta uygulanmasını savunanların yanında, partilere de belli bir yetki ve karar serbestisi tanınması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Örneğin Abadan, adayların belirlenmesinde “tabanı aşağı kaydırmak ve sonra organlar yoluyla merdivenli bir sistemle adayları düzenlettirmek” şeklindeki görüşü benimsemektedir.<sup>125</sup>

Parti disiplininin bozulmaması için geniş ön seçiminin uygulanmasını sakinçali bulanlardan Araslı’ya göre ise, “parti adayı olarak saptanan kişi partilerden daha çok seçmenlerle ilişki kurmak durumundadır. Seçmenden yetki almıştır.

122 TRAUTMANN, s. 280-281. G. Willms, bütün parti üyelerinin ön seçime katılabilmelerini sağlamak üzere, bir seçim çevresinin farklı seçim bölgelerine ayrılarak belirli bir zaman diliminde oy kullanılmasını veya adayların bütün parti üyelerinin göndreceği seçim mektupları yoluyla seçilmesini önermektedir. Bkz. TRAUTTMAN, s. 281.

123 WOLFRUM, s. 186.

124 TUNCAY, s. 206.

125 ABADAN, Nermin, *Hürriyet Seçim Semineri*, İstanbul 1972, s. 44.

Bu durumda partiye karşı kendini güçlü duyacak, partinin kararlarına uymamakta kendisini bağımsız hissedecektir".<sup>126</sup>

Türkiye'deki uygulamada, ön seçimden ziyade aday yoklaması ve merkez yoklaması yöntemlerinin uygulandığı görülmektedir.

Partilerin ön seçim yöntemini benimsememelerinin bir takım nedenleri vardır. Ön seçimle parlamentoya gelen milletvekilleri, daha bağımsız, daha güçlü ve güven duygusuna sahiptirler. Genel başkana itirazsız itaat etmezler. Seçmenlerin istek ve taleplerini parti gruplarına ve meclise getirebilme oranları yüksektir. Bu nedenle parti liderleri ve üst yöneticiler, bir gün liderliklerinin de tartışılabileceğini, oligarşik yapının kırılabileceğini tahmin ettiklerinden bu kişilere milletvekili seçiminde ön seçim hakkı vermezler. Kendi istediklerini, emirlerini dinleyenleri, genel başkanın dışında bir varlık olma özelliğini yitiren "peki efendim" diyen kişilerin adaylıkları merkez yoklaması ile yapılarak; parti, liderin elinde adeta bir şirket gibi yönetilir.<sup>127</sup>

Seçim sistemlerinin doğrudan parti disiplini bir anlamda parti içi demokrasiyi doğrudan etkilediği kanaatindeyiz. Özbudun'un örnek ülke olarak incelediği ABD'de partilerin yoklama veya ön seçim sistemini kullanmalarının parti disiplini zayıflattığı ifade edilmekte, buna karşılık ön seçimlerin kapalı yapılması isteğinin ağır bastığı belirtilmektedir.<sup>128</sup>

Parti liderlerinin aday gösterme sürecine tek seçici olarak katılması özellikle bizde merkez yoklaması adıyla icra edilmesi, baştan beri adayların tespitiyle başlayan aşırı merkezîyetçi ve disiplinli parti oluşturulmasında en büyük etken olmaktadır.

Siyasal partilerin aday tespiti; seçimlerde iktidara gelebilmek için önemli kozlarından birisidir. Hem genel hem de yerel seçimlerde partilerin aday gösterme şekilleri parti içi demokrasinin gelişmesi ve gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir. Bugünkü anlamıyla partiler demokrasisinde seçmenin partilerin dikte ettirdiği adaylara oy vermek durumunda bırakılması katılımcı ve çoğulcu demokrasi açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Seçim sistemlerinin de bu dayatmacı anlayışı destelemek yerine çoğulculuğu öngörmesi önemli bir adım olacaktır. Özellikle aday tespitinin daha çok merkez yoklaması adı altında küçük bir parti yöneticisi veya eliti tarafından gerçekleştirilmesi parti içi demokrasi büyük ölçüde zedelemektedir. Zaten aday tespiti pek çok seçim öncesi parti örgütü

<sup>126</sup> ARASLI, Oya, *Hürriyet Seçim Semineri*, İstanbul 1972, s. 40.

<sup>127</sup> TUNCA, s. 214.

<sup>128</sup> ÖZBUDUN, s. 134-135. Rösiter, Schattschneider, Odegar gibi yazarlar Amerikan sisteminin federatif bir yapı arzemesini parti disiplininin zayıflamasının en büyük sebebi saymaktadır. Özbudun haklı olarak federe devletler için bunun doğru olmadığını, Başkanlık Sistemi'nin de parti disiplini zayıflatan etkenlerden olduğunu söylemektedir.

ile merkezi arasında büyük sorunlar doğurmuştur. Uygulamada örgütün önseçim isteklerine karşılık parti genel merkezi yoklama yapılarak aday tespitini tercih etmektedir. Böylece merkez parti disiplini ve birliğini koruma gerekçesi ardında kendi isteklerini dayatırken yerel örgütler parti içi demokrasinin savunuculuğunu yapmaktadırlar.

Parti içi demokrasinin gerçekleşmesi yönünde atılabilecek en büyük adımlardan birisi hiç kuşkusuz siyasal partilerin aday tespitinde 'önseçim usulü'nün belli oranda zorunlu hale getirilmesidir. Kanaatimizce hiç değilse yerel parti örgütü, varlığını ve sesini bu yolla duyurabilme, siyasal ilgisizlik içindeki delegelerini motive edebilme ve üye kaydının artırılması yoluyla da daha büyük kitlelerinin siyasal katılımını sağlayabilme imkan ve avantajına sahip olabilecektir. Ayrıca merkez baskısının azalması halinde demokratik yollardan seçilen ve ardından meclise gönderilen milletvekilleri kendilerini daha kolay ifade etme ve çalışma imkanını elde etmiş olacaktır. Tüm bu avantajlarının yanında önseçim konusunda da siyasal bilinçlenmenin önemini biz de kabul ediyor, yerel parti yöneticilerinin maddi ve manevi baskılar sayesinde merkez dayatması yerine kendi oligarşilerini kurmaya yönelebilecekleri endişesini de taşıyoruz. Fakat ister delege, ister parti üyesi olsun seçmenlerin parti içi demokrasiyi en yakın platformda hissetmeleri ve bu şansı kullanabilmeleri veya bu bilince erişebilmelerinin bir başka yolunun olmadığını da belirtmek isteriz.

#### 4. Siyasal Partilerin Meclis Grupları

1961 Anayasası'nın 76. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 80. maddesinde "Milletin Temsili" başlığı ile ifade edilen milletvekillerinin seçildikleri bölgenin değil tüm milletin temsilcisi oldukları esası, bir anlamda siyasal partilerin varlığı ile farklı bir boyut arz etmektedir. Partilerin sahip oldukları iç disipline uygun hareket zorunluluğu temsili sistemi bir şekilde zorlamakta ve parti bütünlüğünün korunması amacıyla etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Kanaatimizce bu uygulamanın ileri götürülmesi parti içi demokrasiyi ortadan kaldırmakta ve partilerin oligarşik yapılarını güçlendirmektedir. Anayasa bir yandan parti içi faaliyetlerin demokratlaşmasını öngörürken, bir yandan da parti iç disiplini kurmaktadır. Kanaatimizce ayrıca parti grup disiplininin istisnalarını belirterek bunun esas kural olduğunu vurgulamaktadır. Partilerin meclis grup disiplinlerinin geçerli olmadığı durumlar; 1961 Anayasasında, 79/son fıkra, 1982 Anayasasında 83/son fıkrada belirtilen "yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkında görüşme ve karar alma yasağı", 1961 Anayasası 84/2. fıkrası 1982 94/2. fıkrasındaki "Meclis Başkanlığı için gruplar tarafından aday gösterilememesi" ve 1961 Anayasası 90/son fıkrası 1982 Anayasası 100/son fıkrasındaki "meclis soruşturması ile ilgili görüşme ve karar alma yasağı" halleridir. Ne yazık ki bu tür tarafsızlığı gerektiren ve gerçekten parti disiplininin işleminin yanlış olacağı konulardaki önleyici kuralların rahatlıkla ihlal edilebildiği görülmektedir. Bu kısıtlamalara riayet e-

dilmemekte, daha çok milletvekillerine tavsiye ve telkin şeklinde de olsa grubun istikameti yönünde oy kullanması için baskılar yapılmaktadır.<sup>129</sup> Yasama dokunulmazlığı ile meclis soruşturması gibi konularda parlamentonun yargı benzeri işlemleri söz konusu olması sebebiyle bu tür kararlara siyasal endişelerin karışmaması sağlanmıştır. Meclis başkanlığı için aday gösterilmesinin önlenmesiyle tarafsızlığın sağlanması hedeflenmiştir.<sup>130</sup>

Parti disiplininin parti içi faaliyetler yanında siyasal hayatta dışa yönelik yapılan çalışmaları da etkilediği ve “parlamentar sistemin işleyebilmesinin büyük ölçüde parti disiplini ile mümkün olabil(diği)” ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Bu bir anlamda parlamenter demokrasinin partileri yok sayamayacağı gerçeğini dile getirmesi açısından önemlidir. Ayrıca meclislerin çoğunluğa sahip grupların çıkarıldığı hükümetlerle çalışması sonucu yasama ile yürütme arasındaki dengenin yerini iktidar ile muhalefet grupları arasındaki çekişmenin aldığı söylemek mümkündür. Bu dengenin devam etmesi amacıyla katı bir parti disiplini savunmak ise kanaatimizce mümkün değildir. Siyasal partilerin meclisteki uzantıları olan milletvekillerinin parti yetkili organlarının aldığı kararlara uymalarının sınırı ne olmak durumundadır? Böyle bir sınır kabul edilmemesi yüzünden yasama gibi önemli bir görevi üstlenmiş olan milletvekillerinin temsil görevinin parti lehine kısıtlandığını görülmektedir. Parlamenter demokrasinin artık partiler demokrasisi olduğu ve ancak partilerle işleyebileceği, özellikle hükümet istikrarının çoğunluğa sahip olmanın yanında çoğunluğun disiplinine de bağlı olduğu, aynı zamanda seçmenlerin vekillerini seçerken daha çok partileri gözettileri iddialarını<sup>132</sup> reel politik açısından doğru olmakla birlikte temsili ve katılımcı demokrasi açısından olması veya ulaşılması gereken noktayı ifade etmemektedir.

Türkiye’deki siyasal yapı için Özbudun, Frey’in görüşlerini; “Türkiye’nin politikası parti politikasıdır. Yaygın ve iyi örgütlenmiş, halka dayanan partiler vardır” şeklinde nakletmektedir.<sup>133</sup> Türkiye’deki siyasal partilerin 1961 yılından sonraki yıllara ait meclis performansları ve parti disiplinine uygunluğunu inceleyen bir araştırma sonucuna göre tüm partilerin oldukça disiplinli yapılara sahip olduğu ve partili milletvekillerinin neredeyse blok halinde oy kullandıkları tespit edilmiştir.<sup>134</sup>

<sup>129</sup>MM 53. Dönem milletvekillerinin Başkan seçiminde DYP gurubunun ANAP grubu tarafından seçilenen Kütahya Milletvekili Mustafa Kalemli’ye oy verilmesi yönünde milletvekillerine telkin edildiği bizzat Başbakan tarafından açıklanmıştır.

<sup>130</sup>ÖZBUDUN, s. 198.

<sup>131</sup>ÖZBUDUN, s. 99-100.

<sup>132</sup>ÖZBUDUN, s. 101.

<sup>133</sup>ÖZBUDUN, s. 185.

<sup>134</sup>ÖZBUDUN, s. 188-189.

Parti Meclis Grupları; Seçimle gelen milletvekilleri tarafından yasama organı içinde oluşturulan meclis grubu da<sup>135</sup> parti disiplinine uygun hareket etmek durumundadır. Yani kendisi parti tüzük ve programı yanında parti kararları ile de bağlı durumdadır. Bunun yanında meclis grubu üyesi milletvekilleri grup disiplini diye adlandırılan bazı durumlarda parti birliğinin sağlanması yönünde mecliste birlikte hareket zorunluluğuna tabidir. Her ne kadar seçilen milletvekilleri temsili demokrasi gereği kendi vicdanlarına göre hareket etmek şartıyla vekalet almışlarsa da parti görüş ve kararlarını gözetmek zorunda bırakılmaktadırlar. Bu zorunluluk eğer parti meclis gruplarından karar olarak çıkmış ise aksi davranışlar parti disiplinine ait hükümlerin uygulanmasını doğurmaktadır. Ayrıca siyasi itibakal endişesi, lidere hoş görünme zorunluluğu gibi başka psiko-siyasal unsurlarda önemli etkilere sahiptir.

Meclis gruplarında söz konusu olan disiplinin bir oligarşiye dönüşmemesi için iki tedbir öneren Perinçek'e göre; parti grup disiplininin zayıflatılması düşüncesinin imkansız görünmektedir. Bu yüzden ikinci yol olan grup disiplinine hukuki düzenlemeler getirilmesi daha kolaydır.<sup>136</sup>

2820 s. SPK'nun Meclis Grubu'na dair getirdiği hükümler arasında iki önemli madde görülmektedir. Bunlardan ilki 27. madde belirtilen; "Grup genel kurulunda seçimlere ait oylamalar ile milletvekillerini bağlayıcı nitelikteki konulara ilişkin kararların oylamaları(n) gizli oyla yapıl(ması)..” öngören hüküm, diğeri ise 28. maddeyle, ikincisi ise herhangi bakan veya hükümete ait güven oylamalarında karar alma yetkisini grup genel kuruluna tanıyan hükmüdür. Bu hükümle grup yönetim kuruluna tanınmayan yetki grup genel kuruluna tanınmış bulunmaktadır.<sup>137</sup>

## 5. Siyasal Partilerin Mali Özerkliği

Siyasal partilerin tabandan gelen istek ve beklentilere cevap bulmak yerine kendisini özellikle maddi yönden destekleyen veyahut siyasal gelecek açısından iyi ilişkiler kurulması bir zorunluluk olan grup veya oluşumlarla işbirliğine gitmeleri modern demokrasilerde belli bir aşamaya kadar tabii karşılanmakta ve rekabet şartları içinde bireylerin de böyle oluşumlar sayesinde sesini daha rahat duyurabileceği iddia edilmektedir. Kanaatimizce baskı gruplarıyla girilen ikili ilişkilerin, sonunda önü alınamayacak bir istek yumağına dönüşmesi ve bu grupların doğrudan siyasal iktidarı kendi amaçlarına göre kullanmaya kalkışmalar -ki

135 TBMM İç Tüzük hükümleri ile Anayasa'da ve SPK da meclis grubuyla ilgili hükümler vardır. SPK.18.maddesine göre; mecliste 20 üyesi olan siyasal partiler meclis grubu kurmaya hak kazanmaktadır.

136 PERİNÇEK, s. 85.

137 PERİNÇEK, s. 86.

bunu Türkiye’de yaşayan bir kişi olarak hissetmemek mümkün değildir- demokrasi için büyük bir geri adım sayılmalıdır.

Siyasal partilerin mali yönden bağımsızlığının sağlanması da sonuç itibarıyla partinin kendi görüş ve politikaları doğrultusunda serbestçe faaliyette bulunmasının teminatı sayılmalıdır. Gerek 1961 Anayasası 57/2. maddesinde; siyasal partilerin gelir ve gider kaynakları hakkındaki düzenlemede gerekse 1982 Anayasası 69/4. fıkra hükmünde gerekli denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne tanınmış bulunmaktadır. Bu önemli bir güvence kabul edilmelidir. SPK’nu ise 61. maddesinde partilerin gelir kaynaklarını belirlemiş, belli kuruluşlardan bağış ve kredi alınmasını yasaklamış ve sınır getirmiştir.

### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları sayılan siyasal partilerin demokratik rejim için taşıdıkları önem açıktır. Günümüzde hürriyetçi demokratik bir rejimden söz edebilmek için, birden fazla siyasal partinin serbestçe faaliyette bulunduğu bir ortam ve partiler arasında eşit şartlarda yürütülen bir iktidar yarışmasının olması gerekir. Modern demokrasi partiler demokrasisidir.<sup>138</sup> Demokrasi siyasal katılmaya dayanır; demokrasinin tanımında halkın siyasete katılımı vardır. Siyasal katılmanın temel araçları ise, siyasal parti faaliyeti ve oy vermedir.<sup>139</sup> Demokrasi için bu kadar önemli olan siyasal partilerin, iç düzenlerinin ve işleyişlerinin de demokratik ilkelere uygun olması gerekir. Demokratik bir rejimin sağlıklı işleyebilmesi için gereken unsurlardan biri de, parti içi demokrasi ilkesidir.

Siyasal partilerin iç yapılanması ve işleyişi, partilerin içinde buldukları toplumun siyasal kültüründen ve siyasal rejiminden etkilenir. Siyasal rejimin parti içi demokrasiye etkisini, o siyasi rejimdeki yönetime katılmanın boyutları, özgürlük anlayışı, ideoloji zenginliği, çoğunluk kararlarına saygı ve kurumlaşma düzeyi belirler. Siyasal rejimin işleyişi, siyasal partileri, dolayısıyla da parti içi demokrasiyi doğrudan etkilemesine karşılık, parti içi demokrasi de siyasal rejime olumlu yönde etki eder.<sup>140</sup>

Parti içi demokrasinin sağlanması için başvurulacak yöntemlerden biri de, hukuki düzenlemelerdir. Anayasal ve yasal düzenlemeler parti içi demokrasinin sağlanmasında önemli bir araç olmakla birlikte, bu konuda titizlik gösterilmesi ve ayrıntılı hükümlerden kaçınılması gerekir. Zira Özbudun’unun da belirttiği gibi, ayrıntılı yasal hükümlerle parti içi demokrasi tesis edilemez. Kapsamlı ve ayrıntılı bir yasal düzenlemenin en büyük sakıncası, siyasal sorunlara hukuki çö-

138 ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1986, s. 68.

139 ERDOĞAN, s. 229.

140 TUNCA, s. 78-83.



zümmler getirmek gibi, gerçekçi olmayan bir noktadan hareket etmesidir.<sup>141</sup> Bu görüşten hareketle 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun böyle bir yanlışa düştüğünü söyleyebiliriz. Bu nedenle Siyasi Partiler Kanununun partilerin iç düzeni ve işleyişleriyle ilgili hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesi, parti tüzüklerine bırakılması gereken hususların kanun metninden çıkarılması, kısaca temel ilkele-ri öngören bir şekle sokulması gerekir.

Siyasal partilerin örgütlenmesi, parti iradesinin tabandan tepeye doğru oluşmasını sağlayacak şekilde olması gerekir. Parti kararlarının alınmasında parti üyelerinin katılımının artırılması ve partinin belirli ve dar bir kadro tarafından yönetilmesinin engellenmesi zorunludur.

Parti içi demokrasinin sağlanması ve işletilmesi için Tuncay'ın önerileri şunlardır.<sup>142</sup> Yeni bir üye kayıt sistemi oluşturulmalıdır. Delege seçimleri hakim teminatı altına alınmalıdır. Yerel ve merkez organların üyeleri daha geniş katılım sağlanarak seçilmelidir. Seçilen il ve ilçe yönetimleri görevlerinden ilke olarak alınmamalı, görevden el çektirme nedenleri açık olarak tüzüklerinde gösterilmelidir. Aday belirleme yöntemi geniş katılımlı ön seçimlerle hakim teminatı altında olmalıdır. Genel merkezin aday gösterebilme hakkı sınırlandırılmalı, parti tüzüklerinde milletvekili sayısının % 5'ini geçemeyeceği hükmü getirilmelidir. Ülke genelini ilgilendiren siyasal kararlar alınırken, teşkilatların görüşleri alınarak, karar mekanizması tabandan tavana doğru işletilmelidir. Parti genel merkezlerinde, yani GİK, MKYK ve PM'nde alınan kararlar açık tartışılmalı ve gizli oyla alınmalıdır. Lider sultas ve parti oligarşik yapısı ortadan kaldırılmalıdır. Milletvekillerinin çıkar ilişkilerine ilişkin girişimlerini önleyebilecek tedbirler alınmalıdır. Siyasal partilerin eğitim çalışmalarıyla, üyelerin ve teşkilatların siyasal bilinç ve siyasal kültür düzeyleri artırılmalıdır. Baskı gruplarının siyasal partiler üzerindeki etkisi azaltılmalı, lobicilik faaliyetleri yasal çerçeveye oturtulmalıdır. Siyasal rekabet içinden para ve ekonomik güç arındırılmalı, bilgili, liyakatlı ve erdemli insanların önü açılmalıdır.

Tanör, parti içi demokrasinin sağlanması noktasında parti adaylarının tespitinde genel merkez ve başkanın yetkilerinin azaltılmasının gerektiğini söyleyerek Siyasi Partiler Kanunu'nda değişikliklerle belli oranda ön seçim zorunluluğunun getirilmesini savunmaktadır. Ayrıca parti organlarının seçiminde 'çoğunluk' esasını yerine belli oranlarda parti disiplinini bozmadan 'nispi' seçim esasının getirilebileceğini vurgulamaktadır.<sup>143</sup>

141 ÖZBUDUN, *Parti Disiplini*, s. 165-166.

142 TUNCAY, s. 305-306.

143 TANÖR, Bülent, *Siyasi Partiler Yasası*, Tüsiad "Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi" Tartışma Toplantıları Dizisi 1, 5.Mayıs.1997, Tüsiad Yay. İstanbul, 1997, s.19.

Teziç'in, parti içi demokrasinin bugüne kadar gerçekleşmemesinin nedenlerinden olarak partilerin 1960'tan beri kapatılıp açılmaları sonucu parti kimliklerinin belirgin şekilde oluşmadığı yönündeki tespiti önemlidir.<sup>144</sup>

Tuncay'ın parti içi demokrasi mutlaka kurumsallaştırılmalı, bunun içinde bu ilkelerin anayasal çerçeve ile sınırlandırılması sağlanmalı şeklindeki önerisi ihtiyatla karşılanması gereken bir konuyu içermektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, parti içi demokrasi, salt anayasal ve yasal düzenlemelerle tesis edilebilecek bir alan değildir. Her ne kadar, parti içi demokrasinin sağlanmasında hukuki düzenlemelerin belirli oranda bir payı olsa da, bu yeterli değildir. Zira anayasalar, bütün sorunları çözen sihirli bir tılsım değildir. Kanaatimizce yapılacak hukuki düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken husus, hukuki düzenlemelerin çok fazla ayrıntılı olmaması, bütün sorunlara hukuki çözümler getirmekten kaçınılması ve parti içinde katılımın artırılmasını sağlamaya yönelik temel ilkelere önem verilmesidir. Aynı yönde Tanör'de hukuki düzenlemeler içinde parti içi demokrasiyi doğrudan engelleyen hükümler olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, parti içi demokrasinin varlığı, yokluğu ya da eksikliği sorunu hukuki bir problem olmaktan çok, siyasal kültür ve yetişkinlikle ilgili bir sorun şeklinde belirtmektedir. Siyasal rüşt düzeyi, partinin ideolojik ve politik eğilimi, üyelerin sosyal konumları gibi pek çok hukuk ötesi faktör, bu sorunun ortaya çıkmasında rol sahibidir. Bu nedenle, parti içi demokrasinin gerçekleşmemesinde hukukun çok fazla bir payı yoktur.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> TEZİÇ, Erdoğan, *Siyasi Partiler Yasası*, Tüsiad "Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi" Tartışma Toplantıları Dizisi 1, 5.Mayıs.1997, Tüsiad Yay. İstanbul, 1997, s.31.

<sup>145</sup> TANÖR, Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, s.19.



# İSLAM HUKUKU VE KLASİK DÖNEM OSMANLI UYGULAMASINDA ZİMMÎLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Arş. Gör. Yılmaz YURTSEVEN\*

## GİRİŞ

İslam tarihi boyunca gayrimüslimlerin müslümanlarla ilişkileri, İslam hukukçularını oldukça fazla ilgilendiren bir konu olmuştur. Gerek asli kaynaklarda gerek mezhep içtihatlarında gayrimüslimlerin müslümanlarla ilişkilerinin sınırları, İslam topraklarında yaşayan gayrimüslimlerin hukuki statüsünün ne olacağı meseleleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. İslam devletinde gayrimüslimlere bazen İslam hukuku, bazen de kendi hukukları uygulanmıştır. Özellikle Klasik Dönem Osmanlı uygulamasında Osmanlı vatandaşı olan gayrimüslimler (zimmîler), baskılardan uzak, din, inanç ve geleneklerini rahatça yaşama imkanı bulmuşlar, bu durum günümüze kadar kendi benliklerini koruyabilmeleri sonucunu doğurmuştur.

Her zimmînin mensubu olduğu dine göre tâbi olduğu hukuk kuralları belli olup, tamamen ayrı incelemelere konu olacak kapsamdadır. Bu çalışmada konuyu sadece İslam hukuku ve klasik dönem Osmanlı uygulaması açısından ele alacak, zimmîlerin hukuki statülerini ortaya koymaya çalışacağız.

## I. ZİMMİLİK VE ZİMMET AKDI

### A. GENEL OLARAK ZİMMÎ KAVRAMI

#### 1. Zimmîlik, Zimmet Kavramları ve Zimmet Müessesesinin Hukuki Dayanakları

İslam hukukuna göre dünyadaki insanlar müslümanlar ve müslüman olmayanlar (gayrimüslimler) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Darü'l İslam<sup>1</sup>, da

\* S.Ü. Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

1 İslam Ülkesi (Darü'l İslam), İslami hükümlerin açıkça yürütüldüğü veya içinde oturanların çoğu yahut tamamı müslüman olan ülkelerdir. CİN Halil- AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. I, Konya 1995, s. 154; Şafiilere göre Darü'l-İslam üç kısımdır: 1) Müslümanları meskun buldukları yerler. 2) Müslümanların fethedip, gayrimüslim ahalisini cizye karşılığında iskan ettirdikleri yerler. Bu yerlerin mülkiyetinin İslam devletine veya barış ile İslam devletine bırakılmış olması farketmez. 3) Başlangıçta müslümanların meskun buldukları, daha sonra gayrimüslimlerin istila ederek egemenlikleri altına geçen yerler. BİLMEN Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. III, İstanbul, (tarihsiz) s. 371; Bir ülkenin Darü'l İslam kabul edilmesinde temel ölçü, yönetim ve icraatın İslami olması, yani ülkenin İslam esaslarına göre yönetilip, İslam hukukunun uygulanmasıdır. Demografik açıdan orada yaşayanların tamamının veya çoğunun müslüman olması şart değildir. ZEYDAN Abdülkerim, Ahkamu'-Zimmiyyin ve'l- Müste'menin fi Dari'l-İslam, Beyrut 1988, s. 17'den naklen, YAMAN Ahmet, İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler, Ankara 1998, s. 98.

yaşayan tüm müslümanlar dil, ırk ayrımı yapılmaksızın İslam ümmetinin üyesi sayılarak bir bütün oluşturmaktadırlar. Müslümanlar, İslam topraklarında İslam hukukuna tümüyle uymak zorunda olup, hak ve borçlar açısından birbirlerine eşittirler.

Müslüman olmayanlar ise dinlerine ve müslümanlarla olan politik ilişkilerine göre iki açıdan tasnife tabi tutulabilirler. İlk tasnife göre gayrimüslimler, Ehl-i Kitab ve müşrikler (putperestler) olmak üzere ikiye ayrılırlar. Bir semavi kitaba inanan (Tevrat, Zebur, İncil) tüm gayrimüslimler için Ehl-i Kitab ifadesi kullanılır. Uygulamada Zerdüşt'ü peygamber kabul eden mecusileri de ehl-i kitab gibi işleme tabi tutan imamlar vardır. Putperestler ise İslam ile ölüm arasında seçme zorunluluğu olan, yani kendi dininde kalma özgürlüğüne sahip olmayan kimselerdir<sup>2</sup>.

Müslümanlarla olan hukuki ve siyasi ilişkilerine göre ise gayrimüslimler üç grupta toplanır: Harbiler, müste'menler ve zimmîler. Harbiler, Darü'l Harb'de<sup>3</sup> oturan ve İslam korumasından yararlanamayan kimselerdir<sup>4</sup>. Müste'menler, aslında İslam ülkesi vatandaşı olmayıp, geçici bir süre için izin ve pasaport ile İslam ülkesine giren ve İslam topraklarında oturma iznine sahip olan harbilerdir<sup>5</sup>. Bir ülke İslam devleti egemenliğine geçtiği zaman, İslam egemenliği altına girerek, İslam topraklarında sürekli olarak yaşama hakkını elde eden ehl-i kitab gayrimüslimlere ise "zimmî" adı verilir. Putperestlerin zimmî olma hakları olmayıp, zimmî statüsüne girebilmek ancak ehl-i kitaplar için söz konusudur<sup>6</sup>.

Zimmî, Arapça zimme kelimesinden gelmekte olup, sözlük anlamı itibarıyla, and, güvenlik, ahd, aman, zaman, hak gibi anlamlar taşımaktadır<sup>7</sup>. Bir harbinin veya harbi bir toplumun, İslam ülkesinde, güvenlik içinde devamlı oturma ve bazı istisnalar dışında vatandaşlık haklarından faydalanma sonucu doğuran

2 BOZKURT Gülnihal, "İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri", D.E.Ü.H.F.D., Kudret Ayiter Armağanı, c. III., sy. 1-4, Ankara 1987, s. 117.

3 Darü'l Harb, düşman toprakları olup, İslam ülkesi olmayan ülkelere denir. CİN-AKGÜNDÜZ, s. 154; ÜÇÖK Coşkun-MUMCU Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1981, s. 63; Darü'l Harb, henüz müslümanların hakimiyetine geçmemiş olan, fetih yoluyla İslam ülkesi haline getirilinceye kadar müslümanlar için cihad konusu teşkil eden yer demektir. M.E.B. İslam Ansiklopedisi, c. III, s. 492; İslam'ın siyasi hakimiyetinin sınırları dışında kalan idare ve hukuk nizamının İslami olmadığı her ülkedir. Bunda da temel ölçü, İslam hükümlerinin tatbik edilmemesidir. ÖZEL Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İstanbul 1984, s. 78.

4 BOZKURT, s. 117.

5 CİN-AKGÜNDÜZ, s. 155; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1996, s. 168; BOZKURT Gülnihal, "İslam Hukukunda Müste'menler", Fadıl H. Sur Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 361-379.

6 BOZKURT, Zimmîler, s. 117.

7 KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. III, İstanbul 1991, s. 234; BİLMEN, s. 422.

sözleşmeye zimmet adı verilmiştir<sup>8</sup>. Zimmi, İslam devleti ile bu sözleşmeyi yapan gayrimüslimler için kullanılan bir deyim olup, gayrimüslim kadına ise zimmiye denir<sup>9</sup>.

Bir harbinin zimmi olması ancak zimmet anlaşması ile mümkün olmakla birlikte, bunun tek istisnası, bir harbi kadının müste'men olarak girdiği İslam topraklarında, İslam ülkesi vatandaşı olan bir zimmi ile evlenmesidir. Bu yolla kadın, ayrı bir zimmet sözleşmesine gerek olmaksızın, kocasının statüsünü takip ederek zimmi olur, ancak aynı durum bir harbi erkek için geçerli değildir<sup>10</sup>.

Zimmet müessesesi, Kur'an ve sünnet hükümlerine ve ilk halifeler tarafından yapılan zimmet anlaşmalarına dayanılarak gelişmiştir. Kur'an'da Mümtehine suresinin 8. Ayetinde "Allah sizinle din hususunda savaşmayan ve sizi yurtlarından çıkarmayanlara iyilik yapmanızı ve adaletle davranmanızı yasaklamaz; Allah adil olanları sever"<sup>11</sup> denerek onlara iyi muamele edilmesi öğütlenir.

Aynı şekilde Hz. Peygamber'in de zimmiyle ilgili hadisleri vardır. Hz. Peygamber, "Kim zimmiyle zalim ve katı davranırsa, haklarını kısar ya da taşıyabileceğinden fazla yüklenirse, onun malına el koyarsa, kıyamet gününde ondan davacı olacağım" buyurmuştur<sup>12</sup>

## 2. Zimmet Anlaşmalarının Tarihi Gelişimi

Hz. Peygamber Medine'ye hicret etikten sonra 52 maddeden oluşan bir metin hazırlamış ve bu metinde İslam toplumu içerisinde zimmiyle ilgili hukuki durumunu da açıkça belirtmiştir. Bu metnin birinci maddesinde "Bu yazı peygamber Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli mü'minler ve müslümanlar ve bunlara tabi olanlar ile yine onlara sonradan katılmış olanlar ve onlarla birlikte cihad edenler için olmak üzere tanzim edilmiştir" denmektedir. 25. Maddede "Benü Avf Yahudileri mü'minlerle birlikte bir ümmet teşkil ederler. Yahudilerin dinleri kendilerine, mü'minlerin dini kendilerinedir". Yine 16. maddede de "Yahudilerle bize tabi olanlar zulme uğramaksızın ve onlara muarız olanlarla yardımlaşmaksızın, yardım ve dayanışmamıza hak kazanacaklardır" denmektedir<sup>13</sup>.

<sup>8</sup>ARAMAN, s. 234; BOZKURT, Zimmiler, s. 117.

<sup>9</sup>BOZKURT, Zimmiler, s. 117.

<sup>10</sup>BOZKURT, Zimmiler, s. 117.

<sup>11</sup>ADAK Bekir, Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlatımı, İstanbul 1989, s. 548.

<sup>12</sup>BOZKURT, Zimmiler, s. 118.

<sup>13</sup>MİDULLAH Muhammed, İslamın Hukuk İlmine Yardımları, İstanbul 1962, s. 82.

Belgede ifade olunan hükümlerden de anlaşılabilceği gibi, zimmiler müslümanların koruması altında güvence içinde yaşayabilme garantisi almaktadırlar.

Medine metnini çeşitli hıristiyan kabilelerle yapılan diğer anlaşmalar takip etmiştir. Hz. Peygamber, Akabe hıristiyanlarının lideri olan Yohanna'ya yazmış olduğu mektupta, "İslamiyeti kabul et veya cizye öde. Allah ve peygamberine itaat edersen her türlü Arap ve yabancı saldırısından uzak kalacaksın. Reddedersen seninle mutlaka savaşağım ve erkekleri kılıçtan geçirip, kadın ve çocukları esir alacağım..." diyerek Yohanna'yı zimmet anlaşması yapmaya davet etmiştir. Sonuçta Hz. Peygamber ve Yohanna arasındaki görüşmeler bir anlaşma ile sonuçlanır: "Bu, Allah ve Muhammed tarafından Yohanna halkına verilen bir garantidir. Ayrıca tüm yolcularına ve onlarla birlikte seyahat eden herkese verilen bir güvencedir. Onların yolculuklarını herhangi bir şekilde engellemek yasadışı olacaktır"<sup>14</sup>.

Hz. Peygamber'in sağlığında imzaladığı en son anlaşma Necran'da yahudilerle ve hıristiyanlarla yaptığı zimmet anlaşmasıdır. Çok ünlü olan bu anlaşma ile Medine metninden farklı olarak zimmilere vergi konmuştur<sup>15</sup>.

Hz. Peygamber devrinden sonra özellikle ilk dört halife döneminde, Hz. Peygamber'in yapmış olduğu zimmet anlaşmaları yenilenmiştir. Böylece Hz. Peygamber'in sağlığında yapmış olduğu anlaşmalar, sonradan yapılan anlaşmalara örnek teşkil etmiştir. Daha sonra gelen halifeler çeşitli anlaşmalar yapmışlar, temelde anlaşmalara sadık kalmakla birlikte, zimmilere bazen daha az bazen daha geniş yetkiler tanımışlardır<sup>16</sup>.

Gayrimüslimlerle yapılan zimmet akdinin temel amacı, onların İslam ülkesinde hayatlarını güvenlik içinde sürdürmeleri, barışın sağlanması ve müslümanların arasında yaşarken İslam'ı tanıyıp, kendi istekleriyle müslüman olmalarını sağlamaktır. Ayrıca zimmet anlaşmasıyla can, mal, ırz ve namusları güvence altına gireceğinden, akdin yapılmasından sonra, bunları mübah kabul ederek el uzatmak caiz olmayacaktır. Bunlarla birlikte, onların İslam devletine ödeyecekleri vergi (cizye), zimmet anlaşması yapmaya iten diğer bir sebeptir. Zira cizye, ödemeye gücü yetenlerden, güçleri yettiği oranda alınan bir vergi o-

14 BOZKURT, Zimmiler, s. 119; Hukuki mana ve mahiyeti ile ilk zimmet akdi Mekke fethinden sonra başlamıştır. Bundan önce Resulullah'ın gayrimüslimlerle yaptığı anlaşmalar geçici, belli bir müddet nihayetinde hükmü sona erecek olan anlaşmalardır. "Kitab ehlinden olup da Allah'a ve ahiret gününe iman etmeyen, Allah ve Resulü'nün haram kıldığını haram bilmeyen ve hak dini yaşamayanlara karşı, baş eğerek cizye verinceye kadar savaşın..." (et-Tevbe: 9/29) mealindeki ayetin Mekke fethinden sonra nazil olmuş bulunması da yukarıdaki hükmü kuvvetlendirmektedir. KARAMAN, s. 234.

15 KHADDURİ M., War and Peace in the Law of İslam, Baltimore 1955, s. 206'dan naklen, BOZKURT, Zimmiler, s. 119.

16 BOZKURT, Zimmiler, s. 120.

içerir. Bu teklifi kabul etmezlerse savaşmak<sup>22</sup> zorunda kalırlar. Savaşılırsa, savaş sonucunda köle olarak alınabilirler ve malları ganimet olarak dağıtılır. Ehl-i kitab olmayan gayrimüslimlere ise zimmet çağrısında bulunulmayacaktır. Çünkü müşrikler ya İslam'ı kabul etmek ya da savaşmak zorundadırlar. Şu halde kendisi ile zimmet anlaşması yapılacak olan gayrimüslimin ehl-i kitab olması temel şarttır<sup>23</sup>.

Kimlerin ehl-i kitab olduğu Kur'an'da çeşitli ayetlerde belirtilmiştir. Bakara suresinin 62, Maide suresinin 69. ayetlerinde yahudi, hristiyan ve sabiiler müslümanlarla birlikte sayılmışlar, onlardan Allah ve ahiret gününe iman edip iyi işler yapanlara korku olmadığı ifade edilmiştir. Yahudiler Tevrat'a, hristiyanlar Tevrat ve İncil'e yani semavi kitaplara inanırlar ve ehl-i kitab olmaları nedeniyle zimmîlik kavramında ilk akla gelen gayrimüslimlerdir. Ayetlerde bahsi geçen sabiiler ise bir dinden diğer dine dönen kişilerdir<sup>24</sup>.

Zamanla mecûsiler, budistler ve hindûlara da zimmî olma hakkı verilirken, Pers zerdüştlere ve Kuzey Afrika Berberileri bu koruma dışında bırakılmışlardır<sup>25</sup>.

Zimmet akdi mürtedlerle (dinden dönenler) yapılmaz. Çünkü mürted, görünüş itibariyle İslamiyetin güzelliklerini ve faziletlerini bildikten sonra İslam'dan dönmüş kimsedir. Ayrıca tevbe etmediği takdirde mürtedin hükmü öldürülmektir<sup>26</sup>. Artık kendileriyle zimmet akdi yapmak faydasız olacaktır, çünkü onların İslamiyet'i kabul etmelerine vesile olamaz. Diğer gayrimüslimlerle İslam'ı tanımaları amacıyla zimmet akdi yapılabilirken, İslam'ı tanınmasına rağmen dinden çıkan mürted için böyle bir amaç kalmaz. Tekrar İslam'a dönmediği takdirde ölüm cezası verilecektir. Bu ceza bir anlamda vatana ihanet suçunun cezasıdır. Artık mürtedle zimmet akdi yapılıp, kendisine yeniden can güvenliği tanınmaz<sup>27</sup>.

22 "Kendilerine kitap verilenlerden, Allah'a ve ahiret gününe inanmayan, Allah'ın ve Resulünün haram kıldığını haram saymayanlar ve hak dini kabul etmeyenlerle, boyun büküp cizye verinceye kadar savaşın". (Tevbe 9/29), SADAK, s. 190.

23 BOZKURT, Zimmiler, s. 121; ZUHAYLİ, s. 203; KARAMAN, s. 236.

24 BİLMEN, s. 425.

25 BOZKURT, Zimmiler, s. 121.

26 İslam hukukçularının büyük çoğunluğu bu suçun (dinden dönmenin) bir had suçu olduğunu ve karşılığında ölüm cezasının uygulanacağını söylemektedir. Bu görüşlerine delil olarak da Hz. Peygamber'in "Kim dinini değiştirirse öldürün" hadisini gösterirler. AYDIN, s. 215; AKŞİT M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, (basım yeri ve tarihi yok) s. 54.

27 BİLMEN, s. 423; ZUHAYLİ, s. 204; KARAMAN, s. 236; BOZKURT, Zimmiler, s. 122; FİDAN, s. 307.



### b. Zimmet Akdinin Süresine İlişkin Şart

Zimmet akdinin süresiz, yani sonsuz olması gerekir. Bu akit zamanla sınırlanamaz. Zamanla sınırlı olan zimmet akdi sahih bir akit değildir. Çünkü zimmet akdi insanın malının ve canının korunması açısından İslam'ın yerini tutmaktadır. İslam ise sonsuza dek söz konusudur. Ayrıca akdi zamanla sınırlamak ehl-i kitabı zimmi değil müste'men statüsüne sokar<sup>28</sup>.

### 3. Zimmet Akdinin Şekli

Ehl-i kitap kişi veya kavim öncelikle cizye vererek İslam egemenliğini kabule çağırılır. Muhatabın bu çağırışı kabul etmesi ile ya da kabulünü bildirir bir davranış sergilemesi ile; örneğin cizyeyi yollamak veya harbî olan bir kimsenin müste'men olarak İslam memleketine girmesi ve orada bir sene kalması gibi cizyeyi kabul eden bir fiilde bulunması ile ondan, İslam memleketinden çıkması veya zimmi olması istenir. Kalmayı tercih ederse zimmet akdi kurulmuş olur<sup>29</sup>.

Zimmet akdinin mutlaka bir şekle uyularak yapılması gerekli değildir<sup>30</sup>.

### 4. Zimmet Talebinin Bağlayıcılık Vasfı

Ehl-i kitap gayrimüslimin cizye gibi bir takım yükümlülükleri kabul ederek zimmet akdi talebinde bulunması halinde, İslam devletinin bu talebe müspet cevap verip vermemesi konusu İslam hukukçuları arasında oldukça tartışılmış bir konudur. İslam hukukçularının çoğu, ilgili nassları, Hz. Peygamber devrinden beri süregelen uygulamayı ve İslam'ın gayrimüslimlerle savaşmak hususundaki amacını dikkate alarak, zimmet akdi talebinin bağlayıcı olduğunu belirtmişler, casusluk, devlet ve toplum menfaatine aykırı haller söz konusu olmadıkça, devletin bu talebi kabul etmek durumunda olduğunu ileri sürmüşlerdir. Maliki fıkhu-na göre, devletin bu akdi kabul etmesinde menfaati kesin ise akit gerekli, menfaat ihtimal dahilinde ise tercihe şayan, menfaat ile zarar eşit ise akdin yapılması caizdir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> BİLMEN, s. 423; ZUHAYLİ, s. 204; BOZKURT, Zimmîler, s. 122.

<sup>29</sup> ZUHAYLİ, s. 203; BOZKURT, Zimmîler, s. 123.

<sup>30</sup> "...Kamımızca uygulamada genel olarak müslümanlar tarafından uyulması gerekli şartları içeren yazılı bir belgenin ehl-i kitap kavime yollanması ya da ehl-i kitap kavmin uyacakları yükümlülükleri içeren bir belgeyi müslümanlara yollaması ile zimmet işlemi tamamlanmış sayılmaktadır. Ancak böyle bir yazılı belge olmadan da zimmetin tamamlanabileceğini kabul etmekte sanıyoruz pratik bakımdan fayda vardır. Zira zimmet statüsüne bir kavim değil, münferit şahıslar da girebilirler." BOZKURT, Zimmîler, s. 123

<sup>31</sup> KARAMAN, s. 238.

## 5. Zimmet Akdinin Bağlayıcılık Vasfı

Zimmet akdi İslam devleti açısından bağlayıcı kabul edilmiş, akdi bozacak bir davranış meydana gelmedikçe devletin bunu tek taraflı olarak bozamayacağı ifade edilmiştir. Çoğunluğun görüşü bu olmakla birlikte, bağlayıcılığı devlet ve toplum menfaati ile sınırlayan müçtehidler de vardır. Örneğin Muhammed b. Cezir gibi bazı müçtehidler zimmet akdinin, toplumun ve devletin bunda menfaati bulunduğu sürece devam edeceğini, menfaat ve ihtiyaç kalmayınca akdin bozulacağını ve gayrimüslimlerin ülkeden çıkarılacağını ifade etmişlerdir<sup>32</sup>.

Zimmet akdi, akdin karşı tarafı olan ehl-i kitap için bağlayıcı olmayıp, zimmî dilediği zaman akdi feshederek ülkeyi terketme imkanına sahiptir<sup>33</sup>.

## 6. Zimmî Statüsünü Elde Etme Yolları

Bir gayrimüslimin zimmî olmasının tek yolu zimmet akdi değildir. Bazı hallerde de gayrimüslim zimmî statüsüne girebilir:

a. Kişi zimmet akdinde bulunmak istediğini bazı karinelerle gösterebilir. Bu karineler;

aa. Geçici oturma izninin süresi dolduğu halde ülkeyi terketmemek. Bazı müçtehitlere göre bu süre bir yıldan azdır. Bu süre dolduğu halde ülkeyi terketmeyen gayrimüslim, müçtehitlerin bir kısmına göre, yetkili makamın ikazına rağmen hala ülkeyi terketmemiş ise diğer kısım müçtehidlere göre ise ikaza gerek olmaksızın, sadece süreyi geçirmiş olması ile zimmî statüsüne girmiş olur<sup>34</sup>.

bb. Bir müste'menin İslam ülkesinde toprak alması: Bu müste'men için zimmîliğe geçiş nedenidir. Gayrimüslim, İslam ülkesindeki haraç veya öşür toprağından bir yer satın alıp da haracını ödemeye başlayınca zimmî statüsüne girmiş olur. Çünkü bu durum onun tebaalığa rıza gösterdiğinin bir karinesidir. Ancak haracını henüz ödmeden toprağı satsa ve önceden herhangi bir bilgi de verilmemişse zimmî statüsünü elde edemez<sup>35</sup>.

cc. Evlenmek: Bu yolla zimmî statüsüne girebilme hakkı sadece kadına aittir; yani İslam ülkesi tebaası olan birisi ile evlenen yabancı gayrimüslim kadın bu tasarrufu ile tebaalık vasfı kazanmaktadır; çünkü ikamet, vatan ve tebaalık açısından kadın kocasına tabidir<sup>36</sup>.

32 KARAMAN, s. 241.

33 KARAMAN, s. 241.

34 KARAMAN, s. 238-239.

35 KARAMAN, s. 239; BİLMEN, s. 436; FİDAN, s. 311.

36 KARAMAN s. 239.

b. Aile bağı yoluyla: Zimmîlik vasfı elde etmenin bu şekli birkaç türde gerçekleşmektedir.

aa. Çocuklar: Kendileriyle zimmet akdi yapılmaksızın ana-babaya tabi olarak zimmî statüsüne girerler. Baliğ olduktan sonra da yeniden zimmet akdi yapılmaz<sup>37</sup>.

bb. Zevce: İkamet yeri itibarıyla kocaya tabi olduğundan kocayla yapılan zimmet akdi karısını da kapsar. Karı-koca müste'men izinle Dârü'l İslam'a girse, sonra koca zimmî olsa, karısı da yeni bir işleme gerek olmaksızın aynı statüye girmiş olur<sup>38</sup>.

cc. Bulunmuş çocuk (Lâkit): Şâfi ve Hanbeli fikhuna göre Dârü'l İslam'da bulunmuş çocuk müslüman kabul edilir. O bölgede hiç müslüman yaşamıyor olsa da durum değişmez. Hanefî ve Malikilere göre ise zimmîlerin köylerinde, kilise ve havra gibi ibadethanelerde bulunan çocuk zimmî sayılır<sup>39</sup>.

c. Fetih Yoluyla: Müslümanlar bir ülkeyi fethedince, devlet başkanının uygun görmesi üzerine gayrimüslim halkı kendi toprakları üzerinde bırakıp, onlarla zimmet akdi yapması ile gerçekleşir. Bu durumda kendilerinden cizye, topraklarından haraç alınır<sup>40</sup>.

## 7. Zimmet Akdinin Hüküm ve Sonuçları

Bu akdin imzalanması ile taraflar karşılıklı olarak haklar kazanır ve yükümlülükler altına girerler. Söz konusu hak ve yükümlülüklerin kapsamı gerek İslam devletini temsilen zimmet akdi yapan kişiye, gerek dönemin şartlarına göre değişir. Mezhepler de zimmîlerin ve müslümanların bu akitle uymak durumunda oldukları şartları farklı şekillerde saptamışlardır. Zimmîlere en fazla tolerans gösteren mezhep, Hanefî mezhebidir.

### a. Zimmîlerin Hakları

Zimmet akdinin imzalanması ya da tarafların kabulü ile gayrimüslim kişi veya toplum zimmî statüsüne girer ve şayet göçmen olarak gelmişler ise ülkeleri ile ilişkileri kesilir. Hatta evli bir zimmî erkek Dârü'l Harb'deki karısından boşanmış sayılır<sup>41</sup>.

İslam topraklarında yaşama hakkını elde eden bir zimmî, zimmet akdine ihanet etmediği sürece, bazı istisnalar dışında müslümanın hak ve görevlerine

<sup>37</sup> FİDAN, s. 310.

<sup>38</sup> KARAMAN, s. 240; FİDAN, s. 310.

<sup>39</sup> FİDAN, s. 310.

<sup>40</sup> KARAMAN, s. 240-241; FİDAN, s. 309-310.

<sup>41</sup> BOZKURT, Zimmîler, s. 123.

ortak olur<sup>42</sup>. Zimmî zimmet akdi ile birlikte artık İslam devletinin koruması altındadır; hayatı, malı ve namusu bir müslümanınki kadar güvence altındadır. Öyle ki İslam devleti harbîlerin tutsak ettiği zimmîleri ya da ganimet olarak ele geçirilen, zimmîlere ait malları kurtarmakla yükümlüdür<sup>43</sup>.

Zimmîlerin din ve vicdan hürriyetleri tamdır. Kur'an-ı Kerim'de açıkça dinde zorlama olmadığı<sup>44</sup> belirtilmiş olduğu için, dinlerine saygı gösterilir. Mabetlerine ve kutsal yerlerine ilişilemez. Diledikleri dini kabul edebilirler. Hz. Peygamber Medine'de gayrimüslim unsurlarla yapmış olduğu anlaşmada, yahudîlerin din ve vicdan hürriyetlerini açık bir şekilde tanımış, daha sonra diğer gayrimüslim topluluklarla yapılan anlaşmalarda bu husus hep göz önünde bulundurulmuştur<sup>45</sup>.

Zimmîlerin toprakları savaşa katılan müslümanlar arasında paylaşılır, onların malı olarak kalır. Zimmet akdinin gerçekleşmesi ile zimmîlerin toprakları müslümanlar için dârü'l harb olmaktan çıkar. Ancak zimmet akdinin ardından bu toprakların mahiyetinin ne olacağı hususunda mezhepler arasında ihtilaf vardır. Hanefilere göre bu topraklar Dârü'l İslam, Şafilere göre ise Dârü's-Sulh<sup>46</sup> haline gelir. Fakat her halde bu topraklar dârü'l harb olmaktan çıkar ve müslümanlar artık bu ülkeye karşı cihad açamazlar<sup>47</sup>.

#### b. Zimmîlerin Borçları

Zimmet akdinin gerçekleşmesi ile zimmîler, İslam devletine ve müslümanlara karşı zararlı hareketlerden kaçınma, devlete karşı sadakat borçları altına girmiş olurlar. Bununla birlikte cizye adı verilen vergiyi de ödemeyi taahhüt etmiş olurlar. Gerçek mi'min kabul edilmediklerinden dolayı bazı haklardan yoksun bırakılmaları, İslam kamu düzeninin menfaatleri ile açıklanabilir.

Zimmîlerin uyması gereken kurallar ve yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükler, gerek Hz. Peygamber'in sağlığında, gerek halifeler döneminde

42 BİLMEN, s. 426.

43 BİLMEN, s. 426; ZUHAYLİ, s. 210; BOZKURT, Zimmîler, s. 123, BOZKURT Gülnihal, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Ankara 1996, s. 8.

44 "Dinde zorlama yoktur, iman ile küfür artık kesin olarak açıkça meydana çıkmıştır..." (Bakara, 2/256); "Rabbin dileyeydi insanların hepsi toptan iman ederdi; durum böyle iken, Sen mi insanları zorlayacaksın iman etsinler diye." (Yunus 10/99), SADAK, s. 41, 219.

45 ZUHAYLİ, s. 210; BİLMEN, s. 427; AYDIN, s. 158; BOZKURT, Zimmîler, s. 124.

46 "...gerek cizye karşılığı yapılan müebbet vasıflı ve gerekse geçici olan ve süresi şartlara göre değişen anlaşmalar yapılan ülkeler, kendileriyle sulh yapılmış olması manasına "dârü's-sulh" diye anılır." ÖZEL, s. 142; "Doğrudan doğruya İslam egemenliği altında olmayıp, İslam devletine bir anlaşma ile bağlı olan ülke." BOZKURT, Zimmîler, s. 124, dipnot 25.

47 BOZKURT, Zimmîler, s. 124.

yapılan zimmet anlaşmalarıyla şekillenmiştir. Bu açıklamalar altında zimmîlerin yükümlülüklerini şöyle sıralayabiliriz:

aa. Yılda bir defa her erkek için cizye ödemek. Bu vergi gayrimüslimlerden askeri hizmete karşılık alınır. İmam Şâfi'ye göre bunun miktarı 1 dinar, çoğunluğa göre ise 4 dinardır.

bb. Müslümanların haklarına riayet etmek, onlara zarar vermemek, müslüman istihdam etmemek.

cc. Müslümanlara haram olan davranışları onların yanında sergilememek. Örneğin, domuz eti yemek, şarap içmek, müslümanlarla faiz ilişkilerine girmek gibi.

dd. Hem kendi dinleri hem müslümanlar için haram olan fiilleri Dârü'l İslam'da işlemekten kaçınmak. Örneğin zina gibi.

ee. Müslümanlar gibi giyinmemeli, saçlarını onlar gibi kestirmemelidirler. Daha çok toplumsal hayat tarzı ve örf ve adetlerle ilgili bu hususlar, gayrimüslim tebaa ile müslüman tebaayı ayırdedebilmek maksadıyla öne sürülmüştür.

ff. Din ve vicdan hürriyetine sahip olmakla birlikte, İbadetlerinden herhangi bir fiili açıktan yapmamalıdır. Örneğin, çan çalmak gibi.

gg. Müslümanlar için kutsal olan yerlere girmek.

hh. Casusluk, düşmana bilgi vermek, onlara yardım ve destek sağlamaları yasaktır.

ii. Yolculuk yapmakta olan müslümanların, bölgelerinden geçmeleri halinde onları üç gün süre ile konuk etmek<sup>48</sup>.

Bu genel yükümlülüklerin dışında, değerli binek hayvanlarına binmemek, tanınmalarını sağlayacak alametler taşımak, yolun geniş yerlerinden yürümek gibi bazı yükümlülükleri de söz konusu olup, zimmîlerle ilgili yükümlülüklerin kapsamı zaman zaman genişletilmiş ya da daraltılmıştır. Bu uygulamalar genellikle dönemin pratik amaçlarına hizmet edecek mahiyette olup, temel kaynaklarla getirilmiş yasaklar değildir<sup>49</sup>.

## 8. Zimmet Akdinin Sona Ermesi

### a. Akdi Sona Erdiren Sebepler

Zimmet akdi ile zimmî statüsüne giren ehl-i kitap gayrimüslim, İslam devletine karşı bazı davranışlardan kaçınma taahhüdünde bulunur. Bu taahhüt ve yükümlülüklerle aykırı davranışlar sergilemek bazen zimmînin cezalandırılabil-

ZUHAYLİ, s. 210-211; BİLMEN, s. 428-429; BOZKURT, Zimmîler, s. 124-126.

BOZKURT, Zimmîler, s. 126.

mesine yol açabileceği gibi bazı yasakların ihlali ya da borçların ifa edilmemesi zimmet akdinin sona ermesi sonucu doğurur.

Cizyenin ödenmemesi, zimmînin İslam otoritesine başkaldırması, müslümanlarca kutsal olan değerler, örneğin Allah, Hz. Peygamber ve Kur'an aleyhine hakaretlerde bulunması, müslümanların dinlerinden dönmelerine sebep olması, hür bir müslüman kadınla evlenmesi ya da ilişki kurması, düşmana yardım ya da yataklık etmesi, eşkıyalık veya soygunculuk yapması gibi sebepler, Hanefiler dışında diğer Sünnî mezheplere göre akdi ortadan kaldıran sebeplerdir<sup>50</sup>.

Hanefiler sadece dârü'l harbe giderek İslam'a karşı savaşan bir zimmînin zimmet akdinin sona ereceğini, diğer hallerde statüsünü koruyacağını kabul ederken, Şii'lere göre, İslam hukukunca yasaklanan herhangi bir fiili açıkça işleyen zimmînin zimmet akdi bozulmuş olur<sup>51</sup>.

Akit, zimmînin kendi isteğiyle feshedilip darü'l İslam'dan göç etmesi dışında zimmînin ölümü ve ya İslamiyeti kabul etmesi ile de sona erer. İslamiyeti kabul etmesi halinde zimmî, artık bir müslümanın haiz olduğu tüm haklara kavuşmakta ve yükümlülükler altına girmektedir<sup>52</sup>.

Zimmet akdi, İslam devletinin himaye sözünü imkansızlık nedeniyle ifa edememesi halinde de sona erer. Uygulamada İslam halifeleri herhangi bir sebeple sözleşmeden doğan koruma borçlarını ifa edemediklerinde aldıkları cizyeyi iade ederek akdi feshetmişlerdir<sup>53</sup>.

#### **b. Akdin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuçları**

Akdin ortadan kalkmasını gerektirecek bir davranışta bulunan zimmîye uygulanacak hükümler, mezheplere göre farklılıklar arz etmektedir. Şafiiler söz konusu zimmînin öldürülmesi ya da köleleştirilmesi hususunda halifeye takdir yetkisi verirken, Ebu Hanife ve İmam-ı Malik öldürülmesi gerektiğini, bazı hukukçular ise zimmînin sınır dışı edilmesini savunmuşlardır. Dolayısıyla akdi bozan zimmîye genellikle katı müeyyidelerin uygulanması gerektiği fikri ağır basmaktadır<sup>54</sup>.

Akdi bozan zimmîye sert müeyyideler uygulanması, akdin ihlalinin zimmîyi harbi statüsüne sokması ve zimmîlere kendi aralarında yer veren İslam

50 BİLMEN, s. 430-431; BOZKURT, Zimmîler, s. 127.

51 BOZKURT, Zimmîler, s. 127.

52 BİLMEN, s. 430; KARAMAN, s. 241-242.

53 BOZKURT, Zimmîler, s. 128.

54 BOZKURT, Zimmîler, s. 128.

toplumunun bu güveni kötüye kullanan zimmîyi cezalandırma düşüncesi ile açıklanabilir.

Zimmet akdinin sona ermesi sadece akdi fesholan zimmîyi bağlar. Yani; iptal kararı ya da zimmînin akdi feshetmesi şahsi sonuç doğurur. Zimmînin ailesi bu sonuçtan etkilenmez. Ancak karısı ondan dul kalmış sayılır ve mirası mirasçuları arasında paylaşılır. Çünkü sözleşmenin iptali zimmîyi haklara ve borçlara ehil olabilmeye açısından ölü statüsüne sokar<sup>55</sup>.

## II. KLASİK DÖNEM İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA ZİMMİLERİN HUKUKİ DURUMU

### A. ÖZEL HUKUK AÇISINDAN ZİMMİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

#### 1. Aile Hukuku Açısından

##### a. Evlenme

Kur'an, evlilik için öncelikle bir kitaba inanmış olma şartını esas almış ve bir müslüman erkeğin ehl-i kitap olmayan gayrimüslim kadınla evliliğini yasaklamıştır. Maide suresinin 5. ayetinde "Bugün size bütün iyi ve temiz nimetler helal kılındı. Kendilerine kitap verilenlerin yiyeceği size helal olduğu gibi sizin yiyecekleriniz de onlar için helaldir...Mü'minlerden hür ve iffetli kadınlarla, kendilerine sizden evvel kitap verilenlerden yine hür ve iffetli kadınlar dahi, mehrini verdiğiniz zaman size helaldir..."<sup>56</sup>. Müslüman erkek ehl-i kitap kadınla evlenebilirken, müslüman kadının hiçbir şekilde gayrimüslim bir erkekle evlenmesi mümkün değildir. Müslüman kadın ancak müslüman bir erkekle evlenebilir. Bütün mezheplerce kabul edilmiş olan bu esas, ayrıca Kur'an'da da açıkça belirtilmiştir<sup>57</sup>. Müslüman kadının ehl-i kitap gayrimüslim erkekler ile evlenmemesinin sebebi, yabancı ile evlenen kadının kaybedildiği yolunda İslam'da mevcut olan zihniyettir. Ayrıca böyle bir evlilikten doğacak çocuklar, babanın dinine dahil olarak, müslüman olmama tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır. Bu yasağa bağlı olarak 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 58. maddesi, müslüman kadının gayrimüslim erkekle evlenmesini batıl saymıştır<sup>58</sup>.

İslam hukukçuları zimmete dahil ettikleri Zerdüştleri evlenmede kısıtlamışlar, zerdüşt kadınların müslüman erkeklerle evlenmelerini yasaklamışlardır. Sabiiilere ise özel bir yer verilmiştir. Şöyle ki; eğer sabii kadın din değiştirerek

<sup>55</sup> FİDAN, s. 315.

<sup>56</sup> SADAĞ, s.106.

<sup>57</sup> Mümtetine, 60/10.

<sup>58</sup> CİN Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 113-114

ehl-i kitap olursa onunla evlenmek mümkündür<sup>59</sup>. Zimmîlerin kendi aralarında yapmış oldukları nikah akitleri için özel bir şart öngörülmemiş, kendi kanunlarına ya da İslam hukukunun evlenmeye ilişkin kurallarına uygun olarak akdedilen evlenmeler geçerli sayılmış, bu durum Osmanlı uygulamasında da korunmuştur. Evlilik akdi hususunda, örneğin kendi dinleri şahitsiz evlenmeye izin veriyorsa, evlilikleri geçerli sayılmıştır<sup>60</sup>.

Zimmî çiftten biri İslamiyeti kabul ettiği takdirde bu durum, evlilik birliğini doğrudan etkileyecektir. Kadın müslüman olursa evlilik bozulacaktır. Çünkü, müslüman kadının gayrimüslimle evlenmesi dinen yasaktır. Fakat burada şöyle bir durum söz konusudur. Kocaya müslüman olması teklif edilir, reddederse evlilik sona erer ve evlilikten doğan mehir kadına verilir. Koca müslüman olursa evlilik devam eder. Ancak dörtten fazla karısı varsa onları boşamalıdır<sup>61</sup>.

Osmanlı uygulamasında Tanzimat dönemine kadar evlenme, tamamen zimmîlerin kendi din adamlarının yetkisine bırakılmıştır. İki zimmî arasındaki evlenme ve boşanma ile ilgili olarak hemen hemen tüm belgelerde şu kayıt vardır; “bir zimmîye erinden kaçsa veya bir zimmî avret almalı ve boşamalı olsa aralarında rahib-i mezburdan başka hiç kimse girmeye ve karışmaya.” Mahalle imamlarının zimmî çiftlerin nikahlarını kıydıkları görülmüştür. Hatta bunlardan birinde evli gayrimüslim erkek veya kadın ikinci kez evlenmiştir. Bunun gibi kilise yasaklarına da uymayan durumlar yasaklanmıştır. Kadınlara zimmî çiftleri boşama yetkisi verilmiştir. Nitekim 15 Ocak 1584 tarihli bir Şer’iyye sicili kaydına göre kadı, iki zimmîyi boşayıp ellerine hüccet vermiştir<sup>62</sup>.

Evlenen çiftlerden resm-i aruşâne veya resm-i gerdek adı altında vergi alınmıştır. Bâd-ı hevâ vergileri grubundan olan bu vergileri zimmîler, genellikle müslümanların ödediğinin yarısı oranında vermişlerdir.<sup>63</sup>.

## b. Boşanma

Kocanın müslüman olduğu evliliklerde genellikle İslam hukukunun boşanma ile ilgili hükümlerinin uygulandığını görmekteyiz. Müslüman koca bo-

59 BOZKURT, Zimmîler, s. 130.

60 KÜÇÜK Cevdet, Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, Osmanlı, c. IV, Ankara 1999, s. 208.

61 BOZKURT, Zimmîler, s. 132.

62 ERCAN Yavuz, “Türkiye’de XV. Ve XVI. Yüzyıllarda Gayrimüslimlerin Hukuki, İçtimai ve İktisadi Durumu”, Belleten, Ekim 1983, c. XLVII, sy.188, Ankara 1984, s. 1145.

63 ERCAN, s. 1145; ERCAN Yavuz, “Osmanlı İmparatorluğunda Gayrimüslimlerin Ödedikleri Vergiler ve Bu Vergilerin Doğurduğu Sosyal Sonuçlar”, Belleten, Ağustos 1991, c. LV, sy. 213, Ankara 1991, s. 388; CİN-AGGÜNDÜZ, c. I, s. 308.



şanma konusunda sınırsız haklara sahiptir. Evlenmede olduğu gibi boşanmada da Osmanlı uygulamasında tamamen zimmîlerin kendi din adamları yetkilidir<sup>64</sup>.

Zimmî kadın bir müslümanla evli ise iddeti müslüman kadınlarkine e-sittir. Kendi dini izin verse bile iddet içerisinde evlenen kadının evliliği geçersizdir<sup>65</sup>.

## 2. Miras Hukuku Açısından Zimmîler

İslam miras hukukunda din ve ülke farklılığı mirasçılığı önleyen durumlardır. Bu yüzden zimmîlerle müslümanlar birbirlerine mirasçı olamazlar. Bir müslüman erkekle bir zimmi kadının evliliğinden doğan çocuklar ise babalarının dininden sayıldıklarından anaları ile mirasçılık bağları yoktur<sup>66</sup>.

Çeşitli mezheplerdeki ya da dinlerdeki zimmîler birbirlerine mirasçı olabildikleri gibi müslümanlar ile zimmîlerin birbirleri lehine yaptıkları vasiyetler de geçerlidir<sup>67</sup>.

İslam-Osmanlı hukukunda, miras hukuku alanında zimmîlere feraiz kuralları uygulanmamış, bu konuda kendi dini kurallarını uygulamakta serbest bırakılmışlardır. Fakat bunun yanında zimmîlere, tereke hakkındaki ihtilaflarını şer'î mahkemeye götürme yetkisi de tanınmıştır<sup>68</sup>.

Zimmîlerin, kiliseleri lehine yaptıkları vasiyetler de geçerlidir. Gemlikli bir zimmî, taşınmaz mallarının gelirlerinin Kudüs'te bir manastırın fakirlerine verilmek üzere vakfedilmesini vasiyet etmiş; oğlu kadı önünde bu vasiyete itiraz ettiğinde kadı, zimmî şahitleri dinledikten sonra davacı aleyhine hüküm vermiştir<sup>69</sup>.

İslam Hukukuna göre zimmîlerin müslümanlar lehine vakıf kurulması için yaptıkları vasiyetler de geçerlidir. Ancak zimmîler cami inşası için vakıf kuramazlar<sup>70</sup>.

Zimmî din adamlarının mallarının, ölümünden sonra kendi topluluklarına mı yoksa devlete mi kalacağı sorunu çeşitli dönemlerde farklı uygulamalarla

4 BOZKURT, Zimmîler, s. 132-133; ERCAN, Türkiye'de Gayrimüslimler, s. 1145.

5 ERCAN, Türkiye'de Gayrimüslimler, s. 1147.

6 BOZKURT, Gayrimüslim, s. 15.

7 ANSAY S. Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958, s. 198, BOZKURT, Gayrimüslim, s. 15.

8 KÜÇÜK, s. 209; ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1145, BOZKURT, Gayrimüslim, s. 15.

9 ALTUNDAĞ Şinasi, "Osmanlı'da Kadıların Selahiyet ve Vazifeleri Hakkında", VI. Türk Tarih Kongresi, Ankara 1958, s. 352.

0 BOZKURT, Gayrimüslim, s. 16.

çözümüne bağlanmıştır. Yavuz ve Kanuni dönemlerinde çıkarılan fermanlarla ölen din adamlarının terekelerinin patrikliğe kalmasına izin verilirken, IV. Mehmed 1649 tarihli bir fermanla ölen din adamlarının mallarının 5000 akçeye kadar olan kısmını patrikliğine alabileceğini, 5000 akçeyi aşan kısmın ise devlete intikal edeceğini belirtmiştir<sup>71</sup>.

Zimmînin toprağı akrabalarına miras kalmaktadır. Hatta ölenin çocukları küçükse, toprak emanete alınmakta ve çocuklar reşit olduğunda onlara verilmektedir. Kardeşin malı kardeşe, dedenin malı toruna miras kalabilmektedir. Ayrıca bir zimmî varis bırakmadan ölürse, bir varis çıkması ihtimaline karşı devlet, terekeyi kadının denetimi altında bir müddet tuttuktan sonra zimmînin dîni kurumlarına teslim ederdi. Osmanlı uygulaması da bu yönde olmuştur<sup>72</sup>.

### 3. Borçlar ve Ticaret Hukuku Açısından Zimmîler

İslam hukukunda akit kurabilmek için ehliyet, serbest irade beyanı ve akdin konusu olmak üzere üç şart gerekli olup, zimmîler aleyhine bazı istisnalar dışında kısıtlama getirilmemiştir.

Mülkiyet hakkına sahip olan zimmîler, müslümanlara yasak edilmiş şarap, domuz gibi mallar üzerinde tasarruf edebilirler. Ancak müslüman köle satın alamazlar. Müslümanlarla giriştikleri bazı ticari ilişkilerde bir takım sınırlamalarla karşı karşıyadırlar ki bunlar da müslümanlara yasak olan mallara ilişkin sözleşmeler ve faizdir. Müslümanlarla zimmîler, aralarında ücret karşılığı hizmet sözleşmesi akdedebilirler. Bir müslüman, gayrimenkulünü satacak olsa, kendisine komşu olan zimmînin, satım konusu gayrimenkul üzerinde şuf'a hakkı saklıdır. Bu konuda İslam hukuku zimmî ile müslüman arasında fark gözetmemiştir. Zimmîler kendi aralarında akdettikleri sözleşmelerde İslam hukuku kurallarına bağlı kalmak zorunda değillerdir<sup>73</sup>.

Zimmîler konuları yukarıdaki yasaklarla sınırlı olanlar dışında müslümanlarla her türlü borç ilişkisine girebilirler. Müslümanlarla birlikte ticari şirketler kurabilirler. Ancak farklı dinlere mensup kişiler arasında sahih olmadığından mufavaza akdi kuramazlar. Mufavaza, ortakların tüm mallarını şirkete vererek yaptıkları, mal ve kârda eşitlik kuralına dayanan bir şirket akdidir<sup>74</sup>.

Zimmîlerin kendi aralarında yaptıkları akitlerde İslam hukuku kuralları ile bağlı olmadıklarını ifade etmiştik. Ancak bu tip akitlerden doğan anlaşmazlıkları

71 ERCAN, Türkiye'de Gayrimüslimler, s. 1146.

72 ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1147; BOZKURT, Gayrimüslim, s. 16.

73 KÜÇÜK, s. 209; ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1146; HAMİDULLAH Muhammed, İslam'a Giriş, (Çev. Kemal Kuşçu), İstanbul 1965, s. 149'dan naklen, ERYILMAZ Bilal, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Teb'anın Yönetimi, İzmir 1988, s. 12.

74 ANSAY, s. 178, BOZKURT, Gayrimüslim, s. 17.

kadı önüne götürme hakları mevcuttur. Nitekim Kıbrıs Şer'iyeye sicillerinde bulunan 1219 (1804) tarihli bir belgede, bir müslüman kendisinden aldığı borcu iade etmeyen bir zimmîyi dava etmiştir. Zimmî, iki müslüman şahitle bu paranın kendi kayınpederi tarafından davacıya evvelce borç olarak verildiğini ve dava konusu paranın bu borca karşılık olarak davacı tarafından kendisine verilmiş olduğunu ispat ederek parayı ödememiştir<sup>75</sup>.

#### 4. Zimmîlerin Vakıf Kurma Hakları

Hanefi fıkına göre zimmîler vakıf kurma ehliyetine sahiptirler. Ancak vakıf kurma ehliyetleri, kuracakları vakfın amacı açısından bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur<sup>76</sup>.

Bir zimmî, kendisinden sonra gelenler için veya müslümanlar için vakıf kurabilir. Din farkının önemi yoktur. Zimmînin kendi çocukları adına yaptığı vakfa, müslüman ya da gayrimüslim olan çocukları dahildir. Bununla birlikte vakfın gelirinin sadece hıristiyan çocuklarına tahsis edilip, müslüman çocuklarının ayrı tutulduğu yolundaki vakıflar da geçerlidir<sup>77</sup>. Diğer çocukları bu duruma itiraz edemez. Dolayısıyla, müslümanların aleyhine de olsa vakıf kuranın serbest iradesinin üstün olduğu ilkesi zimmîler için de geçerlidir<sup>78</sup>.

İslam hukukunda vakfın bir amacının olması ve bunun Allah'a yaklaşmayı (Kurbet-i İlahi) sağlaması gereklidir. Bununla birlikte Bir müslüman vakfının geliri, gayrimüslim yoksullara veya bir gayrimüslim vakfının geliri müslüman yoksullara tahsis edilebilir. Ancak bunun dışında örneğin bir müslüman kilise yapımı, bir gayrimüslim de cami için vakfedemezler<sup>79</sup>.

Osmanlı uygulamasında zimmîler vakıf kurabilme hakkına sahiptirler. Gayrimüslimlerin vakıf kurabilme meselesi, en az araştırılmış konulardan olmakla birlikte, Osmanlı uygulaması da İslam hukukuyla aynı yönde olmuş, ayrıca zimmîlerin "...kendi ayınları üzere..." vakıf kurmaları tamamen serbest bırakılmıştır<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> ALASYA Fikret M., "Osmanlı Hükümeti Tarafından Ortodoks Kilisesine Verilen İmtiyazlar", Milletlerarası I. Kıbrıs Tetkikleri Kongresi, Ankara 1971, s. 131-148'den naklen, BOZKURT, Gayrimüslim, s. 17.

<sup>76</sup> BOZKURT, Zimmîler, s. 137.

<sup>77</sup> BİLMEN, c. IV, s. 196.

<sup>78</sup> BOZKURT, Zimmîler, s. 137.

<sup>79</sup> ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 126.

<sup>80</sup> ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1146.

## B. KAMU HUKUKU AÇISINDAN ZİMMİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

### 1. Ceza Hukuku Açısından Zimmilerin Durumu

Zimmîler, İslam özel hukukunun kendilerine uygulanmaması esasının aksine, İslam ceza hukukunun süjesi sayılmışlardır. Ceza hukuku açısından zimmîlere kendi hukukları değil, İslam ceza hukuku uygulanır. Kur'an'da kısas cezasının uygulanabilmesi için hürriyet şartı aranırken, zimmî ve müslüman ayrımı yapılmamıştır. Ayrıca diyet konusunda da eşitlik sözkonusudur<sup>81</sup>.

Osmanlı hukukunda ise kısasın uygulanmadığı hallerde fail zimmîye, bu gibi bir durumda, bir müslümana tayin edilen diyet miktarının yarısı uygulanmıştır. Böylece Osmanlı Devleti'nde ceza hukuku açısından zimmî-müslüman eşitliği ilkesinden uzaklaşmıştır. Suç işleyen zimmîlere, bir müslümana verilecek olan cezanın yarısının uygulanacağı kanunnamelerle kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Nitekim I. Süleyman Kanunnamesine göre zina suçu işleyen bir gayrimüslim, aynı suçu işleyen bir müslümana nazaran onun yarısı kadar ceza alacaktır<sup>83</sup>. Zina için bu farklı durumun yanında kanunname, kavga, saç-sakal yolma gibi suçlarda müslüman-gayrimüslim ayrımı yapmamıştır<sup>84</sup>. Aynı bölüm içinde yaralama ve öldürme suçlarında kısas uygulanmadığı takdirde bir takım para cezaları tayin edilmiştir. Bu tür suçlar gayrimüslim tarafından işlendiği zaman, failin, müslümanın ödediği cezanın yarısını ödemesi gerektiği kaydedilmiştir<sup>85</sup>.

Had suçları açısından durum her suçta göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Zina eden bir zimmîye had cezası uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Ebu Hanife'ye göre zina suçu işleyen bir gayrimüslim, evli olsa bile, müslüman olmadığı için muhsan<sup>86</sup> sayılmayacağından kendisine recm<sup>87</sup> cezası

81 BOZKURT, Gayrimüslim, s. 25.

82 BOZKURT, Gayrimüslim, s. 25.

83 "...Bu zikrolunan ceraim kâfirden sâdır olsa, gani kafirden, gani müslümandan alınan cerimenin nisfi ve mutavassıtü'l-halden, orta halli müslümandan alınan cerimenin nisfi, ve fakirden, fakir'ül-hal müslümandan alınan cerimenin nisfi alına." Kanuni Kanunnamesi, Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası (TOEM) Yayını, s. 3'ten naklen, ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1143.

84 "...Eğer iki kişi birbirine yapışıp yakasın yırtsa, kadı ta'zir eyleye, cerime yoktur. Ve eğer birbirinin saçın ve sakalın yolub sabit olsa, gani ise yirmi akçe cerime alına ve fakir ise on akçe cerime alına. Bu husus kanun-ı keferede biaynihidir. Ganiden yirmi akçe alına deyu kaydolunmuştur." Kanuni Kanunnamesi, TOEM Yayını, s. 4'ten naklen, ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1143.

85 "...Eğer bu zikrolunan kazaya kafirden sâdır olsa vech-i mezfur üzere müslüman ceremenin nisfi (yarısı) alına." Kanuni Kanunnamesi, TOEM Yayını, s. 4'ten naklen, ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1143.

86 Evli, tam ehliyetli, müslüman şahıs.

87 Bu ceza çeşidinde kişi, beline kadar toprağa gömüldükten sonra taşlanarak öldürülür.

uygulanmaz. Bu şartlara zimmîye uygulanacak ceza sopa cezasıdır. Sopadan amaç kırbaç olup, kuru, demirli ve düğümlü olmaması gerekir. Baş ve yüz gibi tehlike arzedecek bölgelere tatbik edilmez<sup>88</sup>. Ebu Yusuf ise Ebu Hanife'nin aksine zimmîlere de recm cezası uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>89</sup>.

Yine bir had suçu olan içki içme suçunda Ebu Hanife, içki içen zimmîye had cezasının uygulanamayacağını, içkinin sadece müslümanlar için haram olduğu görüşünü kabul ederken, diğer mezhepler, içki içme suçunun kamu düzeni ile ilgili bir durum olduğundan hareketle zimmîlere de had cezası uygulanması gerektiği hükmünde birleşmişlerdir<sup>90</sup>.

Bir başka had suçu olan yol kesme suçunda ise yol kesip bir zimmîyi öldüren bir müslüman için diyete hükmedileceği kabul edilmiştir<sup>91</sup>.

Yargılama usulü açısından, şer'î mahkemelerin yetki alanı, hem müslümanlarla hem de gayrimüslimlerle ilgili bütün davaları kapsamaktadır. Gayrimüslimler, müslümanlarla ilgili davalara bakmak üzere hakim tayin edilemezler. Ancak dini mahiyetteki, aile hukukuyla ilgili davalara bakmak üzere, kendi cemaat mahkemelerine hakim tayin edilebilirler<sup>92</sup>.

## 2. Vergi Hukuku Açısından Zimmîlerin Hukuki Durumu

Gayrimüslimler hakkında ilk akla gelen vergi cizyedir. Osmanlı İmparatorluğu'nda cizye, gayrimüslim halk içinde belli bir takım şartları taşıyan kimse-lerden kişi başına alınan vergidir. Kendisinden cizye alınacak zimmîde aranan şartlar ise; başta belirli bir yaşta bulunmaktır ki 14-75 yaş arasındaki gayrimüslimleri ihtiva eder<sup>93</sup>. Bunun yanında cizyeye yükümlü olacak gayrimüslim ehl-i zimmet olmalı, hasta, sakat ve işsiz olmamalıdır. Bu nitelikleri üzerinde taşıyan her zimmî cizye ödemekle yükümlüdür<sup>94</sup>.

CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 265/266.

AYDIN, s. 167; ÖZEL, s. 219.

AYDIN, s. 167.

BOZKURT, Zimmîler, s. 141.

KÜÇÜK, s. 208.

"Vergi verecek zimmînin yaşını tayin etmek bir çok güçlükler yol açıyordu. Her şeyden önce vergi vermemek için gayrimüslimler yaşlarını küçük gösteriyorlardı. Bu yüzden vergi mükellefinin yaşını doldurduğunu anlamak için devlet bazen özel yöntemlere başvuruyordu. Bu yöntemlerden biri çok ilginçti. Buna göre yaş belirlenecek kimsenin boynu bir iple ölçülüyor ve bunun iki misli alınıyordu. Daha sonra bu ipin iki ucunu zimmî dişleri ile tutuyor ve meydana gelen halka başından geçiriliyordu. Eğer halka başından rahatlıkla geçerse, zimmî vergi verecek yaşa gelmiş demektir. Geçmezse henüz vergi verecek yaşa gelmediği kabul edilirdi." BORIS, Christof F. Nedkoff, Osmanlı İmparatorluğunda Cizye, (çev. Ş. ALTUNDAĞ), Belleten c. VIII, s. 621.

ERCAN, Gayrimüslimlerin Ödedikleri Vergiler, s. 371.

Cizye, 1670 tarihli “Kandiye Kanunu’nda şöyle tarif edilmiştir: “Haraç, iki nev’i üzere mebni olup, nev’i-evvelki keferenin ruusuna va’z olunur. Cizye ile müsemmadır”<sup>95</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu’ndaki cizye ve haraç vergilerinin kökeni İslam hukukuna, oradan da Sâsânî Bizans, Roma ve Musevî hukuklarına dayanır. İslamî dönemlerde dinsel bir görünüm alan cizye, bu görünümünü Osmanlı döneminde de sürdürmüştür<sup>96</sup>.

Cizye ve haraç, İslam mali hukukunda Şer’i vergiler sınıfında yer almaktadır<sup>97</sup>.

İslam-Osmanlı hukukunda arazi çeşitlerinden biri de haracî arazidir. Savaş veya sulh yoluyla müslümanlarca fethedilen ve yerli gayrimüslim ahaliye temlik olunan araziye haracî arazi adı verilir. İslam devletinin hakimiyetini kabul eden zimmîlerden haraç vergisi alınır. Haraç vergisi de iki kısımdır. Birincisi; harac-ı ruus yani gayrimüslim şahıslardan alınan baş vergisidir. Cizye diye de adlandırılır. İkincisi ise harac-ı arz olup, haraç denilince akla bu vergi gelir<sup>98</sup>.

Harac-ı ruus da denilen cizye, zimmîlerden askeri hizmete karşılık alınan şer’i bir vergidir. İki kısımdır: Biricisi, fetih esnasında devlet başkanı ile gayrimüslimler arasında sulh yoluyla belirlenen maktu cizyedir. İkincisi, devlet başkanı tarafından savaş yoluyla fethedilen ülkelerden gayrimüslim ahalinin mali durumuna göre şahıs üzerine ve adam başına re’sen tarh olunan cizyedir ki buna ruus cizyesi denir<sup>99</sup>.

Savaş yoluyla fethedildikten sonra, gayrimüslim ahali elinde bırakılan ya da gayrimüslim ahali ile sulh yapılarak, İslam ülkesine ilhak edilen arazilere haracî arazi denmektedir. Haracî arazide ikamet eden gayrimüslimlerden alınan haraç vergisi, harac-ı arz yani arazi vergisidir. Miri arazi, mahiyeti itibarıyla haracî arazi kabul edildiğinden ve Osmanlı topraklarının çoğunu da bu araziler teşkil ettiğinden, Osmanlı vergi hukukunun temelini ve meşruiyet dayanağını, haracî araziden alınan vergiler teşkil etmiştir<sup>100</sup>.

Harac-ı Arz, harac-ı muvazzafa ve harac-ı mukaseme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Harac-ı mukataa da denilen harac-ı muvazzafa, müslümanlardan alınan çift akçesi yerine alınırdı. Bu vergi arazinin genişliğine göre hesap edilirdi

95 BARKAN, s. 82.

96 ERCAN, Gayrimüslimler, s. 1148.

97 “Tekalif-i Şer’iyye (Şer’i vergiler), hükümleri fıkıh kitaplarında bütün ayrıntıları ile mevcut olan ve taksimatı Şer’i hükümlere göre yapılan vergilerdir.” CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 293.

98 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 300.

99 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 300.

100 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 301.

ve genellikle sabit oranlıydı. Ziraatle uğraşan gayrimüslimlerden alınan işpençe vergisi bu sınıfa girmektedir. Harac-ı mukaseme ise müslüman ahalinin ödediği “öşür” karşılığı olarak üründen alınan belirli bir paydı. Toprak yılda iki defa ekilirse harac-ı mukaseme de iki kere alınır, toprak ekilmediği zaman vergi de alınmazdı. Üründen alınan bu verginin oranı, onda birden ikide bire kadar değişirdi. Fakat hiçbir zaman yarıyı geçemezdi. Harac-ı mukasemenin oranı, arazinin verim durumuna göre azalıp çoğalırdı. Cizye, haraç ve bağlantıları dışında gayrimüslimler, müslüman ahaliyle aynı vergileri öderlerdi<sup>101</sup>.

### 3. Siyasî Hukukları

Zimmîlerin bugünkü anlamda siyasî haklarının varlığından söz etmek güç olmakla birlikte onlara kamu hizmetine girme, kendi liderlerini seçme gibi bazı haklar tanınmıştır. Ancak İslam devletin bu şefi reddetme yetkisi vardır. Eğer İslam devleti bu yetkisini kullanırsa, yeni lideri seçme hakkı yine zimmîlere aittir. Zimmîlerin halife seçimine katılıp katılamayacakları konusunda kesin bilgi olmamakla birlikte, Maverdî, bu seçime katılmak için müslüman olma şartını aramamıştır<sup>102</sup>.

Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimler, kamu düzenine ve genel adaba aykırı hareket edemeyecekleri gibi siyasî faaliyetlerle de uğraşamazlardı. Devlete karşı işlenen suçların cezası ağırdı. Gerek millet liderleri, gerek reaya bu konudaki yasaklara harfiyen uymak mecburiyetindeydi. Hükümet, kamu düzeni bakımından, millet liderlerinin faaliyetlerini izler, cemaatlerinde gördüğü uygunsuz bir hareketten dolayı onları sorumlu tutardı. Bu bakımdan millet liderleri, cemaatlerinin siyasî alandaki tüm hareketlerini izlemekle görevliyidiler. Devlete karşı ihaneti sabit olan bir patrikin, ister Rum ister Ermeni olsun, cezası idamdı<sup>103</sup>.

Millet liderleri kaydıhayatla makamlarına oturmuşlar, vatana ihanet etmedikçe ya da kendi topluluklarının kurallarına aykırı davranmadıkça görevlerinden alınmamışlardır. Padişah yeni seçilen bir lidere, dini ve hukuki yetkilerini bildirir bir berat verirdi. Bu beratların içeriği yüzyıllarca hep aynı kalmış, bütün padişahlar bu konuda Fatih'in düzenlemesini esas almışlardır. Bu durum, gayrimüslimlerin statüsünün istikrarlı bir gelişme göstermesini sağlamış, haklarının ferman ya da beratla düzenlenmesi, onlara bugünkü anlamda bir “anayasal teminat” sağlamıştır. Hiçbir yönetici ya da memur, bu fermanlara aykırı işlem yapama-

101 ERYILMAZ Bilal, Osmanlılarda Millet Sistemi, Osmanlı Ansiklopedisi, c. VI, İstanbul 1996, s. 245 v.d; HALAÇOĞLU Yusuf, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlı Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara 1996, s. 107.

102 BOZKURT, Gayrimüslimler, s. 145.

103 ERYILMAZ, Osmanlılarda Millet, s. 247.

mıslardır. Bu yolla gayrimüslimler, ehl-i örf adı verilen kamu yöneticilerinin haksız davranışlarına karşı da en yüksek seviyede koruma altına alınmışlardır<sup>104</sup>.

#### 4. Din ve Vicdan Hürriyetleri

Müslümanlar, fethettikleri topraklarda yaşayan insanları, İslam dinine girmeye davet ederler. Eğer bu insanlar daveti kabul ederek müslüman olursalar, diğer müslümanlarla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olurlar. Daveti kabul etmeyenler ise müslümanlarla zimmet akdi yaparak zimmi statüsünü kabul ettikleri takdirde kendi dinlerini diledikleri gibi yaşama haklarını sürdürürler. İslam devleti, zimmet akdinin bağlayıcılığından hareketle onların dinlerine, inançlarına müdahale edemez, zorlama ile din değiştirmelerini isteyemez. Yani zimmet akdi ile zimmi müslümanların zimmetindedirler. Müslümanlar Allah'ın emirlerine uyarak onlara teminat vermiş olurlar.

Kendi topraklarında başka dinlere mensup olanlara da geniş hayat hakkı tanıyan İslam hukukunun bu temel anlayışı, İslam tarihi boyunca, değişmeyen bir esas olarak varlığını Osmanlı İmparatorluğu döneminde de sürdürmüştür. Bunun açık ispatı, Müslüman-Türk devletlerinin hüküm sürdükleri topraklarda hala diğer dinlerin varlıklarını sürdürmekte olmalarıdır. İslamiyetin doğuşu ile başlayan ve daha sonraki müslümanlar tarafından devam ettirilen bu temel esas, İslamiyeti insanlığa tebliğ etmek, sunmak ve davetten ibarettir. İnsanların akıl, gönül ve vicdanlarının silah zoruyla fethedilemeyeceğini kabul eden İslamiyet, "dinde zorlama yoktur" mealindeki Kur'anî ilkeye bağlı kalmıştır<sup>105</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu, tarihi boyunca gayrimüslimleri Türkleştirme ve İslamlaştırma politikası gütmemiştir. Bunun tek istisnası, özellikle Karadağ, Bosna ve Hersek'ten seçilerek toplanan 11-12 yaşlarındaki hristiyan çocuklarının (genellikle Ortodoks) devşirmelerinde görülür. Eski dini, kültürel ve sosyal çevrelerinden alınarak Türkleştirilen, Müslümanlaştırılan ve Osmanlı'nın Gaza ve Fütuhat politikası doğrultusunda padişahın muhafızları olan yeniçerilerin, cansiperane bir hizmet vermeleri gerçekten ilgi çekicidir. Bunun yanında, Osmanlı İmparatorluğu'nda devlet sorumluluğunu üstlenmiş birçok sadrazamın da devşirme kökenli olduğu göz önüne alınırsa ortaya daha da ilgi çekici bir tablo çıkar<sup>106</sup>.

Osmanlı, yenip idaresi altına aldığı ulusların din, inanç ve geleneklerine müdahale etmemeye özen gösterirken, o ulusların güvenini kazanarak yeni yönetime karşı, doğabilecek muhalefeti yumuşatma stratejisi izlemiştir. Nitekim, Antakya piskoposu Makarios, ortodokslara zulmeden katolik Lehler hakkında şöyle

<sup>104</sup> ERYILMAZ, Osmanlılarda Millet, s. 249.

<sup>105</sup> KÜÇÜK, s. 208.

<sup>106</sup> KURAT Yuluğ Tekin, Çok Milletli Bir Ulus Olarak Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı, c. IV, Ankara 1999, s. 218.



demıştır: “O insafsızlar tarafından öldürülen binlerce insan, kadın kız ve erkeklerle ağladık. Tanrı Türklerin devletini ebedi eylesin. Zira Türkler vergi aldıktan sonra hıristiyan ve yahudilerin dinlerine dokunmaz<sup>107</sup>.”

Osmanlı İmparatorluğu’nda gayrimüslimlere gösterilen hoşgörünün bir belgesi de İstanbul’un fethi ardından, Fatih Sultan Mehmed ile Galata zimmîleri arasında yapılan ahidname ile ilgili ferman veya bir başka ifadeyle “1453 İstanbul Sözleşmesi”dir. Bu sözleşme azınlıkların yönetimi alanında uygulamada başarısı ispatlanmış bir model olmanın yanı sıra, kanlı soykırımların, insanlık dramlarının kol gezdiği modern dünya için örnek alınabilecek bir deneyimin tarihi belgesidir<sup>108</sup>.

Fetihten üç gün sonra gerçekleştirilen sözleşmenin bazı hükümleri şöyledir:

“Galata zimmîlerinin ahidnamesidir. Ebu’l Feth Sultan Muhammed Han İstanbul’u feth eyledükde vermiştir. Rumca yazılıb, üzerine tuğra çekilmiştir. Ahidnamenin’ nin tarihi, Cemaziyelûlanın başı (6 Ekim 1453), Hicrî 857’dir.

“Ben Ulu Padişah ve ulu Şehinşah Sultan Muhammed Han bin Sultan Murad’ım. Yemin ederim ki yeri göğü yaradan Perverdigâr hakkı için ve Hazret-i Resulün –Aleyhi’s-salatu ve’s-Selam-pâk, münevver, mutahhar, ruhu için ve yedi mushaf hakkı için ve yüzymidörtbin peygamberler hakkı için ve oğlanlarım başı için, kılıç hakkı için ve şimdiki halde Galata’nın halkı ve merdüm-zadeleri atebe-i ulyama (padişah katıma) dostluk için Babalan Pravizin ve Markizoh Frenku ve tercümanları Nikaroz Baluğu ile Kalla-i mezkûrenin miftahın (anahtarını) gönderüb bana kul olmaya itaat ve inkıyad (boyun eğme), göstermişler. Ben dahi;

1. Kabul eyledim ki, kendülerin ayinleri ve erkânları (adetleri ve kuralları) ne vechile câri ola-gelirse, yine ol uslub üzre âdetlerin ve erkanların yerine getürel. Ben dahi üzerlerine varub kal’aların yıkıb harab etmeyem.

...

5. Ve kiliseleri ellerinde ola, okuyalar ayinlerince. Amma çan ve nakus (kilise çanı) çalmayalar. Ve kiliselerin alub (el koyarak) mescid etmeyem. Bunlar dahi yeni kilise yapmayalar.

...

7. Ve buyurdum ki yeniçeriliğe oğlan almayam (devşirme ordu için acemi er) ve bir kafiri rızası olmadan müslüman etmeyeler ve kendüleri aralarında kimi

107 TURAN Osman, Türk-Cihan Hakimiyeti Mefkûresi Tarihi, c. II, İstanbul 1969, s. 194.

108 ÖZDEMİR Hikmet, Azınlıklar İçin Bir Osmanlı-Türk Klasiği: 1453 İstanbul Sözleşmesi, Osmanlı, c. IV, Ankara 1999, s. 223-228.

ihtiyar ederlerse (seçerlerse) maslahatlarıçün (işleri için) kethüda nasbedeler (temsilci tayin edeler).

...

Şöyle bileler, alâmet-i şerife itimad kılalar.”

“Tahriren Fi Evahir-i Cemaziyelûlâ sene Seb'in ve Hamsin ve Semâne-Mi'ete”<sup>109</sup>.

## SONUÇ

Bu çalışmamızda İslam hukukunun temel kaynaklarına dayanarak İslam devleti üzerinde yaşamalarına izin verilen gayrimüslimler olan zimmîlerin, Osmanlı uygulamasından örneklerle, hukuki statülerini, haklarını ve yükümlülüklerini incelemeye çalıştık. Osmanlı uygulamasında inceleme sürecimiz, klasik dönem Osmanlı hukukunu ihtiva etmektedir. Tanzimat sonrası Osmanlı hukuku, çok geniş ve başlı başına bir inceleme konusu olacağından bu kısa çalışmamıza dahil etmeyi uygun bulmadık. Sadece Tanzimat ve Islahat fermanlarının getirmiş olduğu yenilikler bir yana, 1876 Kanun-ı Esasi'si özellikle gayrimüslim tebaaya tanınan haklar bakımından, Osmanlı tarihi boyunca, kabul edilebilecek en önemli belgelerdir.

İslam hukuku açısından zimmîlerin hukuki statüleri, İslam hukukunun kendine özgü özellikleri dışında, çeşitli dönemlerin şartları, ayrı din, inanç ve kültürlere sahip toplumların bir arada yaşamalarından doğan bir takım sonuçlarla, zaman zaman genişleme veya gerileme eğilimi göstermiştir. Özellikle Osmanlı İmparatorluğu'nda klasik dönem boyunca, bir takım sınırlamalar söz konusu olsa da gayrimüslimlerin hukuki statülerinde ciddi bir gerilemenin olmadığı görülmektedir.

Sonuç olarak İslam hukukunun, gayrimüslimler ile birlikte yaşama gerçeğine dayanan zimmet prensibi, İslam devletinin kendini koruma ve meşruluğunu kuvvetlendirme amacı ile açıklanabileceği gibi İslam dininin evrenselliği ile birlikte değerlendirilmelidir.

<sup>109</sup> AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri, 1. Kitap, s. 477'den naklen, ÖZDEMİR, s. 226-227.

## OSMANLI DEVLETİNE LİBERALİZMİN ETKİLERİ

Arş. Gör. Nuran AY\*

### I. GİRİŞ

Anayasa ve anayasacılık Batı kökenli olgu ve kavramlardır. Bunların temelinde hak ve özgürlük talepleri (siyasal liberalizm) ve parlamentoculuk(demokrasi) hareketleri yatar. Hak ve özgürlük bildireleri İngiltere'de 13. Yüzyıldan itibaren, Kuzey Amerika ve Fransa'da 18. Yüzyılın sonlarında ortaya çıkar. İngiltere, monarşinin sınırlanması, kuvvetler ayrılığı ve parlamentoculuk alanında da öncülük ettirmiştir. 18. Yüzyıl sonlarında hemen hemen bütün Avrupa yerel meclisler geleneğini yaşamış, ulusal parlamentolara geçiş sürecine girmiştir. Anayasacılık, bu liberal ve demokratik değişimlerin taçlandırılması ve güvenceye bağlanmasıdır.

Osmanlı Devletinde Temel Haklarda esas alınan İslam Hukuku kurallarıdır. Bazı istisnaların dışında ve ideal manada her zaman olmasa bile, bütün Müslüman Türk Devletleri gibi Osmanlı Devletinde de İslam hukukunun temel haklarla ilgili esaslarına riayet edilmeye çalışılmıştır. Toprakları milyonlarca kilometreyi bulan Osmanlı Devletinin altı asır yaşaması ve vatandaşlarındaki devlete itaat hissi, bunu doğrulamaktadır. Bu sebeple Osmanlı Devletini meşrutiyetin ilanına kadar, bazı batılı yazarların yaptığı gibi, kayıtsız şartsız bir monarşi olarak vasıflandırmak mümkün değildir. Zira mutlak monarşide hakimiyet hükümdardadır ve hükümdar ise hiçbir bağlayıcı kural ile bağlı değildir. Halbuki başta Osmanlı padişahları olmak üzere, bütün Müslüman Türk sultanları, şeri şerif denilen hukuk ile kayıtlıdır ve asıl hakimiyet sahibi olan Allah'a ve O'nun kanunlarına karşı manen sorumludurlar. Temel hak ve hürriyetler açısından da durum farklı değildir. Bazı uygulama ve aksaklıkların dışında, İslam'ın kabul ettiği hak ve hürriyetler, Türk devletlerinde de kabul edilmiştir. Osmanlı topraklarındaki gayr-i Müslimlere ait mabetler, mektepler, mülkler ve bunlara ilişkin mahkeme kararları bunun canlı şahididir<sup>1</sup>.

### II. OSMANLI İMPARATORLUĞUNDA ANAYASAL GELİŞMELERİN BAŞLAMASI;

Osmanlı imparatorluğundaki siyasal gelişmelerin dinamikleri başlıca şu kanallarda aranabilir:

Feodal tepki (ayan, derebeyi direnişleri), halkın tepkisi, dış baskılar(yabancı Devletler), liberal reformist girişimler (seçkinler,padişah), ulusal tepkiler(Türk olmayanların talepleri).

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
1 AKGÜNDÜZ Ahmet, "Belgeler Gerçekleri Konuşuyor", s.47-48.

Osmanlı siyasal- anayasal değişmelerin yalnız Türklerin değil, Balkan milliyetleri ile Türk ve /ya da Müslüman olmayanların da yaşamları ile ilgili bir süreç söz konusudur. Bu doğaldır çünkü Osmanlı imparatorluğu çok uluslu bir olgudur. Dolayısıyla, anayasal değişmelerin dinamiklerini de bu çoğulcu toplumsal yapı içinde aramak gerekir. Burada, Balkan halklarının ulusal anayasacılık hareketlerinin Osmanlı sistemi ve Türkler üzerindeki etkileri özel bir önem taşımaktadır<sup>2</sup>.

Osmanlı imparatorluğundaki anayasal gelişmeler çeşitli tarihsel dönemlere ayrılarak incelenmektedir. Bu tarihsel dönemler araştırmacılar farklı biçimlerde yapabilmektedirler. Tanzimatı III. Selim ile başlatanlar olduğu gibi<sup>3</sup>, bu dönemin II. Meşrutiyete kadar<sup>4</sup>, hatta Osmanlı Devletinin son dönemlerine kadar olan süreyi kapsadığını ileri sürenler de vardır<sup>5</sup>. Osmanlı devletindeki Anayasal gelişmeleri bir başka tasnifi de şu şekildedir<sup>6</sup>. Gerileme Dönemi, Tanzimat'a Hazırlık, Tanzimat Dönemi, Birinci Meşrutiyet ve ikinci meşrutiyet dönemidir.

### A. Osmanlı Devletinde Anayasal dönem

Osmanlı Devleti 19. Yüzyıla, Ortaylı'nın deyimi ile "imparatorluğun en uzun yüzyıl"na<sup>7</sup> hızlı bir giriş yapmıştır. III. Selim'in ıslahatı başarısızlığa uğramıştır. Onun tahttan indirilmesi, Nizam-ı cedit ve yenilik hareketlerinin dağıtılması, tutucuların yeniden iktidara gelmesi gibi olaylar birbirini izlemiştir. Ancak bu gelişmeler de karşıtlarını yaratmakta gecikmeyecektir. Yenilik yanlısı Rusçuk ayanı Alemdar Mustafa Paşa kendisine katılan altı kişi ile beraber direniş odağı oluşturmuştur. Nihayet Alemdar, Babıaliyi basarak sadrazamlık mührünü ele geçirmiştir. Ancak bu arada III. Selim'in öldürülmesi üzerine, III. Mustafa'nın hal edilerek yerine Mahmut'un tahta çıkarılmasından başka çare kalmayacaktır. Ulema Devlet ileri gelenleri ve yeniçeri ocağı da durumu onaylamıştır. Bundan sonra II. Mahmut tarafından sadrazam seçilen Alemdar ile onun destekleyicileri olan Rusçuk yaranı, bir süre için Merkezdeki asıl siyasi güç haline gelmiştir<sup>8</sup>.

Bu gelişmelerin ilk önemli ürünü Sened-i ittifak adlı belgedir.

<sup>2</sup> TANÖR Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 3. Baskı Alfa Yay., İstanbul 1996, s. 13.

<sup>3</sup> KARAL E. Ziya, "Tanzimattan Evvel Garplılaşma Hareketleri", Tanzimat, c. I, Maarif Vek. Yay., İstanbul 1940, s. 14.

<sup>4</sup> ONGUNSU A. H., "Tanzimat ve amillerine Umumi Bir Bakış", Tanzimat, c. I, s. 11-12.

<sup>5</sup> ÜÇOK Çoşkun - MUMCU Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı AÜHF Yay., Ankara 1981, s. 310.

<sup>6</sup> TANÖR, s. 14.

<sup>7</sup> ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yay., İstanbul 1983.

<sup>8</sup> TANÖR, s. 30.

## 1.Sened-i ittifak

Sened-i ittifak'ın düzenlenmesine yol açan hadiseler, Nizam-ı cedit hareketi, İstanbul'da yeniçeri ocağının aşağı tabaka halk ve ulemanın işbirliği ile yaptıkları ihtilal, buna karşı taşra ayanının ve hanedanlarını temsil eden Alemdar Mustafa Paşanın diktatörlük devri şeklinde özetlenebilir. İncalcık bu gelişmeleri, siyasi bakımdan imparatorluk içinde teşkilatlı gerçek kuvvetlerin, yani Ocak, Ulema ve taşrada hakim ayanın, devletin karar verme yetkilerini fiilen ele geçirme mücadelesi şeklinde yorumlamaktadır. Siyasi tarih bakımından ise Sened-i İttifak büyük ayanın devlet iktidarını kontrol altına alma teşebbüsü olarak ifade eder<sup>9</sup> Alemdarı ayanların temsilcisi, onun iktidarını da ayanların iktidara tırmanışı olarak gören İncalcık'dan farklı olarak, daha çok merkezin bir adamı olarak değerlendiren Enver Ziya Karal da farklı bir noktadan hareket etmekle birlikte aynı sonuca ulaşır. Şöyle ki; ayanlarla baş edecek durumda olmayan Bayraktar, "bu senedi mevcut şartların içinde realist bir düşüncenin neticesi olarak kabul etmiş"tir, dolayısı ile Sened-i ittifak bir ayan dayatmasıdır<sup>10</sup>. Hazır, Sened-i İttifakı ayan ve Beylerin padişaha veya hükümet merkezine zorla kabul ettirdikleri bir belge olarak görmektedir<sup>11</sup>. Kubalı ise Askeri yenilikler için vakit kazanmak isteyen Alemdar, derebeyi kesilen ayanları geçici olarak da olsa tatmin ederek devlete bağlamak için çok realist bir düşünce ile söz konusu senedi kabul ettirmiş olduğunu savunmaktadır<sup>12</sup>. Niyazi Berkes Sened-i İttifak'ı geleneksel bir feodal hukuku yazılı hale getirme girişiminden ziyade feodal haklar tanımayan bir gelecekte padişah adına Sadrazam, Şeyhülislam, Yeniçeri ağası ile feodalleşmeye yönelmiş ayan arasında bir uzlaşma yaparak bunun koşullarına uymada ve uygulamada karşılıklı yetkiler tanıma girişimi olarak nitelendirmekte ve bununla yukarıda belirttiğimiz görüşlerden ayrılmaktadır<sup>13</sup>.

İçinde bulunulan dönemde imparatorluğun taşrası ayanlar ve hanedanlar arasında fiilen paylaşılmış durumdadır. Merkezdeki yeni iktidarın başkenti düzene koymuş olmalarına karşın, ülkede asayişin ve merkezi birliğin sağlanması sorunu gündemdedir. Merkez'e hakim olan yenilik hareketlerine devam etmek isteyen (özellikle askeri alanda) devam etmek isteyen ve bu amaçla da merkezi birlik ve otoriteyi kurmaya çalışan bu güçler, Merkez ile çevre (taşra güçleri) arasında bir uzlaşma yolunu aramaya çalışmışlardır. Nesnel ve öznel koşullar onları şiddet kullanmaya değil, anlaşma ve uzlaşmaya itmektedir. Ayrıca Alemdar Paşanın kendisi de eski bir ayandır, benzerlerine söz geçirebilme olanağına sahiptir; şu

<sup>9</sup> İNALCIK Halil, Sened-İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Belleten, c. XXVIII, Ekim 1964, sy. 112, s. 112.

<sup>10</sup> KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, c. V, 4.baskı, s. 93.

<sup>11</sup> HAZIR Hayati, "Sened-i İttifak'ın Kamu Hukuku Bakımından Önemi", DÜHFD, 1984, sy. 2, s. 24.

<sup>12</sup> KUBALI Hüseyin Nail, "Esas Teşkilat Hukuku Dersleri", İstanbul 1960, s. 49.

<sup>13</sup> BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Doğu-Batı Yay., İstanbul 1978, s. 137.

veya bu ölçüde taşra güçlerinin de çıkarlarını kollamak durumundadır<sup>14</sup>. Osmanlı Devleti Rusya'ya karşı 1806'dan beri yeni bir harbe girmiş bulunmaktadır<sup>15</sup>. Bu nedenlerle Alemdar ülkede merkezi birlik ve otoriteyi kurmak, muhtemelen reformlara yeniden başlayabilmek için ayan ve hanedanları itaat altına almak, bunun karşılığında da bunlara bir takım güvenceler vermek amacı ile "hükümetin tayin ettiği ayanlarla mukavele yapmaya karar vermiştir.<sup>16</sup> Bu maksatla, imparatorluğun bütün valilerini ve ileri gelen ayanlarını payitahtta bir toplantıya, meşveret-i ammeye çağırmıştır. Fakat Alemdar'ın otoritesi karşısında çoğu bu daveti kabul etmiştir. 29 Eylül 1808'de Kağıthane köşkünde yapılan bu toplantıya ayanlardan daha fazla sayıdaki Merkez temsilcileri katıldılar (devlet ileri gelenleri, valiler, ulema vb.).<sup>17</sup>

Alemdar Paşa Meşveret'i Ammeyi bir söylev ile açmıştır<sup>18</sup>. Bunda ağırlık, yeniceriliğin geriliğine ve yeniden düzenlenmesi gereğine yer verilmiştir. Bu da Sadrazamın esas niyetinin ıslahat hareketlerine özellikle askeri reformlara yeniden el atmak olduğunu ortaya koymaktadır. Alemdar'ın önerileri ve ortaya attığı konular oturuma katılanlar arasında tartışıldıktan sonra "meşveret" son bulmuştur. Varılan ortak sonuçlar "Sened-i İttifak" adı verilen bir protokolle saptanmış ve imzalanıp mühürlenmiştir. Toplantıya katılan ayan ve hanedan temsilcilerinden ise sadece dördü Sened'e mühürlerini bastılar. Öbür ayanlar, bağımsızlıklarının sarsılacağını hissedince askerlerini alıp memleketlerine dönmüşlerdir<sup>19</sup>.

Padişah yetkilerini bir hayli sınırlayan misakı tasdikte tereddütler geçirdiyse de, saray erkanından Eğri boyun Ömer Ağa'nın "Bu senet sizin İstiklali saltanatınıza dokunur, fakat reddi de kabil değildir. Şimdilik çaresiz tasdik edip, sonradan bunun fesih ve ilgası çaresine bakmalı"<sup>20</sup> demesi üzerine, padişah 17 şaban 1807'de (miladi 1808'de) Sened-i İttifak adıyla Anayasa hukukumuzaya geçecek misakı tasdik etmiştir.

---

14 TANÖR, s. 31.

15 İNALCIK, s. 112.

16 TANÖR, s. 31.

17 Benzer bir olay da 1215 tarihinde İngiltere'de geçmiştir. Kral topraksız Jean ile Baron ve asiller arasındaki ihtilaf Magna Charta adlı misakın taraflarca kabulü ile sonuçlanmıştı. Baron ve asiller Londra'ya girmeyi emniyetleri için tehlikeli bulduklarından, taraflar Runnymene çayırığında karşılıklı müzakere etmişlerdi.

18 Söylevin metni için bkz. KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, c. V, s. 91-92.

19 TANÖR, s. 32; SHAW Ezel - SHAW Stanford, "Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye", c. II, s. 27.

20 KUBALI, s.49.

6. Başkentteki asker ocakları ayaklanırsa, bütün hanedanlar izin ve çağrı almadan gelerek o ocağı dağıtacaklardır. Bu işe kalkışanlar sıradan kişilerse, bunların soruşturma sonucu idam edilmelerini ayan taahhüt eder.

7. Yoksulların ve reyanın korunması esas olduğundan, ayan kendi yönetimindeki yerlerin asayişine ve vergilerin ezici olmamasına dikkat edecektir. Bunun için vukelâ ile ayanlar arasındaki görüşmeler sonunda haksız vergiler kaldırılacaktır. Hanedanlar birbirlerinin davranışlarını gözetleyecekler, zulüm yapanları devlete bildireceklerdir...İş bu yedi şarta görüşmeler sonunda karar verilip aksine hareket edilmeyeceğine dair yemin edilmiş, yeminlerin belgelenip saklanması için de bu senet yazılmıştır...<sup>22</sup>

Sened-i İttifak'ın metninin şartlarında yer alan başlıca esaslar bunlardır. Senedin sonundaki Ek'te (Zeylde) şartların zamanla değiştirilmesini önlemek için, bundan sonra sadrazam ve şeyhülislam olacakların bu makamlara geçmez bu sened'i imzalayıp harfi harfine uygulamaları kararlaştırılmıştır. Sened'in bu sureti Beylikçi kaleminde, bir sureti de padişahta bulunacak, gereken kişilere de birer suret verilecektir. Bizzat padişah, bu şartların sürekli ve aralıksız olarak uygulanmasına gözcülük ( nezaret) edecektir.<sup>23</sup>

#### b. Sened-i İttifak'ın tahlili

Sened-i İttifak, geleneksel Osmanlı hukuk kaynaklarından herhangi birine benzememektedir. Berkes Sened-i İttifak'ı şer'i bir hüccet olarak kabul edenlere katılmamakta ve Sened-i İttifak'ın tam olarak bir şeriat belgesi olmadığını ve geleneksel Osmanlı kanun kapsamına da girmediğini belirtmektedir<sup>24</sup>. İnalcık'a göre bu vesika, şekil bakımından şer'i bir vesikadır ve şer'i bir yemin vesikası, misak şeklinde kaleme alınmıştır. Burada taraflar birbirlerine karşı taahhütlerini yeminle tekit etmişlerdir. Mutlak haklarına riâyeten Padişahın şahsı bu yemin dışında tutulmakla beraber devlet veya sadaret makamının hanedanlara karşı taahhütleri, neticede, yine Padişahın taahhütleri şeklinde anlaşılmalıdır. Padişahın bu vesika üzerine tuğrasını koyması onu da bağlayan bir hareket sayılmıştır <sup>25</sup>. Görülüyor ki Sened- i İttifak, padişah ve beyler arasında imzalanmış ve karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir nevi ittifak name idi<sup>26</sup>.

Misak süresiz bir zaman için akdedilmiştir. Her gelen sadrazamın buna yeminle bağlı olması, onu eskisi gibi sadece padişahın mutlak vekili olmaktan çıkarmıştır. O zaman bu şartlar, bizzat saray çevresinde saltanat istiklaline aykırı,

22 FERİDUN Server, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, İstanbul 1962, s. 1-4.

23 TANÖR, s. 34.

24 BERKES, s.133.

25 İNALCIK, s.606.

26 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I 3. Baskı İstanbul 1966, s.141.

yani Padişahın mutlak otoritesini sınırlayıcı mahiyette görülmüştür. Fakat fiilen bir diktatör olan Alemdarın otoritesine karşı gelmeye kimse cesaret edememiştir. Sarayca şimdilik tasdik edilmesi, sonra kaldırılması kararına varılmıştır. Nihayet vergilerin, Padişahın vükelâsile hanedanlar arasında kararlaştırılacağı maddesi, Padişahın otoritesini sınırlayıcı mahiyeti bakımından bilhassa kayda değerdir<sup>27</sup>.

Sened-i İttifak hukukçularımız ve müelliflerimiz tarafından amme hukukumuzda hukuk devleti istikametinde atılmış ilk adım olarak kabul edilmiştir<sup>28</sup>. Osmanlı tarihinde ilk defa Devlet başkanı, iktidarının dokunamayacağı sahalardan varlığını kabul etmiş olmaktadır. 1215 Magna Charta'sında Topraksız Jean, 25 baron ve asilin haklarını tanımıştı; 1808 Sened-i İttifak ile II. Mahmut Anadolu ve Rumeli ayanı karşısında iktidarını sınırlanmasını kabul etmiştir. Bu benzerlik ve bu durum tabiidir. Çünkü her yerde üstün güç karşısında kendisini zorlayan bir kuvvet olmadıkça yetkilerinden feragat etmez. Her iki misakın imzalanmasında da kuvvetin etkisi ve varlığı açıkça görülmektedir<sup>29</sup>.

Sened-i İttifak "haklar beyannamesi" mahiyetinde bir vesika değildir; hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi ile bunları teminata bağlamak isteyen bir topluluğun veya topluluğun mümessillerinin aksülameli olarak ortaya çıkmış bir vesika da değildir. Bu vesikanın Tanziminde genel halk tabakasının hiçbir rolü olmamıştır. Bu vesika daha ziyade devletin zayıflayan otoritesini tahkim imkanlarını sağlamaya matuf bir ittifak namedir<sup>30</sup>. Bir harp ve ihtilal ortamı içinde iktidarı ele alan ayanlar tarafından Padişahın mutlak otoritesi karşısında açıkça kendilerinin durumlarını garanti altına almak gayesi ile kabul ettirilmiş bir vesikadır. Vesikaya bu ruh hakimdir. Sened-i İttifakın ilk dört maddesinde Padişahın mutlak otoritesi tasdik olunuyor, emirlerine herkes tarafından itaat gerektiği, asker ve vergi toplama yetkilerinin yalnız kendilerine ait olduğu belirtilmiş, fakat hemen altındaki maddede "şa"t-i azam" olarak hanedan ve ayanın teessüs etmiş hakları ve durumlarının devletin keyfi hareketlerine karşı "emniyet" altına alınması istenilmiştir. Aynı zamanda onların kendilerine tabi küçük ayan üzerinde hakimiyetleri tasdik olunmuş, her birinin idare sahasının tecavüzden masun bulunması ve bu hakların babadan oğla irsi olarak intikali garanti altına alınmıştır. Bu son şartlar, açıkça hanedanların fiilen kurulmuş feodal durumlarına daimi hukuki bir mahiyet kazandırmak gayesini gütmekte idi. İşte Sened-i İttifak, bu mahiyeti ile modern devlet anlayışına aykırı bir cereyanı temsil etmektedir. Diğer

27 İNALCIK, s. 60.

28 OKANDAN Recai Galip, Amme Hukukumuzun Ana Hatları, İstanbul 1957, s.58.

29 ALDIKAÇTI, s. 37.

30 ARSEL İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Mars mat. yay. Ankara 1962 s.17 Ali Fuat Başgil Sened-i İttifak'ı padişahın beylere emniyet ve beylerin de padişaha sadakat, vaid ve taahhüt ettikleri bir vesika olarak kabul ediyor.BAŞGİL Ali Fuat, Türkiye Siyasi Rejimi ve ana Prensipleri, s. 75.



tarafından bu vesikaya tarihimizde istibdad ve mutlakiyeti sınırlama gayesi güden hareketler içinde bir yer vermek mümkündür<sup>31</sup>.

Sened-i İttifak, fert hak ve hürriyetlerinin korunmasında hiçbir teoriyi mesnet almadan pragmatik bir yolla meselenin özüne inmekte ve fert hak ve hürriyetlerinin gerçekleştirilip teminat altına alınmasının her şeyden evvel, hak ve hürriyetlerini korumaya kararlı kimselerle iktidar arasında bir mücadele olduğunu göstermektedir<sup>32</sup>.

Sened-i İttifak, uygulanamayan bir belgedir. Alemdarın ortadan kaldırılmasından sonra unutulmuş ve hükümden düşmüştür. Böylece Sened-i İttifak'ın pratikteki etkisi ve önemi çok sınırlı kalmıştır<sup>33</sup>.

İnalcık'a göre Sened-i İttifak Osmanlı imparatorluğunun içtimai ve siyasi yapısını değiştirecek bir hareketin temeli olabilirdi. 19. Asırda nasıl Balkanlar'da padişaha tabi Hıristiyan prenslikleri meydana çıkmış ise, Anadolu'da da 14. Asırda olduğu gibi bir takım yerli Beylikleri kurulabilirdi. Fakat bu durum Anadolu'da Türk birliğinin zararına bir gelişim olacağından İnalcık; merkezîyetçi ve mutlakîyetçi saltanatın bunu önleyen çabalarını bu gün de olumlu bir hareket olarak görmektedir<sup>34</sup>.

Sonuç olarak Sened-i İttifak uygulanma imkanı olmasa da demokrasi düzenine gidişin ilk çabası, ilk belirtisi olduğunu kabul edebiliriz<sup>35</sup>

### **B. Fransız İhtilali İle Oluşan Batılı Anlamda Temel Hak Ve Hürriyetlerle İlk Karşılaşma;**

Tüm dünyada etkisi görülen Fransız ihtilali patlak verdikten sonra uzunca bir süre Osmanlı Devleti bu ihtilalin doğurabileceği sonuçlardan endişe duymamıştır. Fakat aradan birkaç yıl geçince durum değişmiştir. Fransa, Napoleon'un İtalya zaferlerinden sonra Venedik Cumhuriyetine ait bazı adalarını ilhak ederek Osmanlı imparatorluğuna komşu gelmiştir. Bu arada Fransızların Mora ve Arnavutluk halkı arasında bağımsızlık ve Cumhuriyet fikirlerini yaydıklarına dair haberler gelmeye başlayınca ve hele Napoleon'un Mısır'ı istilaya hazırlanmakta olduğu anlaşılınca Osmanlı imparatorluğu da ihtilali zararlı görmekte öteki Avrupa devletleri ile birleşmiştir. Fransa Cumhuriyetinin yayılma siyasetinin ortaya çıkardığı bu çatışmadan sonradır ki Osmanlı Devlet adamları ilk defa olarak ihtilalin fikir muhtevasını araştırmak gereği duymuşlardır. Bu araştırma sonucunda

31 İNALCIK Bir çok bölgelerde valilerin keyfi vergi toplama teşebbüslerine karşı ayanın karşı koyduğunu ve halkın bunda kendilerini desteklediğini hatırlatmaktadır. s. 608.

32 ALDIKAÇTI, s. 37.

33 TANÖR, s. 36.

34 İNALCIK, s. 609.

35 ALDIKAÇTI, s.37.

'keşfedilen gerçeklerin ise tam anlamı ile tatsız bir şok etkisi yarattığı görülmektedir. Bu Reisülküttab Ahmet Akif Fendi'nin 1798 yılında 'Muvazene-i politikiye' hakkında yazmış olduğu rapordan anlaşılmaktadır. Raporda; "Fransız İhtilali; dinsizlerin bozguncuların kafalarından çıkmış fitne ve fesat ateşinden başka bir şey değildir. Voltaire ve Rousseau denen zındıklar ve onlar gibi diğer maddiyatçılar, uzun süre peygamberleri ve hükümdarları küçük düşüren, dinsizliği kışkırtan, eşitlik ve cumhuriyeti ballandıran fikirler yaymışlardır. Halkın büyük bir kısmı da bu zehirli fikirlere kanarak, kendilerini bu dünyada tam mutluluğa kavuşturacağı sanısıyla eşitlik ve hürriyet ilkelerine yüksekte bağlanmışlardır. Halk vicdanından Allah korkusunu silen ve onu türlü kötülüklerle sevk eden ihtilalin fesatçı ve bozguncu önderleri bununla da yetinmeyerek, insan hakları adını verdikleri beyannameyi bütün dillere çevirip yaymak suretiyle her yerde halkı meşru hükümdarlara karşı ayaklanmaya davet etmişlerdir."<sup>36</sup>

Aslında Osmanlı Devlet adamlarının Fransız ihtilal ideolojisinin siyasal hürriyet ve eşitlik ilkelerinden çok imparatorluğun Türk olmayan unsurları arasında bağımsızlık fikrinin yayılmasından endişe duydukları görülmektedir. Batıda bilindiği gibi insan hak ve hürriyetleri genel olarak halk hareketleri şeklinde gelişmiştir. Reformcu ve hürriyetçi akımlar hemen daima aşağıdan yukarıya doğru gelmiş ve kendilerini yukarıdakilere ister istemez kabul ettirmiştir. Osmanlı imparatorluğunda ise ıslahat tedbirlerinin yukarıdan aşağıya doğru geldikleri görülür.

Avrupa Devletleri, Osmanlı imparatorluğunda Hristiyan kavimlerin giriştikleri bağımsızlık hareketlerini daima desteklemişlerdir. Daha sonraları imparatorluk içinde kalan Hristiyan unsurların koruyuculuğunu üzerlerine almışlar ve bunların Müslümanlarla eşit haklar tanınması yolunda müdahalede bulunmaktan geri kalmamışlardır. Osmanlı Devlet adamları da bir yandan dışarıdan gelebilecek tehlikeleri önlemek kaygısı ile, öte yandan Avrupa devletlerinin güvenini kazanmanın ve Batı medeniyeti dünyasına katılmanın bir şartı olarak, bu yönde bazı reformlara girişmenin zorunluluğunu duymuşlardır. Bu bakımdan uzunca bir süre insan hakları alanındaki gelişmeler Müslüman olmayan unsurlara Müslümanlarla eşitlik sağlama girişimleri ile paralel olarak yürümüştür denilebilir<sup>37</sup>

Tanzimat öncesi reformculuğunun doruk noktası II. Mahmut dönemidir. Bu dönemin ilk yılları reformculuk ortamının hazırlanması ile geçmiştir. II. Mahmut'un tahta çıktıktan sonraki ilk işi, istemeye istemeye Sened-i İttifak'ı onaylaması olduysa da, ikinci işi bunun hemen ardından Alemdarı gözden çıkarmak ve eseri olan sened-i ittifak'ı ortadan kaldırmak olmuştur. Bundan sonra padişah iki değişik kaynaktan gelen muhalefet ile karşılaşır. Birincisi Fransız

ALDIKAÇTI, Orhan, "Anayasa hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası' Fakülteler mat. İstanbul 1970 s. 37.

ALDIKAÇTI, s.37.

Devriminin esintileri ile de gelişen ve Osmanlı egemenliği altındaki Türk ve Müslüman olmayan halkları etkisi altına alan ulusçuluk akımı ve bunun yaratacağı ulusal bağımsızlık hareketleridir. İkinci tepki kaynağı ise yeniden canlanan geleneksel feodal muhalefettir. Bu da, Alemdarcın öldürülmesi ve Sened-i İttifak'ın uygulanmaması sonucu II. Mahmut'a karşı doğan güvensizlik ortamında, derebeyi, ayan ve diğer yerel güçlerin saltanata karşı depreşen direnişidir. Özellikle Tepedenli Ali paşa, kısmen de M.Ali paşa ayaklanmaları, bu çizginin en bilinen örnekleridir.

II. Mahmut da tıpkı III. Selim gibi, bu toplumsal çalkantıların ve devlet yönetimindeki çözülmenin reformlarla atlatılabileceği inancındadır.

Bu reformlardan sadece konumuzla ilgisi olan kısımları almak istiyorum, bu dönemde devlet ve toplum ilişkileri bakımından önemli katkı olarak hak ve özgürlükler, özellikle mülkiyet hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü ve eşitlik alanında yapılan yenilikleri gösterebiliriz<sup>38</sup>. Yeniçeriliğin tasfiyesinden sonra II. Mahmut, devlet hizmetinde bulunmuş kişilerin ölünce mallarına el konulması(müsadere) usulünü kaldırarak, bunların mülkiyet ve miras haklarına güvence getirmiş, hukuki ve ekonomik durumlarını az da olsa düzeltmiştir<sup>39</sup>. Müsadere yasağı uygulamada hemen sonuç doğurmamış ve uzun süre kurumsallaşamamıştır ama, getirilen ilke yalnız bu kişilerin hakları bakımından değil, rasyonel ve çağdaş bir idarenin ihtiyaçları açısından da zorunlu ve olumlu atılımdır. Öte yandan, uyruklar arasında din ve mezhep farkları nedeni ile ayırım yapılmaması ilkesi ilkesinin benimsenmesi de, din ve vicdan özgürlükleri ve eşitlik yolunda ilerlediğini göstermektedir. II. Mahmut şu sözleri de yaptıklarını destekler niteliktedir; “Ben tab'amın Müslüman'ını camide, Hıristiyan'ını kilisede, musevisini de havrada fark ederim. Aralarında başka günâ fark yoktur”<sup>40</sup>. Aldıkaçtı'nın yorumuna göre; II. Mahmut'u bu sözleri söylemeye sevk eden olaylar, Fransız ihtilalinin getirdiği hak ve hürriyet fikirlerinin, milliyetçilik görüşünün, çeşitli dine bağlı olanlardan kurulu Osmanlı imparatorluğunda yıkıcı eğilimlere yol açmasıdır. Denilebilir ki, bu despotluk devrinde, laiklik, bir hürriyet meselesi olmaktan ziyade, yatıştırıcı bir formül olarak uyruklara duyurulup, onların dini nedenlere dayanarak imparatorluktan ayrılmak istemelerini önlemek amacı ile açıklanmıştır<sup>41</sup>.

Osmanlı Devletin de iki sınıf yurttaş vardır ve bunlar arasında eşitlik yoktur. Devlette yaşayan ayrı ırk ve dinlere mensup olanların hepsine birden eşit olarak uygulanan temel yasalar yoktur. Zamanında pek çok devlette varolan bu

38 TANÖR, s. 51-52.

39 ÜÇÖK-MUMCU, Türk Hukuk Tarihi, s. 306-307.

40 KAYNAR Reşat, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, TTK yay Ankara 1954, s. 100.

41 ALDIKAÇTI, s. 32.

gibi temel aksaklıklar ve eksiklikler, Batı'da aşama aşama giderilmiştir. II. Mahmut da Osmanlı Devletinde varolan bu gibi aksaklıkların giderilmesi durumunda devletin yeniden güçleneceğine içtenlikle inanmıştır. Bu boş bir inanç değildir ama iki nokta gözden kaçırılmıştır. Ne kadar köklü hukuk değişiklikleri yapılırsa yapılsın gayrı Müslimlerin milliyetçilik duyguları bastırılamazdı. Osmanlı çok ulusluluk niteliğini tıpkı Avusturya ve Rusya gibi yitirmeye mahkumdur. İkinci nokta şuydu: Bu reformlar gerçekleşirse, gayrimüslimleri bir yana bırakırsak, onlardan Türkler yararlanacaklardı. Reformlar başarı kazandıkça, devletin niteliği yapısı tartışma konusu olacak; özgürlükçü rejim kavramı üzerinde durulmaya başlanacaktır. Bu da belki yeni bir siyasal rejime geçişle sonuçlanabilirdi... tarihin daha XVIII. Yüzyılda, Türk ulusu ve bazı başka uluslar için de- çizdiği yazgı, sonunda gerçekleşecektir<sup>42</sup>.

Fakat bu çabalara karşı olanlar da vardır. Islahatı kavrayamayan II. Selim'e karşı olan grup, II. Mahmut'a da karşı koymak istemektedir. Padişahın etrafında tutulan yolun (ıslahat) gerekli olduğuna inanmış ona yardımcı olabilecek pek az da devlet adamı mevcuttur<sup>43</sup>.

Fakat diğer taraftan yeni bir kuşak yetişmekte ve bu kuşak da, Fransız ihtilalinin prensiplerini benimseyerek Islahat çabaları ile birlikte fert hak ve hürriyetlerinin gerçekleştirilmesini teminat altına alınmasını istemektedir. Bunlar arasında, "Osmanlı Devletine garplı düşüncüyü sokmak ve garp müesseselerini almak isteyen" Mustafa Reşit Paşa ön planda gelmektedir. Mustafa Reşit Paşa, Paris ve Londra sefirliklerinde bulunmuş ve sefreti sırasında Fransızcasını ilerleterek batı hayatını yakından incelemiştir<sup>44</sup>. Dar gelirli bir aileden gelen, iyi bir öğrenim görmeyen ama kendi kendini yetiştiren Mustafa Reşit kısa zamanda devlet memurluğuna girdi, yeteneğini kanıtlayarak sırası ile Paris Ortalçılığı ve Londra Büyükelçiliği görevlerine atanmıştır. Bu ona, Batı uygarlığını yakından tanıma olanağını sağlamıştır. Servet ve ün sahibi bir aileden gelmemesi, sarayda büyümemesi sebebiyle tutucu önyargılardan, "taassup karanlığı"ndan ve kölelik zihniyetinden uzak kalabilmiş olan Mustafa Reşit, Batı uygarlığıyla bütünleşme gereğine inanan bir kişi "yeni tipte bir elçi" idi<sup>45</sup>.

II. Mahmut tasarladığı hukuk yenilikleri için sadece birkaç adım alabilmiştir. II. Mahmut'un yeniliklerine karşın yönetimde ve yönetilenlerin durumunda esaslı bir iyileşme olmamıştır<sup>46</sup>. Kamu hizmetlilerinin can ve mal güvencesine kavuşturulmaları, daha sonraki yeniliklerin ilk habercisidir. Ancak yöneticiler

MUMCU, "İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri" Savaş yay. Ankara 1992, s. 154-155

KUBALI, s. 51.

ALDIKAÇTI, s. 39.

KARAL, "Gülhane Hattı Hümayununda Batı'nın etkisi", Belleten, c. XXVIII, sy. 112.

TANÖR, s. 56.

için “kulluk sistemi” devam etmektedir. Bu bireysel hakların ve özgürlüğün de yokluğu demektir. Benzeri görülmemiş dış felaketlerle geçen saltanatı 1839 yılında sona ermiştir. Onun istediği eserin doğması, aynı ilkeleri benimsemiş oğlu Abdülmecit döneminde gerçekleştirir<sup>47</sup>.

### 1. Tanzimat Fermanının İlanı

3 kasım 1839’da ilan edilen ve yeni bir dönem açtığı belirtilen Tanzimat fermanı ve uygulaması, Türk toplum bilimlerinde çok tartışılmıştır. Özellikle tarihçiler, hukukçular, sosyologlar, bu önemli olay üzerinde birbirine çok zıt düşüncelere sahiptirler<sup>48</sup>.

Böyle bir hattın ilanı ilk bakışta Osmanlı Devlet geleneğine uygundur. Üç asırdan beri tahta çıkan her Sultan, tabâsına adil bir idare vaad eden ve adaletname adı verilen benzeri hattı hümayunlar ilan etmişti. Fakat bu hattı hümayunu Sultan adına kaleme alan genç hariciye nazırı öyle yeni esaslar getirmekte idi ki, bunlar devlet idaresinde kökten değişiklikler yapacak mahiyettedir<sup>49</sup>.

#### a. Tanzimat Fermanının ilan ediliş sebepleri :

Tanzimat’ın dinamikleri konusundaki görüşleri üç öbekte toplayabiliriz: Dış etkenlere asıl rolü tanıyanlar, iç ve dış etkenleri birlikte ele alanlar ve asıl ağırlığı iç etkene bağlayanlar.

Soysal’a göre Tanzimat’ın asıl zorlayıcı gücü dış baskıdır. İmparatorluğu yarı-sömürge durumuna getirmeye kararlı Batılı Devletler, bu amaca ulaşmak için istedikleri iç düzeni ve elverişli ticaret ortamını yaratmaya çalışmaktadırlar<sup>50</sup>.

Tanzimat’ı dış ve iç etkenlerle beraber ele alanlara gelince; Abadan’a göre “biraz da hatta dış etkenlerden daha çok yabancı etkiler altında vücut bulmuş görünen” bu hareket, siyasi birliğin dayandığı destekleri yenileme ve kuvvetlendirme zaruretinden doğmuştur. 19. yüzyılda, devletin dayandığı askeri ve demokratik temel sarsılmıştır. Düzenini yitiren ordu bir otorite unsuru olmaktan çıkmıştır. Ulusal bilinçlerini kazanan Hıristiyan halklar için de “Müslümanlık akideleri toplayıcı bir bağ olmak şöyle dursun , ayrıcalık unsuru haline gelmişti. İşte bu ortamda Tanzimat’ın birinci görevi, dağılma halindeki kitleleri yenilikler çerçevesinde toplamak, devlet faaliyetlerini hukuki güvence esasına dayayarak düzeni ve merkezi gücü yeniden kurmaktır. Tanzimat’ın ikinci görevi ise bu to-

47 MUMCU, s. 156.

48 MUMCU, s.156.

49 İNALCIK, s. 611.

50 SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasa’nın anlamı, s. 24-25

parlanmayı, kişi benliğini ezen sınırlamaları azaltarak ve bir “ferdi hürriyet sahası” yaratarak gerçekleştirir<sup>51</sup>.

Yine iç dinamiklerle dış dinamiği birlikte ele almakla beraber, iç dinamikten yola çıkan Ongunsu ise Tanzimat’ın Mısır ve Boğazlar sorunu gibi devletin iç zaaflarından da doğan iki sorunu çözebilmek için düşünülmüştür. Amaç Devletin yeniden güçlendirilmesi ve bunun için de gerekli yeniliklerin yapılmasıdır. Bu ise, Rusya’ya karşı Osmanlı Devleti’ni bir denge unsuru sayan ama aynı zamanda “istismar siyaseti” güden devletlerin de yardımını almaya ve onların isteklerini yerine getirmeye bağlıdır. Böylece içte yenilik ihtiyacı, dışa güven verme ihtiyacı ile birleşince, Tanzimat’ın da en yakın etkenleri ortaya çıkmıştır<sup>52</sup>.

Fındıkoğlu; iç ve dış etkenlerin birlikte etkili olduğunu savunanlardan ancak o dışarıdan gelen baskının daha etkili olmuş olabileceği sonucuna varmaktadır<sup>53</sup>.

Okandan ise Tanzimat döneminin ve Gülhane Hattı Hümayun’un doğuşunda asıl etkenin iç dinamik olduğunu ileri sürmekte ve olayı içte yenilik düşüncesinin ve taraftarlarının bir başarısı olarak ele almaktadır<sup>54</sup>.

Akyılmaz’a göre ise, Tanzimat’ın ilanında hem iç hem de dış dinamiklerin etkisi vardır. Ancak Tanzimat fermanında belirgin bir yabancı etkisi yoktur. Akyılmaz’a göre yabancı etkisinin en üst seviyede görüldüğü belge Islahat fermanıdır<sup>55</sup>.

Dış etkiler iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Gayrimüslim tebaa ile ilgili olarak bir takım reformlar yapması için Osmanlı devletine baskı yapılması şeklinde beliren dış etki. Dış devletlere göre gayrimüslim tebaanın hak ve hürriyeti yok ve ezilmektedir acilen reformlar yapılması gerekmektedir. Bu tür talepler olmadan da reform programlarına batılı Devletlerin desteğini sağlamak için Osmanlı devletinin kendiliğinden de ıslahat hareketlerini yapmaya çalıştığını görüyoruz.

Osmanlı devleti bu talepleri kısmen dikkate almıştır. Rusya Osmanlı Devletini iç işlerine karışmaktadır. Bu durum İngilizleri rahatsız eder. Osmanlı Devletine İngiltere parçalanmasını engellemek Rusya ise parçalanmasını sağlamak amacıyla reform yapması için baskı yapmıştır.

51 ABADAN Yavuz, “Tanzimat Fermanının Tahlili” TANZİMAT, Maarif vekaleti Yay, c. 1, s. 33-35.

52 ONGUNSU, s. 6-7.

53 FİNDİKOĞLU Fahri, Tanzimatta İçtimai hayat, TANZİMAT, c. 1, s. 625.

54 OKANDAN, s. 68.

55 AKYILMAZ Gül, Yeni Osmanlılar’ın Doğuşu, Yüksek Lisans Tezi, s. 23 vd.

Fransız ihtilalinin nasıl bir etkisi olduğu hususunu Akyılmaz şöyle açıklamaktadır; “O dönemde Osmanlıcılık ideolojisi ortaya çıkmıştır<sup>56</sup>. 1789 Fransız ihtilali sonucu doğan milliyetçilik akımı Osmanlı Devletini tehdit etmiş Osmanlı Devleti de bu akıma karşı ideoloji üretmiştir ve Osmanlıcılık ideolojisi oluşmuştur. Osmanlı Devleti içindeki halklara eşit haklar tanıyarak Osmanlı Devletinin parçalanması engellenilmeye çalışılmıştır. Tanzimat Fermanı bunlardan biridir. Hukuki eşitlik kavramı Osmanlıya sokulmuştur<sup>57</sup>.” Fındıkoğlu’na göre Osmanlı Devleti Tanzimat Fermanının yayınlanmasında Fransız Devriminin etkisi yoktur. Tanzimat öncesinde böyle bir etkiyi kesinlikle kabul etmeyen Fındıkoğlu 1839 hareketinde bile böyle bir etkiden söz edilemeyeceğini olsa olsa Osmanlı cemiyetinin yapısı üzerinde müessir olmuş bir 1789 dan değil, fikri terbiyeleri dolayısı ile Fransa’dan müteessir olmuş birkaç devlet adamının duyduğu gıpta hissinden bahsolunabileceğini belirtmektedir<sup>58</sup>.

### b. Hattın içindekiler;

26 Şaban 1255 (3 kasım 1839) tarihinde okunan ve ilan edilen bu fermana Gülhane Hatt-ı Hümayunu” ismi de verilmektedir. Çünkü bu ferman o zaman sarayın bahçesi olan ve şimdi park olarak kullanılan Gülhane’de, vatandaşların ve yabancı devlet temsilcilerinin önünde okunmuştur<sup>59</sup>.

Tanzimat Fermanında hükümler, madde şeklinde gösterilmemiştir. Ama biz bunları şu şekilde özetleyebiliriz;

1. Tanzimat Fermanının başlangıç kısmında; Osmanlı Devletinin, İslam şeriatına bağlı olduğu zamanlarda kuvvet kazandığı, dışarıda galibiyetler elde ettiği, içerde ise, halka müreffeh ve saadetli bir hayat temin ettiği belirtilmektedir. Fakat şeriat kanunlarından dönülmeye başlandığından itibaren, Devlet zayıflamış, dışarıda galibiyetler yerine mağlubiyetler, içerde ise huzur yerine huzursuzluk, zenginlik yerine fakirlik gelmiştir. İşte buna mani olmak için, tekrar şer’i kanunlar dairesinde hareket edilmesi istenmektedir; ancak bu şekilde devlet yükselecektir.

Görülüyor ki Ferman, o dönem bozukluklarının nedenlerini anlatarak söze başlamakta, böylece kendi varoluş gerekçesini açıklamaktadır. Burada, bir yanda şeriata uymamanın bir bozulmanın ana nedeni olarak gösterilmesi, öbür yanda ise kurtuluşun yeni yasalarda, yani şeriata dayanmayan yeni hukuk kurallarının yaratılmasında aranması bir “çelişki” görünümü vermektedir. Yavuz Abadan bu

56 Tüm Osmanlı vatandaşlarını hangi dil ve etnik grup olursa olsun Osmanlıcılık ideali altında toplamaya çalışan fikir akımıdır.

57 AKYILMAZ, s. 23 vd.

58 FİNDİKOĞLU, “Fransız İhtilali ve Tanzimat” s. 100.

59 ARMAĞAN, s. 18.

tarihi belgede yer alan esasların hiç de şeriatın ağır basması yönünde olmadığını yazmaktadır. Belgede, bozulmanın şeriata uyulup uyulmaması konusu dışında kalan nedenlerden de ileri geldiği, düzelmenin de yepyeni ilkelerin kabulü ile olabileceği fikri önemle vurgulanmaktadır. Abadan'a göre buradaki, "şeriat ile şeriat-ötesi anlayış" arasındaki denge, fermanın yazılışı sırasında şer'i anlayış doğrultusunda bozulmuştur. Burada da, "ifadede ağırbaşlılığı" sağlamak düşüncesi kadar, ulemayı ve tutucuları ürkütmemek niyeti rol oynamıştır. Yoksa Gülhane hattı hümayun ve Tanzimat anlayışında şeriate bağlılık vurgulamaları ilkesel olmaktan çok biçimseldir, görünüştedir<sup>60</sup>.

Hattın giriş kısmında Sultan, düşüncesinin memleketi kalkındırma ve halkı refaha kavuşturma olduğunu ilan ediyor, daha aşağıda Tanzimat'ın gayesi yalnız din ve devlet değil, mülk ve milleti ihya olduğunu söylemektedir<sup>61</sup>. Böylece Reşit Paşa, halka Devlet içinde merkezi bir mevki vermekte, modern Batı Devletinin esas prensibini, yani halkın Devlet için değil, devletin halk için varolduğu düşüncesini getirmektedir<sup>62</sup>.

Bundan sonra şu esaslar yer almaktadır:

2. Dünyada can, ırz ve namustan daha aziz bir şey yoktur. Bir insan bunları tehlikede görürse, yaratılışında kötülük ve hıyanet olmasa bile, başkalarına zararlı olacak, ve memleket içinde zararlı bir insan haline gelecektir. Eğer can, ırz ve namusundan, emin olursa, faydalı olacak, iyi bir şekilde devlete hizmet edecek ve devlet, kuvvet bulacaktır.

Bir diğer nokta olarak, mal emniyeti belirtilmektedir; Bir kimse malına emniyet duymazsa devlete ısınamayacak, milletine ısınamayacak, daima endişe içinde yaşayacaktır. Fakat eğer malından emin olursa, devlet ve millet bundan fayda görecektir.

3. Asker ve lüzumlu masrafların teminine ihtiyaç vardır. Vergilerin iltizam usulü ile toplanması yanlıştır. Bunlar kaldırılmalı ve herkesin mali kudretine göre münasip vergiler tespit olunmalıdır. Askerliğe gelince, vatanın muhafazası için asker vermek ahalinin vazifesidir. Ancak asker toplanırken, ziraat ve ticaretin ihlal edilmemesi, ve askere alınanların uzun zaman askerde tutulması, keyfi hareketlere meydan verilmemesi gerekir. Bunun için bazı kanunların çıkarılması şart haline gelmiştir. Bu kanunların tabi olacağı esasları şu şekilde özetleyebiliriz:

a. Suç işleyenlerin davaları şer'i kanunlara göre muhakeme edilip, tespit edilmedikçe hiç kimse gizli veya açık idam edilmemelidir.

60 ABADAN, s. 48-50.

61 Burada millet imparatorluk tebaasının toplamı anlamında kullanılmaktadır.

62 İNALCIK, s. 619.



b.Hiç kimse başkalarının ırz ve namusuna tecavüz etmemelidir. Herkes mal ve mülkünde tam bir hürriyet içinde tasarruf edebilmelidir.

c.Bir kimsenin suç işleme halinde mirasçıları cezalandırılmamalıdır.

Güllhane hattı hümayunu kişi hak ve özgürlükleri bakımından eksik ama derli toplu ilk Osmanlı listesini getirmektedir. Eksiklikler; düşünce, basın, dernek, toplanma çalışma sözleşme sanayi özgürlükleri gibi konulardır. Tanör'e göre bu eksikliğin nedeni Padişah ve Mustafa Reşit Paşa gibi ileri gelenlerin düşünce boyutlarının sınırlılığı ile yani öznel bir etkenle ilgili olmaktan daha çok, o dönem toplumunun nesnel, maddi ve sosyo-ekonomik yapısının geriliği ile bağlantılıdır<sup>63</sup>, Abadan ise bu eksikliklerin nedenini "Osmanlı İmparatorluğunda liberalizmin henüz kökleşmemesini ve burjuva sınıfının hakimiyet tesis edememesi"nde bulmaktadır.<sup>64</sup>

Tanınan hak ve dokunulmazlıklar arasında en başta kişi dokunulmazlığı ve güvenliği gelmektedir. Yasa dışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama, âdil ve açık(aleni) usullerle yargılanma, şeref ve haysiyet ve ırzın korunması gibi esasları içermektedir. Böylece kanunsuz suç ve ceza olmaz", yargılanmadan kimseye ceza verilmez" biçimindeki evrensel hukuk ilkeleri benimsenmiş olmaktadır. Padişah da mutlak bir haktan, örfi ceza verme yetkisinden vazgeçmekte, bunları mahkemelere bırakmaktadır<sup>65</sup>.

d.Osmanlı tebaasından olup da, Müslüman veya Müslüman olmayanlar arasında bu haklar bakımından fark olmamalı, herkes can, ırz, namus ve mal bakımından eşit olmalıdır. Bu hüküm daha çok yabancıların Osmanlı Devletinin iç işlerine karışması neticesinde ortaya çıkmıştır: Burada Müslüman olmayan kimselerin, Avrupa devletleri tarafından himayesinin tesirleri görülmektedir.<sup>66</sup>

Ayrıca Güllhane hattı hümayunun açıklanması için çıkarılan ek fermanda da, "vezirden çobana herkesin eşit olduğu" bildirilmiştir<sup>67</sup>. Getirdiği en önemli yenilik ; eşitlik fikrini Osmanlı Devleti hukuk sistemine sokmasıdır. Gayrı Müslimlerin geniş din ve vicdan hürriyeti olsa da müslim ve gayrimüslim tam eşit değildir hukuki alanda eşitsizlikler mevcuttur. Örneğin mahkemelerde şahitlikleri kabul edilmemektedir, siyasi hakları mevcut değildir belirli renkte kıyafet ve ayakbağı giymek zorundadır. Tanzimat Fermanı ile hukuk sistemine dahil edilen

63 TANÖR, s. 67.

64 ABADAN s.53

65 ÜÇÖK- MUMCU, s. 313.

66 ARMAĞAN, s.18.

67 KARAL, s. 598.

dir. Padişah kendi iradesi ile kendi yetkilerini sınırlamaktadır. Fransız ihtilalinde olduğu gibi aşağıdan bir talep söz konusu değildir. Gülhane hattı hümayunu ile Osmanlı Devlet düzeninde ilk defa olarak bir padişahın kendi iradesi ile kendi yetkilerini ve iktidarını sınırladığını görüyoruz. Bu kendi kendini sınırlama (auto-limitation), özellikle kişi hakları ile yargı ilkeleri alanında belirgindir<sup>71</sup>.

2. Tanzimat Fermanı sadece haklardan bahseder. Hürriyet kanadı yoktur. Hangi yönlerden eksik olduğunu ve sebeplerini belirtmiştik.

3. Fermana ki düzenlemelere uyulmadığı zaman uymayan kişilere uymayan kişilere uygulanacak maddi müeyyide yoktur. Getirilenlerin güvencesi olarak "yemin", kendi kendini sınırlamanın tipik yoludur. Gülhane Hattı hümayunu, tek yaptırım olarak sübjektif ve manevi desteğe dayanmaktadır. And içme. Bu onun tek yanlı niteliğinden ve kendi kendini sınırlama anlayışından doğan bir sonuçtur<sup>72</sup>. Bu durum bu fermanın uygulanma şansını azaltmaktadır. Çünkü bu andla sadece and içen Padişah bağlanmakta ve ondan sonraki padişahları ilgilendirmemesidir. Padişah ben bu hususlara uyacağımı uymazsam Allah'ın laneti üzerime olsun diyor. Batıdaki örneklerde maddi müeyyideler vardır. Mesela Magna chartada magnum concilium hareketine geçer ve kralı tahttan indirir.

4. Tanzimat Fermanının hukuki niteliği hususunda birbirine zıt görüşler vardır. Bir yoruma göre Gülhane Hattı hümayunu, tebaa-devlet ilişkileri ile kamu gücünün kullanılmasına kurallar getiren, kendini sınırlama örneği veren bu nedenle de geri alınıncaya kadar hukuken bağlayıcı, modern anlamda bir anayasa olmasa bile anayasal nitelikte ya da değerinde bir beraat, bir "Charte constitutionnelle"dir. Hukuki biçimi bakımından ise iki yanlı (misak, sözleşme) değil, tek yanlıdır, bir fermandır<sup>73</sup>.

Karal'a göre ise 1789 Bildirgesi ile büyük benzerlikler içinde bulunan Gülhane Hattı Hümayunu, "bir nevi anayasa" niteliğindedir. Ama onda bu yönü bulabilmek için karşılaştırmayı 20. Yüzyıl anayasaları ile değil 19. Yüzyıl anayasaları ile yapmak gerekir. Bu sonuncuların ortak yanı, hükümdarın hak ve yetkilerini sınırlamalarıdır. Bu sınırlamaların biçim ve örgüleri ise devletten devlete değişir. Gülhane hattı Hümayuna anayasa niteliğini veren hususlar şunlardır; Hükümdarın ve hükümetin keyfi işlerine son verilmesi, halkın doğal haklarının eşit olarak tanınması, Meclis-i Ahkamı adliye'nin yasa hazırlama ve devlet giderlerini denetleme ile görevlendirilmesi, padişah ve devlet ileri gelenlerinin halk önünde and içmesi, Hattı Hümayunun mahkemelerde tescil edilip Meclis-i Ahkam-ı Adliye'ye gönderilmesi ve buna aykırı uygulamaların yasaklanması<sup>74</sup>.

71 TANÖR, s.68.

72 TANÖR, s.68.

73 ABADAN, s. 39-44.

74 KARAL, s. 598-599.

Karşı görüşe göre ise Gülhane Hattı Hümayunu, anayasal nitelik taşıyan belgelerin biçimsel özelliklerine sahip değildir. Özü bakımından da, devletin kuruluş ve işleyişi, devlet birey ilişkileriyle ilgili kurallardan yoksundur. Bu eksiklikleri ile Gülhane Hattı Hümayunu bir Anayasa-Ferman değil, yeni hukuk düzeninin dayanacağı ilkeleri açıklayan bir "Beyanname", bir tür İnsan ve yurttaş hakları bildirisidir<sup>75</sup>.

Akılmaz'a göre Tanzimat Fermanı bir Anayasa değildir. Daha sonra ki Anayasal gelişmelere öncülük etmemiştir. Kanun-u Esasi 1876'da ortaya çıktı. Bu süreci Tanzimat Fermanı başlatmıştır ancak öncülük etmemiştir.

5. Tanzimat Fermanı Fransız ihtilali sonucu doğan Liberalizm akımının Osmanlı resmi kademelerine ulaştığının çok önemli göstergesidir. Liberalizm akımının etkileri var.

6. Hattın sonunda, bu ıslahatın "usul-ı atıkayı bütün bütün tağyir ve tecdid" demek olduğu, yani devrimci karakteri belirtilmiştir. Ancak şunu da ilave etmek gerektir ki, Reşit Paşa bu prensipleri ileri sürerken nazariyata kaçmıyor, bir siyasi felsefeden, tabi haklar nazariyesinden hareket etmiyor, bunları ancak belli gayelere erişmek için pratik tedbirler olarak ele almaktadır. Ona göre ancak bu kanunlar sayesinde ki imparatorluk tebaası devlete ısınacak ve bağlanacak, iktisadi hayat canlanarak halk zenginleşerek, devletin gelir ve kudret kaynakları artacaktır. Özetle tanzimatta gaye devletin kuvvetlenmesi, memleketin kalkınması ve huzurun yerleşmesidir. Müslim ve gayrimüslim tebaanın aynı haklardan istifade etmesi prensibi, İslahattan beklenen pratik gayeyi ortaya koymaktadır<sup>76</sup>.

## 2. İslahat Fermanı

Tanzimat döneminde, genel doğrultuları gösteren Gülhane Hattı Hümayunun uygulanması için çıkarılan reform programlarından en önemlisi 1856 tarihli İslahat fermanıdır<sup>77</sup>. Tanzimatın ikinci sayfası sayılabilecek olan bu devre 1856 İslahat Fermanı ile başlar. Ancak bu yeni atılımın doğrudan batılı devletlerin baskısı altında ve onların İteleyişi ile yapıldığını belirtmek gerekir<sup>78</sup>.

Rusya ile yapılan Kırım savaşında İngiltere, Fransa ve Piyomente Osmanlı Devletinin yanında yer almıştır. Osmanlı Devleti Rusya'ya karşı savaşı kazanmıştır. Kırım savaşına varan buhranı doğuran olaylar, Osmanlı imparatorluğu içindeki Hıristiyan uyrukların imtiyazları meselesinden çıktığına göre, barışı düzenleyen Paris Kongresinde de bu meselenin ele alınması tabii idi. Bunu için-

KUBALI, s. 57-59.

İNALCIK, s. 620.

TANÖR, s. 72.

KAPANİ, s. 100.

dir ki Islahat Fermanı Paris antlaşmasında da yer almıştır. Osmanlı imparatorluğundaki Hıristiyanların durumu meselesi ve bunun barış antlaşmasında yer alması meselesi daha 1855 yılında İngiltere, Fransa ve Avusturya arasında tartışma konusu olmuş ve sonra da Paris kongresine getirilmiştir. Bunun sonucu olarak devletler arasında yapılan tartışmalarda, bu konuda birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlardan en aşırı görüş Rusya'ya ait bulunmaktadır. Rusya'ya göre Osmanlı imparatorluğu içindeki Hıristiyanların imtiyazları, devletlerin ortak garantisi altına koyulmalı ve Paris antlaşmasına geçirilmelidir. Böylece Rusya Osmanlı Devletinin iç işlerine müdahale imkanı kazanmak istenilmiştir. Osmanlı Devletinin görüşü ise; Hıristiyan uyrukların hak ve imtiyazlarını yeniden teyit etmek suretiyle işi daha fazla büyütme istenilmemiştir. Diğer Devletler ne Osmanlı'nın ne de Rusya'nın görüşünü kabul ettiler ve en sonunda Fransa'nın ortaya attığı orta yoldaki görüş kabul edilmiştir. Buna göre, Müslüman ve Hıristiyan uyruklar arasındaki farklar padişahın bir Fermanı ile ortadan kaldırılacak ve bu durumda barış antlaşmasında tespit edilecektir. Nitekim öyle yapılmıştır<sup>79</sup>.

1839'da tanınan hakları yetersiz, verilen sözleri de tutulmamış sayan Batı devletleri 1856 Paris konferansı öncesinde, Osmanlı imparatorluğu' Rusya'nın müdahalelerine karşı korumanın bedeli, Avrupa Devletleri ailesine kabul edilmenin de şartı olarak, yeni bir takım istekleri ileri sürmüşlerdir. Rusya'ya karşı savaşta Osmanlı imparatorluğunu desteklemiş olmaları, onları bir kez daha söz sahibi kılmıştır. Yabancı isteklerin düğüm noktası, gene Hıristiyan azınlıklara tanınacak haklardı. Ancak bu yeniliklerin dış baskı sonucu gerçekleştirilmediğini "kanıtlama" olanağı da padişaha tanımak istediklerinden, bu hususların uluslar arası bir anlaşmada yer almasında diretmeğe vazgeçip iç hukuk belgesi şeklinde sağlanmasını kabul ettiler ve bunu Bab-ı Ali'ye bildirdiler. Böylece, 1856 Islahat Fermanının esasları Ali Paşa ile İstanbul'daki İngiliz ve Fransız elçiler arasında karşılaştırıldı. Görülüyor ki Ferman dış baskı ürünüdür<sup>80</sup>.

Padişah Abdülmecit, 28 Şubat 1856 da, yani Paris Kongresinin toplantı halinde bulunduğu sırada, Islahat Fermanını ilan etti<sup>81</sup>.

a. *Islahat Fermanının muhtevası ve Önemi*

1856 Fermanında ve ekteki notta yer alan esaslar<sup>82</sup> şöyle özetlenebilir:

Belgede birkaç madde hariç tamamı Gayrimüslim tebaa ile ilgilidir. Tüm Osmanlı tebaasını kapsayacak düzenlemeler sadece işkence yasağı, ceza soruş-

79 ARMAOĞLU Fahir, *Siyasi Tarih*, Sevinç mat., Ankara 1964, s. 147-148.

80 KARAL, s. 20.

81 ARMAOĞLU, s. 147-148.

82 Metin için bkz. S. FERİDUN, s. 6-9.

turma ve yargılamalarının açık olması, yargılama yapılmadan hiç kimseye ceza verilememesi ve vergilerin adil bir biçimde toplanacağı ile ilgili maddelerdir<sup>83</sup>.

1839 Gülhane Hattı Hümayunu tanınan can, mal , namus, şeref dokunulmazlıklarının ve Müslüman olmayan cemaatlerin öteden beri sahip oldukları ruhani ayrıcalıkların bir kez daha güvence altına alınması bu yolda somut önlemlere başvurma sözünün verilmesi, kiliselerin topladığı vergilerin kalkması, Rum patriğinin ömür boyu seçilmesi, dinsel toplulukların kendilerini yönetmeleri için cemaat meclislerini oluşturabilmeleri, ibadet yeri ve okul açabilmeleri, din, vicdan ve ibadet özgürlüklerinin kesin olarak korunması, din ve mezhebi yüzünden aşağılanmama, din değiştirmeye zorlanmama, İslam'dan çıkmanın idamla cezalandırılmaması kabul edilmiştir<sup>84</sup>. Din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin herkes için ibadet hürriyetinin kabul edilmesini Kapani tam ve gerçek manada bir inanç hürriyeti olarak kabul etmemekte ve gözetilen hedefin sadece Hıristiyan tebaaya dini ayın ve ibadet serbestliği hususunda güvence tanımak olduğunu belirtmektedir<sup>85</sup>.

Bundan başka Hıristiyanların da eyalet meclislerine, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkam-ı adliye'ye bütün okullara, hatta askeri hizmete girebilmeleri, mahkemede tanıklıklarının eş değerde sayılması, Müslüman ve Müslüman olmayan kişiler arasındaki davalara karma mahkemelerde bakılması, yargılanmaların açık olması, yeni ceza yasaları yapılması, işkencelerin kaldırılması, ceza uygulamalarının insancillaştırılması, maliyede yeniliklere gidilmesi, vergide eşitlik, iltizamın kaldırılması, yabancı uyruklara "tasarruf-u emlak" izni verilmesi, banka , ticaret ve tarım sermayesine olanak sağlanması, "sermaye-i Avrupa'dan istifadeye bırakılması<sup>86</sup>.

Osmanlılık kavramı da ilk kez burada beliriyordu. Fermanın başında tebaadan vatandaş terimiyle söz edilmektedir<sup>87</sup>.

Bu belgede kavramlar açısından Liberalizm akımının etkilerini hissedilmektedir.

İslahat Fermanının ana hedefi, Müslüman olmayan uyruklara Müslümanlarla her yönden eşitlik sağlamaktır. Gülhane Hattına nazaran açık ve net olarak eşitlik fikrinin vurgulandığını hissedilmektedir. Eşitlik fikri sağlam zemine oturulmaktadır. İslam olamayanlara, bütün devlet memurluklarına atanabilmek, eyalet meclislerine girebilmek ve Meclis-i Vâlâ'da temsil edilmek gibi haklar da

83 AKYILMAZ, s. 85 vd.

84 TANÖR, s. 73.

85 KAPANİ, s. 100.

86 TANÖR, s.72.

87 BERKES, s. 211.

tanınmaktadır. Bir başka önemli yön, yabancılara tanınan ekonomik hak ve kolaylıklardır. Bu konuda 1856 Arazi kanunnamesi ile daha güvenceli bir sistem oluşturulacak, 1867'de de yabancılara kentlerde ve kentler dışında taşınmaz mal edinme hakkı tanınacaktır<sup>88</sup>.

Görülüyor ki, 1856 Islahat Fermanı 1839 Gülhane Hattına nazaran daha geniştir. Batılılaşma yolunda daha somut bir adımdır. Fakat burada gene de soyut ve genel bir hürriyet prensibine, bir hürriyet ideolojisine rastlanılmamaktadır<sup>89</sup>.

Islahat Fermanı siyasi sonuçları bakımından da etkili olmuştur. Varlığını dış baskıya borçlu olan, bizzat metninde bu devletlerin "himmetü muaveneti hayırhaneleri"(iyiliksever yardım ve himmetleri)nden söz eden, daha sonra da Paris antlaşmasınının 9. Maddesinde anılan Ferman, batılı Devletlerin ve Rusya'nın ardı arkası kesilmeyen müdahalelerine dayanak oluşturmuştur<sup>90</sup>.

Islahat Fermanı iç siyaset açısından da önemli sonuçlar doğurdu. 1839 Gülhane Hattı Hümayunu Türk-Müslüman halka bir anayasa vermediği, onun siyasi yaşantısında büyük sıçramaya yol açmadığı halde, 1856 Islahat Fermanı genel olarak Hıristiyan milletlerin anayasal gelişmelerinin başlangıcı olmaktadır. Bu belge onların ulusal bağımsızlıklarının bir bildirisi sayılabilir; ama kendilerinin ilan etmedikleri bir bağımsızlık bildirisi.

Islahat fermanı ile Müslümanlar ile Hıristiyanlar arasında bir eşitlik düzeyi kurulmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan bakılınca Tanzimat fermanı ile farkı yoktur. Fakat bu ikisi arasında diğer bazı bakımlardan farklılık vardır. Bir defa fark edildiği gibi, Islahat Fermanı kaynağını ve ortaya çıkış sebebini yabancı devletlerden almaktadır. Onlar istediği için yayınlanmıştır. Tanzimat Fermanında bu etkiyi tam açık olarak bulmak mümkün değildir. İkinci olarak konu olarak farklı diyebiliriz. Islahat Fermanı konu olarak ele alınan şahıslar birkaç nokta hariç Hıristiyanlardır. Tanzimat Fermanı ise Müslüman ve Hıristiyan ayrımı yapmadan bütün Osmanlı uyruklarını göz önüne aldığı için adeta bir insan hakları demeci şeklinde ortaya çıkmıştır<sup>91</sup>.

#### b. Islahat Fermanına Tepkiler

Islahat Fermanı bir takım tepkilerle karşılaşmıştır; 1856 bildirisi Müslüman tebaayı memnu etmediği gibi kilise ruhanilerini de sevindirmemiştir. Çünkü bunların "millet" denen cemaatler üzerindeki yetkileri ve çıkarları kısıtlanmıştır. Hıristiyan halkın bir kısmı sağlanan haklardan memnun olmakla birlikte, beğenilmeyen yanı askerlik hizmeti ödevi ya da bedel ödenmesidir. Bunu kaldırılan

88 TANÖR, s. 73.

89 KAPANİ, s. 98-100.

90 KARAL, s. 6-7.

91 ARMAOĞLU, s. 149.

cizyenin arka kapıdan sokulması olarak anılıyorlardı 1856 bildirisi onun hazırlanışında rol alan Avrupa Devletlerinin temsilcilerini de tam tatmin etmiş değildir. Bu belgeyi istediği biçime sokmak için adeta savaş açan Britanya elçisi; verilen imtiyazları yeterli bulmamış, din özgürlüğünün sağlanmadığına inanmıştır. Türklerin Müslüman olarak asla Avrupalı olamayacağına inanan bu elçinin anladığı din özgürlüğü, Protestan misyonerlerine tam bir serbestlik içinde Ortodoks ve Katolik Hıristiyanlarla Müslümanlardan mümin çalmak özgürlüğü idi. Onun rakibi olan Fransız elçisi ise Müslüman Türklerin “Osmanlı” olarak Avrupalılaştırılması için Fransız medeni Kanununun alınmasının, Fransız eğitim sisteminin ve dilinin Osmanlılık birliğinin sağlanmasının yeteri kadar garanti edilmediğine inanmışlardır.

O zaman hükümette olmayan Reşit Paşanın eleştirisi Padişaha sunduğu bir muhtarada bildirilmektedir. Mustafa Reşit Paşa bu belgenin Yüksek Şurada ya da özel bir Meşveret Meclisinde tartışılmadan Avrupa elçileri ile iki hükümet adamının kapalı bir komisyonda hazırlandığını, Tanzimat bildirisi gerekli her şeyi kapsadığı halde bu ikinci belge ile gereksiz, aşırı egemenliğe aykırı imtiyazlar verildiğini; başkentten uzak bölgelerde Hıristiyan halk ile Müslüman halk arasında çatışmalara yol açacağını, bu belgenin Paris barış antlaşması metninde alınması yüzünden de reformların uluslar arası bir sorun olmasına yol açabileceğini belirtmişlerdir. Reşit Paşa'ya göre bu olup bitti karşısında yapılacak şey vad edilen reformları hemen gerçekleştirerek antlaşmadaki maddeyi hükümsüz hale getirmektir<sup>92</sup>. İslahat fermanının uygulanma şansı olmamıştır.

Sonuç olarak denilebilir ki; Tanzimat devri, Meşrutiyet kurulabilmesini sağlayan şartları, zümreyi ve havayı yaratmıştır<sup>93</sup>.

### C. Meşrutiyet Dönemleri

#### 1. Hürriyetçi akımları uyanması ve Birinci Meşrutiyet

Tanzimat devrinde devletin islahı gayesi ile nısdar olunan fermanlar boş va'dlerden ibaret kalmış ve müsbet hiçbir netice tevhit etmemiştir. Müspet netice tevhit etmek şöyle dursun bilakis müstebit ve keyfi idare eskisinden de daha şiddetli bir mecraya girmiştir<sup>94</sup>.

Bu dönemde meydana gelen Kuleli olayı; bazılarının göre ilk devrim hareketi olarak, bazılarının göre ise Tanzimatın ilericiğini yıkıp Şeriatı getirmek isteyen gerici bir girişim olayıdır şeklinde nitelendirilmektedir<sup>95</sup>. Bununla beraber, bu iki görüşten birini tercih ettirecek, olayın gerektiği gibi incelenmesine imkan

92 BERKES, s. 212.

93 ARSEL, s.21.

94 ARSEL, s. 23.

95 BERKES, s. 268.

verecek vesikalar henüz bulunamamıştır veya yoktur. Fakat her halde tartışılması mümkün olmayan husus, 1859 yılında, tutumu beğenilmeyen padişahı, tahttan indirmek için gizli bir dernek kurulduğudur. Kuleli vak'ası, iktidara karşı direnmek için, ister kurulu düzen, ister hareket taraflarında yapılsın, gizli bir teşkilatlanma fikrinin doğuşunu göstermesi ile özel bir önem kazanmakta ve birinci meşrutiyetin ilanından hemen önceki gelişmenin öncülüğünü yapmaktadır<sup>96</sup>.

İkinci devrim girişimi 1865'de kurulmuş olan İttifak-ı hamiyet adlı bir örgütten gelmiştir. Bu cemiyetin başlangıcı, kuruluşu üyeleri örgütlenişi üzerine verilen bilgiler de esrar perdesine bürülü olarak kalmıştır. Bu bir avuç insanın önemi, bunların özellikle halk içinden bir kesim olması ve bu kesimin ilk defa anayasa meşrutiyetin ilanı yönünde isteklerde bulunmasıdır<sup>97</sup>.

Padişahın şiddet ve istibdat usulleri, keyfi ve mutlak idaresi memleketin mahdut sayıdaki münevver adamları üzerinde kırbaç tesiri icra etmekten geri kalmamış ve onları devleti kurtarma çarelerini aramaya sevk etmiştir. Bir avuç münevverin bin bir fedakarlık, müşkülât ve gayretlerle uğrunda mücadele ettikleri fikirler memlekete meşruti bir idarenin ihdası müesseselerine hakim olan prensipler ve hukuki telakkiler ayrıyla ele alınmış ve memlekete ithal edilmek istenilmiştir. Bu uğurda mücadele hem memleket dahilinde ve hem de memleket haricinde yürütülmek istenilmiştir<sup>98</sup>.

Daha önce belirtildiği üzere, Fermanlarda sözü edilen ve hükümdar tarafından fertlere "ihsanı Şahane" olarak bağışlanan belirli hakların ne tabi hukuk doktrini ile, ne de başka herhangi bir hürriyet teorisi ile ilişkisi yoktur. 18. Yüzyıl Avrupası'nın liberal ve demokratik düşünce akımı, hemen hemen yüz yıla yakın bir gecikme ile Osmanlı Türkiye'sine sızmaya başlamıştır. Ancak Tanzimat'ın ikinci safhasındadır ki(1856'dan sonra) Batı kültürü ile temasa geçen bir avuç Türk aydını yeni keşfettikleri "hürriyetçi fikirleri" yayma çabasına girmişlerdir<sup>99</sup>. Batı ekonomilerinin etkisini açan Tanzimat, demokratik fikirlerin de ülkeye girmesine zemin oluşturmuştur<sup>100</sup>.

Avrupa'nın devrimci akımlarının ilkiyle karşılaşma, gençlerin Avrupa'ya gidişlerinden önce başlamıştır<sup>101</sup>. Bunların öncülüğünü 1848-1853 yıllarında

<sup>96</sup> Kuleli vak'ası için bk: Mustafa ELÖVE, Anayasa hareketlerimizin Şeması, OKANDAN, s. 25 vd.

<sup>97</sup> AKYILMAZ, s. 23vd.

<sup>98</sup> ARSEL, s. 22.

<sup>99</sup> AKIN F.İlhan "Temel hak ve Özgürlükler", İstanbul 1971, s. 45vd.

<sup>100</sup> ÜLKEN H.Z, "Tanzimattan sonra fikir hareketleri" TANZİMAT, c. I s.757-760, TANÖR'den naklen s. 93.

<sup>101</sup> BERKES, s. 271.



Fransa'da tahsil görmüş olan şair ve gazeteci Şinasi yapmıştır. Şinasi akılcı batı felsefelerini kurmak yolunda en büyük hizmeti göstermiştir<sup>102</sup>.

Şinasi'nin izini onun hemen arkasından, Genç Osmanlılar takip ettiler. Genç Osmanlıların her biri Tercüme odasında yetişmiş ve bol bol Fransızca kitap okumuş şahıslardır. Cemiyet hakkında bilgi veren ve kendisinin de üyesi olduğunu iddia eden Ebuzziya'ya göre Yurtseverler Birliği, elde ettikleri iki kitaptan öğrendikleri Carbonari örgütlenme modeline göre "hücreler" halinde kurulmuştu<sup>103</sup>. Bu isim altında birleşen bir çok aydınlar topluluğu- Mustafa Fazıl Paşalar, Namık efendiler, Ziya Paşalar, Ali Süaviler ve daha başkaları- Osmanlı Devletinde ilk defa liberal siyasal düşüncenin yayılması ve gerçekleşmesi yolunda çalışan fikir ve eylem grubunu meydana getiriyorlardı<sup>104</sup>. Özellikle 1860'dan sonra canlanan basın ve yayın hayatı bu aydınlar aracılığı ile liberal ve reformist fikirlerin ülkeye taşınmasına hizmet etmiştir. Mühendishane ve tıbbiye öğretmen ve öğrenci çevrelerinden başlayıp yeni gelişen yerli "Hayriye esnafına" kadar uzanan genişçe bir kesim, bugünkü anlamda bir kamuoyu oluşturmaya başlamıştır<sup>105</sup>.

Genç Osmanlılar açıkça mutlakiyet idaresine karşı cephe almışlardır. Tutucuların aksine Genç Osmanlılar Tanzimat'a olumlu bir gözle bakıyorlar, kazandırdıklarını inkar etmiyorlar ancak, Tanzimatı eksik ve yetersiz bulmuşlardır. Tanzimat'ı gerçek ve bir hukuki ve sosyal reform değil, dışa karşı bir göz boyama olarak görmüşlerdir. Eleştirdikleri hususlar, yönetimin keyfi ve mutlakiyetçi tutumları, iktisadi çöküntü ve bağımlılaşma, yabancı etki ve müdahalelerinin artması, yabancılara ekonomik haklar tanınması, eşitlik uygulamasının Müslümanların aleyhine sonuç yaratması, taklitçilik eğilimleri gibi hususlardır<sup>106</sup>. İstedikleri Batılı örneğe uygun bir meşrutî rejimdir. Artık hürriyetten, anayasadan, halk hakimiyetinden, insanın devlet karşısında haklara sahip olduğundan, bu hakların hukuk teminatına kavuşturulması gereğinden söz edilmiştir. Bunlar tanzimatın hiç ilişmediği, o zamana kadar hiç dile gelmemiş kavramlardır. Hürriyet kelimesi de, artık yeni bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Genç Osmanlılardan Namık Kemal hürriyet terimini İslami anlamından sıyrarak, batılı (yani siyasal) anlama kavuşturmak yönündeki çaba ve başarısını kaydetmek gerekir<sup>107</sup>. Genç Osmanlıların önerdikleri çözümler, özgürlüğün gerçekleştirilmesi, vatan sevgisinin hanedana bağlılık ve din birliği duygusunun ya-

02 ALDIKAÇTI, s. 17 vd.

03 Karbonari (İtalyanca kömürçüler demektir) örgütü İtalyada Fransız Devriminin etkisi altında 1820'de doğan ve amacı ulusal, cumhuriyetçi bir İtalyan siyasal birliğini gerçekleştirmek olan örgütlerin en ünlüsüdür .BERKES, s. 271.

04 AKIN, s.45 vd.

05 ÜLKEN, s. 757-760.

06 SONGU İ. "Tanzimat ve Yeni Osmanlılar", TANZİMAT, c. I, s. 777-857, TANÖR'den naklen s. 94.

07 AKIN, s. 45.

nında yer alması, anayasalı bir rejimin ve yürütmeyi denetleyecek bir meclisin kurulmasıdır. Kısmen İslam ilkelerine dayanılarak da savunulan bu görüşler Genç Osmanlıların ortak programını oluşturur. Osmanlı devletinin parçalanmasını engellemek için son çözüme nasıl ulaşılacağı hususunda aralarında fikir birliği yoktur. Bir kısmı Batıcılık bir kısmı Osmanlılık bir kısmı İslamcılık bir kısmı ise milliyetçiliği savunurlar. Namık Kemal ve Ziya Paşa'da halk egemenliği ve Cumhuriyet fikirlerine de rastlamaktayız<sup>108</sup>.

Liberalizm ilkesinin içerdiği ilkeler 1865 sonrası yeni Osmanlıların istekleri ve idealleri ile bir paralellik ve büyük bir benzerlik göstermektedir. Fransız ihtilalinin dünyayı saran yönü Yeni Osmanlıları da derinden etkilemiş ve hareketlerinin fikri cephesinin mimarı olmuştur. İhtilalin ideoloğunu yapan Fransız düşünürleri ve eserleri düşüncelerinin oluşumunda ve şekillenmesinde baş sırayı işgal etmiştir<sup>109</sup>.

Mustafa Fazıl Paşa<sup>110</sup> Genç Osmanlılardan bahsettiğimizde bilgi vermemiz gereken bir şahıstır. Yazmış olduğu mektupları ile birlikte sahneye çıkmış ve büyük servetinin verdiği mali imkanlar sayesinde Genç Osmanlıların koruyuculuğunu yapmıştır. Paşanın mektupları ile birlikte "Yeni Osmanlı" ya da Jön Türk kavramı da Türk siyasi literatüründeki yerini almıştır. Mustafa Fazıl Paşanın Yeni Osmanlıları desteklemesinin sebebi olarak Şunları söyleyebiliriz. Mustafa Fazıl paşa Mısır hıdivi İsmail'in kardeşidir. Mısır halefiyet sistemine göre tıpkı Osmanlı imparatorluğunda olduğu gibi hıdivlik babadan oğula değil, hanedan ailesinden en yaşlı olana geçmektedir. Ancak kardeşi hıdivliğin başına oğulunun geçmesini istemektedir. Bu arada Mustafa Fazıl Paşa Meclis-i Hazain'in başına atanmıştır. Ekonomik konular yüzünde Fuat Paşa ile arası açılmıştır ve görevden alınmıştır. Mustafa Fazıl Paşa sürgün edildi böylece devre dışı bırakıldı ve hıdivliğin başına İsmail'in oğlu getirilmiştir. Mustafa Fazıl'ın Yeni Osmanlılar kampına itilmesinde kuşkusuz halefiyet prensibinin değiştirilmesinin büyük rolü olmuştur. Öte yandan Paşa'nın Fuad Paşa'ya olan kişisel kını de, hükümetin karşısında liberal bir tavır takınmasını sağlamış olabilir. Ayrıca Avrupa'da gördüğü öğrenim batılı fikirlerle temasını kolaylaştırmış ve liberal akımlara eğilim duymasını temin etmiş olabilir<sup>111</sup>.

Jön Türk deyiimi Mustafa Fazıl'ın mektubu ile birlikte 1860 sonrası Türk Siyasi yaşamında etkili olmaya başlayan hareketi nitelemek için ilk defa kullanılmaya başlanılmış olmakla birlikte, bu mektup Jaunes Turcs deyiiminin ilk defa ortaya çıktığı yer değildir.

108 SUGU, s. 777-857.

109 AKYILMAZ, s. 114.

110 Geniş bilgi için bkz. AKYILMAZ, s. 74-75.

111 AKYILMAZ, s. 75.

Yeni Osmanlıların oluşturduğu muhalefet cephesinin 1867 senesinde başkentteki faaliyetlerini yoğunlaştırmalarına ve hükümet üzerindeki baskılarını arttırmalarına zemin hazırlayan iki faktör vardır: Bunlardan birisi Prens Mustafa Fazıl'ın mektupları diğeri dış gelişmelerdir. Söz konusu mektup İstanbul halkı ve reform yanlısı aydınlar üzerinde oldukça etkili olmuş ve derin yankılar uyandırmıştır. Yeni Osmanlılar olarak nitelenen grup bu mektupla Mustafa Fazıl'a hızla yakınlaşmışlardır. Mektupta Paşa, hürriyet ve vatanın mutluluğu için kalemleri ile hizmet etmek üzere kendilerini Paris'te beklediğini ve tüm servetinin emirlerine olduğunu yazmaktadır. Namık Kemal ve Ziya Beyler teklifi kabul ederler ve Süavi ile Agah Efendinin de arkadan gelmelerini kararlaştırırlar. Onların hareketinden birkaç gün sonra da Yeni Osmanlılar cemiyeti hakkında takibat başlar. Bir kısmı tutuklanır bir kısmı ise Avrupa'ya kaçır. Böylece örgütün İstanbul'daki faaliyetleri sona erer Ziya ve Namık Beyler ülkeyi terk ettikten sonra tam olarak belirlenemeyen bir tarihte cemiyete mensup yaklaşık kırk kişi Ayasofya ve Veliefendi Çayırı'nda yeni hareket Planlarını tespit etmek için toplanmışlardır. Tespit edilen hareket planına göre Padişahın meclis-i Hassı ziyaretine tesadüf edecek olan 5 Haziran 1867 günü içlerinde silahlı fedailerin bulunduğu büyük bir kalabalık Ayasofya camiinden Bab-ı Aliye gelecek, Ali Fuad, mütercim Rüştü Paşa gibi bazı devlet ricalini öldürecek, Meclis-i Hassı dağıtacak, ulemeden beş- altı temsilciyi huzur-u şahaneye göndererek, Osmanlı toprakları üzerindeki bütün tebaanın eşit oyları ile seçilmiş temsilcilerinden oluşan bir millet meclisi kurulmasına dair, anayasal değişikliği öngören bir irade-i seniyye imza ettirilecektir. Bu plan hiçbir zaman uygulamaya koyulmamıştır<sup>112</sup>.

1867'de başarısız bir darbe girişiminde bulunan, sonra Avrupa'ya kaçan bu radikaller, genel olarak orada sempati ile karşılanmıştır. Sürgünde olan Yeni Osmanlılar'ın ilk örgüt nizamnamesi 30 Ağustos 1867'de tamamlanmıştır. Nizamnameye göre Jön Türk partisi kurulmuştur<sup>113</sup>.

Yeni Osmanlılar yurt dışında basın alanında faaliyette bulunmuşlardır. İlk gazete "Muhbir adını taşımaktadır. Ancak bu gazete cemiyetin amaçlarından daha çok Ali Süavi'nin kişisel yayın politikası üzerine oturtulmuştur. Yeni Osmanlıların temel görüşleri olan hürriyet, demokrasi, meşrutiyet meselelerine yeterince eğilmemiştir ve zaten daha ilk sayısında gazetenin "Avrupa'da muvakkaten oturan bir Cemiyet-i İslamiye tarafından" çıkarıldığını yazarak, kararlaştırılan hedeflerin dışına çıkmıştır<sup>114</sup>.

Ayrıca Namık Kemal ve Ziya Paşa yönetiminde Hürriyet gazetesi çıkarılmaya başlanılmıştır. İlk sayıdan itibaren, başta meşrutiyet idaresinin kurulması gelmek üzere, Cemiyetin her sahadaki ihtiyaçlarını karşılayacak teklifler ileri

112 AKYILMAZ, s. 82.

113 AKYILMAZ, s. 86.

114 TAMPINAR Ahmet H. ,19. ASIR Türk Edebiyatı Tarihi", 5. Bas, İstanbul, 1982, s. 132 ve dev.

sürülmüş ve Vatan sevgisi İmandan gelir” isimli makalede gazetede açıklıkla ortaya konmuştur. Hürriyette yer alan makalelerde hürriyet ve meşrutiyet fikri savunulurken, yapılacak olan yeniliklerin belli sınırların ilerisine geçmemesi önemle vurgulanmış ve ıslahatın milli ve mahalli bir Rönesans olması istenmiştir. Budan başka Ali Süavi tarafında çıkarılan ve geniş alanı kapsayan konularda halkı az çok bilgilendirmek isteyen “Ulum” gazetesini zikredebiliriz<sup>115</sup>.

Cemiyet üyeleri bir müddet sonra şartlar yumuşayınca tekrar ülkeye geri dönmüşlerdir. Yeni Osmanlıların hemen hemen önde gelen üyeleri İstanbul’da toplandığı halde hepsinin içinde yer aldıkları, planlı programlı bir harekete rastlanılmamaktadır. Kısaca ortada Yeni Osmanlılar Cemiyeti adı altında ortak bir muhalefet grubu yoktur. Ancak imparatorlukta öncülüğünü yaptıkları fikir akımları ve kavramlar siyasi yaşamda güncelliğini korumaktadır ve cemiyet halinde olmasa bile bireysel olarak çabalar devam etmektedir. Ziya Paşa’nın sessizliği uzun sürmemiş ve Abdülaziz’in hal edilip, Murad’ın tahta geçirilmesi için aktif olarak faaliyet gösteren tek “Yeni Osmanlı” Ziya Paşa’dır. Diğerleri ya yurt dışında veya sürgündedir. Abdülaziz’in hallini hazırlayan olaylar zinciri talebeleri ulumun gösterileri ile başlamıştır<sup>116</sup>

Sonunda Genç Osmanlılar aradıkları önderi, başarılı valilik hizmetlerinde bulduktan sonra Şura-yı Devlet Başkanlığı’na getirilen Mithat Paşanın kişiliğinde bulmuşlardır.

İşte meşrutiyet rejimine bu fikri hazırlıklardan sonra- geniş ölçüde bu fikri hazırlıklar sayesinde ulaşılmıştır. Meşrutiyetin ilanında Mithat paşa yalnız değildir. Etrafında bu gayeye inanmış ve onun mücadelesini yapmış bir aydınlar grubu vardır.

Türk’ün tarihinde ilk yazılı Anayasa, Ahmet Mithat Paşanın gayret ve azmi ile 23 Aralık 1876 tarihinde neşir ve ilan edilen ve yakın tarihimizde 1293 Kanun-u Esasi namıyla maruf kanundur.

Malum bulunduğu üzere 30 Mayıs 1876 tarihinde Abdülaziz, Ahmet Mithat Paşa’nın gayretleri ile Saltanat makamından uzaklaştırılmış ve yerine getirilen Murat V, akli durumundaki bozukluk nedeni ile tahttan indirildikten sonra Abdülhamit II, bir çok tatlı vaatlerle ve bu arada memlekete bir Kanun-u Esasi vermek şartıyla, Saltanat makamına çıkarılmıştır<sup>117</sup>.

Meşrutiyet öncesinde yurt içinden gelen baskıların kitlesel boyutlara ulaşmadığı, “mili bir devrim yada ayaklanma” niteliği kazanmadığı bellidir. Ama bunu kabullenmek, Meşrutiyetin ve Anayasanın bir “bağış” ya da “lütuf” olduğu

---

AKYILMAZ, s.98.

AKYILMAZ, s. 160-162.

ARSEL s. 23.

sonucuna da götürülmemelidir. Aynı şekilde anayasanın padişahın”bir yazısı ile yürürlüğe girmiş olması ya da “Anayasayı yapan gücün padişahın iradesinden ibaret bulunmasından yola çıkıp Anayasanın kaynağında Batı Anayasalarındaki gibi bir ulusal hareket yoktur sonucuna da ulaşılmamalıdır. Çünkü bu Anayasanın temelinde de bir toplumsal zorlama ve itki vardır. Gerçekten Anayasacı atılım salt Mithat Paşanın grubunu çabaları ile açıklanamaz.; salt bunların eseri olarak ele alınamaz. Tanzimattan beri gelişen yönetici seçkinleri ve aydın çevreleri saran özgürlük ve meşrutiyet düşüncesi artık oldukça yaygın ve örgütlü muhalefet hareketi niteliği kazanmıştır. Genç Osmanlılar hareketi, geçici ve darbeci bir klik eylemi değil, iyi kötü bir program getiren ve kamuoyunu etkilemeye başlayan önemli bir muhalefet hareketi, hatta bir görüşe göre “ilk muhalefet partisidir”<sup>118</sup>.

O kadar ki Gülhane Hattı hümayunu “ikna” yolu ile padişaha kabul ettirilmişken, Meşrutiyete geçişte bu yöntem başarı sağlayamayınca zora başvurulmuştur. Abdülaziz’in tahttan indirilmesi ve daha sonra da Abdülhamitle yapılan pazarlıklar, dipten gelen baskıların göstergeleridir<sup>119</sup>. Bu bakımdan I. Meşrutiyetin tarihsel bir birikimden yararlandığı ve yapısal bir ihtiyaca cevap verdiği söylenebilir. Söylenemeyecek olan aşağıdan yukarı yükselen bu hareketin, geniş bir toplumsal tabana oturduğudur. Ancak Balkanlı unsurların sürekli kaynaşma halinde oluşları hesaba katılırsa, bu hükmü bile gözden geçirmek gerekir. Çok uluslu bir imparatorlukta anayasal dinamikleri, sadece hakim cemaatin ya da unsurun eylemlerinde aramak doğru değildir<sup>120</sup>.

Meşrutiyet hareketinde dış unsurların etkisini şu şekilde açıklayabiliriz. Batı 1830 ve 1848 devrimleri ile anayasacılıkta ikinci dalga dönemini yaşamaktadır. Bu yeni dalga üç boyutludur. Ulus devletlerin artışı, demokrasinin genişlemesi ve sosyal haklar. Fakat Osmanlı Devleti ve ülkesi için bunlardan çok , uluslar arası gelişmeler meşrutiyet yönünde basınç yapmaktaydı. En başta da diplomatik etkenler ve bu arada anayasacılık hareketleri de esin kaynağı olmuş olabilir<sup>121</sup>.

## 2. Kanun-ı Esasi

Ahmet Mithat Paşa Esas Teşkilat Kanununun hazırlanması işini Padişahın keyif ve arzusuna bırakmayıp bu işle bizzat meşgul olmuş ve her şeyden evvel Padişah’a, azası mülkiye memurlarından, ulemeden ve yüksek rutbeli subaylar arasından müntehap bir komisyon kurdurmuştu. Bu komisyon Ahmet Mithat Paşanın direktif ve yardımları ile o zamanlar Avrupa’dan en yeni ve en mükemmel sayılabilecek 3. Fransız Cumhuriyeti Anayasası (1865 tarihli Fransız Anayasası)

118 TANÖR, s. 96.

119 BAYKAL B.S. “93 Meşrutiyeti” s. 82-83 Tanörden naklen , s. 97.

120 TANÖR, s. 97.

121 TANÖR, s. 97.

ile 1831 tarihli Belçika Anayasası'ndan mülhem olarak kaleme alınan Kanun-u Esasiyi tetkik ve tanzim etmiştir. Bu metin bilahare Meclis-i Vükela( İcra Vekilleri Heyeti) tarafından tetkik ve tasvip edildikten sonra Padişah tarafından neşir ve ilan edilmiştir<sup>122</sup>.

Görülüyor ki 1293 Kanun-u Esasisi millet tarafından veya milleti temsil eden bir heyet tarafından hazırlanmış ve kabul edilmiş bir kanun değildir. Tanör bu hususun onun biçimsel ve hukuki niteliği ile ilgili olduğunu Kanun-ı Esasinin sosyolojik anlamda "ihvan" "bağış" olduğu anlamına gelmediğini ifade etmektedir<sup>123</sup>. Arsel ise bu kanunun, azası Padişah tarafından müntehap bir komisyon marifeti ile ele alınmış ve Padişah tarafından millete bağış yolu ile verilmiş bir kanun olarak düşünmektedir<sup>124</sup>.

#### a. Kanun-ı Esasi'de yer alanlar

Kanun-ı Esasi 12 kısım ve 119 maddeden oluşmaktadır.

Bu taksimde Memaliki Devleti Osmaniye ismi ile başlayan 1. Kısım devletin dayandığı temel ilkeleri düzenlemiştir.

Osmanlı Devleti ülkesi birbirinden farklı olmakla beraber birbirinden bölünmez bir bütündür(mad.19). Başkent hiçbir ayrıcalığı olmayan İstanbul'dur(mad 2) Saltanat ve Hilafet hakkı ve makamı Osmanoğulları soyuna ve bunun en büyük evladına aittir. (mad 3) Osmanlı sülalesinin hürriyet, mal, mülk ve ömür boyu ödenek hakları umumun kefaleti altındadır.

Devletin dini İslam'dır.(mad 119)

Yukarıdaki hükümlerden anlaşıldığı üzere Anayasa Osmanlı Devletinde büyük bir değişiklik yapmamıştır. Ancak Devlet ilk defa anayasalı Devlet haline gelmiştir.

Kanun-ı Esaside egemenliğin kime ait olduğuna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu metnin elbette millet egemenliğini ilan etmesi beklenemezdi. Ama, geniş çapta esinlendiği 1814 Anayasasının (Anayasal beraat) başlangıç kısmında kral egemenliği nasıl vurgulanmışsa, Kanun-ı Esasi de bunu yapabilir; ama yapmamıştır. Bununla beraber Kanun-ı esasi sisteminde esas egemen gücün yine hükümdar olduğu, egemenliğin asıl ona ait bir hak olduğu meydandadır. Bu sonuç üç noktadan çıkmaktadır. Birincisi, bunun tersini, yani egemenliğin millete ait olduğunu gösterir bir kaydın bulunmamasıdır. İkincisi saltanat hakkıyla ilgili düzenlemelerdir. Üçüncüsü de, Kanun-ı Esasinin bütünü içinde padişahın devletin en asli organı oluşudur. Padişah, yürütme organın başı ve hatta kendisidir.

122 ARSEL, s. 23.

123 TANÖR, s. 102.

124 ARSEL, s. 23.

Heyet-i Vükela'nın başkan ve üyeleri olan sadrazamı, şeyhülislamı ve vekilleri kendisi seçer, atar ve gerektiğinde azleder(md. 7,27)Yasama meclisi Meclis-i Umumi adını taşımakta olup iki kanatlıdır. Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan. Heyet-i Ayan padişahın iradesine göre oluşmaktadır ve reisini doğrudan doğruya o seçer. Heyet-i Mebusan başkanı ile iki yardımcısını da, meclisçe gösterilen üçer aday arasından yine kendisi seçer ve atar(m.77)Demek oluyor ki padişah yürütme ve yasama kurullarının oluşumu üzerinde son derece etkilidir. Bu özellikleri ile Kanun-ı Esasi kuvvetler ayrılığını benimseyen 1831 Belçika Anayasasını değil, monark eksenli kuvvetler birliğine yatkın 1814 Fransız Anayasal Beratını ya da 1850 Prusya Anayasasını andırmaktadır. Kanun-ı Esaside can alıcı olan bir nokta da Padişahı "sorumsuzluk halesi" ile taçlandırmaktadır. O kadar ki Padişah anayasaya bağlılık yemini bile etmemektedir. Kanunu-ı esasinin esin kaynaklarından olduğu ileri sürülen 1831 Belçika Anayasasında da hükümdar anayasaya sadakat yemini etmektedir<sup>125</sup>.

Yargı alanında Kanun-ı Esasinin getirdikleri hiç de azımsanacak gibi değildir. Kanun-ı Esasi bir güç olarak Yargıdan değil Mahkemelerden bahsetmekle beraber, yargı yetkisinin kullanılmasını gerektiren asgari güvencelere de yer vermektedir. Bunlar yargıçların özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi, bir cürümlü mahkum edilmedikçe azledilememeleri(mad.81) ve bağımsızlığının sağlanması yolundaki hükümlerdir. Yargı mercilerinin şer'îye ve nizamiye mahkemeleri olarak iki dalda toplayan Kanun-ı esasi mahkemelerin sınıf, görev ve yetki derecelerine göre bölümlenmesini ve yargıçların atanmasını yürütmenin takdirinden çıkarıp yasaya bağlı kılmaktadır. Kanun-ı Esasi Savcılık kurumunu da anayasallaştırmıştır. Ayrıca Divan-ı Ali adında bir yüksek mahkeme kurulmaktadır.

Haklar ve Özgürlükler ve yargısal güvencelere gelince; Uyuşuklara tanınan hak ve özgürlükler "Tebai Devleti Osmaniye'nin Hukuku Umumiyesi" başlığı altında toplanmıştır. Osmanlı Devleti uyuşuğu herkes dini ve mezhebi ne olursa olsun "Osmanlı sayılır(mad.8) Bunlar, yasa önünde hak ve ödevler bakımından eşitirler(mad.17). Osmanlılar kişi özgürlüğüne ve kişi dokunulmazlığına sahip olup yasanın gösterdiği yollar dışında cezalandırılmazlar(mad. 10). Konut dokunulmazlığı tanınmıştır (mad.22). Her türlü eziyet, işkence, müsadere ve angarya yasaktır(mad 24-26). Şu var ki Kanunu-ı Esasi, kişi güvenliğini bir başka hükmü ile yok etmektedir. Abdülhamit'in direktmesi sonucu 113. Madde metnine konan hüküm padişaha "hükümetin emniyetini ihlal ettikleri" bir polis soruşturması sonucu belli olanları sürgüne yollama yetkisini vermektedir.

Din ve düşünce özgürlüklerine gelince, Kanun-ı Esasi dinsel özgürlükleri tanımaktadır (mad 11); ama düşünce özgürlüğünden bahsetmediği gibi basın"kanun dairesinde serbesttir"(md. 12) biçiminde her yana çekilebilir tehlikeli

---

TANÖR, s. 109.

bir hükme de yer vermektedir. Madde basın özgürlüğünün özünü (düşünceleri serbestçe açıklayabilme) göstermediği gibi sansürü de yasaklamamaktadır. Yasalara uymak kaydıyla genel ve özel öğretim yapma hakkı ise, Kanun-ı Esasinin tanıdığı bir özgürlüktür.(mad.15) Okullar devletin gözetim ve denetimi altındadır.(mad169).

Ekonomik alanda da bazı önemli düzenlemeler vardır. Mal ve mülk güvenliği anayasallaştırılmış, kamu yararı gerektirmedikçe ve parası peşin ödenmedikçe kimsenin mülkünün elinden alınamaması ilkesi benimsenmiştir( mad 21)Vergiler ancak yasayla konabilecek, istinasız herkes vergi verecek, vergilendirme herkesin “kudreti nispetince” yapılacaktır(mad.20,25).

Kanun-ı Esasi, Türkçe bilmeleri koşulu ile herkesin kendi yeteneklerine göre devlet işlerine ve memuriyetine girebileceğini açıklamaktadır.(mad. 18,19)Dilekçe hakkı yer almaktadır.(mad.14).

Hak ve özgürlükler konusunda buraya kadar ki veriler, bütün eksikliklerine ve sakıncalarına karşın Kanun-ı Esasi sisteminin katkısını göstermeye yeterlidir. Kanun-ı Esasi, Tanzimat’ın bu konuda getirdiklerini çok aşan bir düzenleme ile ortaya çıkmıştır. Ayrıca kişileri ilgilendiren yargısal güvenceler bakımından da Kanun-ı Esasinin getirdikleri hiç de azımsanacak gibi değildir. Mesela kimsenin, yasayla bağlı olduğu mahkemeden başkasına gitmeye zorlanamaması, bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılması gibi.(23-85) İşkence ve her türlü eziyetin yasaklanması gibi ilkeler sanıklar için önemli güvencelerdir ancak bütün yargısal güvencelerin, 113. Madde hükmü ile büyük çapta etkisiz kalmaya mahkum olduğu bir kez daha hatırlanmalıdır.

Gerek devlet düzeni gerekse kişi hak ve özgürlükleri açısından bir anayasanın getirdiklerinin gerçek değerini saptayabilmek için, bir de o metnin gücüne bakmak gerekir. Bundan da Anayasa’nın üstünlüğü, bağlayıcılığı ve korunması ile ilgili sorunlar akla gelmektedir. Kanun-ı Esasinin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilemez” hükmü Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. Ayrıca Anayasanın değiştirilebilmesinin her iki meclisin 2/3 çoğunluğunun kararına bağlı tutulması ile de Anayasanın katılığı ilkesi benimsenmiştir. Ne var ki bütün bu ilkeler ( Anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı katılığı) soyutta bir anlam taşımamaktadır<sup>126</sup>.

126 TANÖR, s. 113.



## b. Kanun-ı Esasi'nin Tahlili

Bazı yazarlarca Anayasa olarak bile kabul edilmeyen<sup>127</sup> Kanun-i Esasi, gerçek bir meşrutiyete geçişi değil ama mutlakiyetten çıkışı ifade etmektedir. Bu yarı-meşruti sistemde padişah, yargı ve kısmen de yasama işlevi açısından egemenliğin mutlak ve biricik sahibi olmaktan çıkmakta ayrıca toplumun ve kişinin bazı özerkliklerini ferman tipi de olsa bir anayasa ile tanımaktadır.

Kanun-ı Esasinin ilanı halk tarafından sevinçle karşılandı. Özellikle Müslüman olmayan kesimlerin hoşnutluğu çok açıktır<sup>128</sup>.

19 Mart 1877 günü Padişahın söylevi ile açılan İlk Osmanlı Parlamentosunun hem içte hem dışta rahatsız ettiği kesimler fazladır. Husumet çemberi ile çevrelenmiş olan Meşrutiyet, kendisini ayakta tutacak ekonomik, sosyal, siyasal desteklerden yoksundur. Örneğin, liberal bir burjuvazinin ve halk kitlelerinin bilinçli ve örgütlü mücadelesinin sağlayabileceği güvenceler yoktur. Ayrıca anayasal sistemin kendisi de, özünü koruyacak denge ve güvenceleri getirmek şöyle dursun, adeta mezarını kazdıracak bütün malzemeyi beraberinde taşımış ve bunları halife ve sultanın ellerinde tutturmuştu. Tek başına 113. Madde, Kanun-ı Esasiyi asıl hayata geçirebilecek liberal halk önderlerinin yetişmesini engellemeye yeterlidir<sup>129</sup>.

Meşrutiyetin ilanının yarattığı iyimser hava uzun sürmemiştir ve anayasalı rejimin mimarları ideallerinin tam olarak gerçekleştiğini göremeden birer ikişer başkentten uzaklaştırılmışlardır. Uğrunda büyük mücadeleler verilen I. Meşrutiyet de uzun sürmemiş 1877-1878 Osmanlı Rus savaşı sırasında toplanan meclis kapatılmış ve anayasa yürürlükten kaldırılmıştır<sup>130</sup>. Parlamento Padişaha 7. Maddede tanınan tatiline karar verme yetkisine dayanılarak tatil edilmiştir. Kanun-ı Esasi ise Meclis-i Umuminin ortadan kalkmasından sonra hukuken olmasa bile fiilen hükümsüz duruma düştü. Bu tarihten sonra Osmanlı ülkesi 1908'e kadar, Abdülhamit'in mutlakiyetçi yönetimine sahne olmuştur. Meşrutiyetçilerin kitlesel ve örgütlü bir güç oluşturamamaları yüzünden, özgürlük/mutlakiyet mücadelesinin bu raundunu mutlakiyet yandaşları kazanmış olmaktadır<sup>131</sup>.

## 3. İkinci Meşrutiyet: Meşrutiyetin Yeniden Doğuşu

1908'de "Hürriyetin ilanı ile başlayan II. Meşrutiyet, yalnız getirecekleri ile değil, hazırlanış özellikleri bakımından da son derece dikkat çekicidir.

127 Okandan Anayasa olarak kabul etmiyor OKANDAN, s. 146-148, Kapani ise gerçek bir anayasa olmadığını, millete bağlanmış beraat olarak kabul etmektedir. KAPANI, s. 103.

128 TANÖR, s. 114.

129 TANÖR, s. 122.

130 AKYILMAZ, s. 170.

131 TANÖR, s. 123.

**a. Jön Türk Muhalefeti;**

Abdülhamit yönetimine karşı başlıca üç kaynaktan gelen siyasal nüveleşme doğmuştur. Birincisi yüksek öğretim okullarında (özellikle Tıp ve Harp okullarında) gençler arasında başlayan gizli cemiyet kurma akımı; ikincisi, üyelerinin çoğu ordu subaylarından gelmekle birlikte ordu dışındakileri de içine alan gizli komiteler(cuntalar) ;üçüncüsü Paris, Cenevre, Kahire gibi merkezlerde bir araya gelen aydın gruplaşmaları. Başlangıçta, birbirlerinden ayrı gözüküyorlarsa da bunların varlığını sezen yönetimin hafiye ve jurnal örgütlerinin eylemlerinin koyulaşması sayesinde aralarında bağlantılar kurulmuştur.

Bunların hepsini birden Jön Türkler akımı olarak adlandırmak gelenek olmuştur. Jön Türklüğün batıdaki anlamının üç özelliği devrimcilik, ulusçuluk ve liberalliktir. Oysa söz konusu ikinci kuşak Jön Türk deneni kişilerin ileri gelenlerinin hiç biri, 1908'e gelinceye dek, birinci ve ikinci nitelendirmeye sokulamayacağı gibi, üçüncü niteleyişe girebilecek olanları da ancak Yeni Osmanlılar düşüncesinin aşabildiği ölçüde liberaldirler<sup>132</sup>. İttihad-ı Osmani, Corbanari örgütü örnek alınarak hücreler halinde kurulmuştur. Örgütün 1895'e kadar olan çalışmaları daha çok yeni üyeler kazanmak, gizli toplantılar yapmak ve özgürlükçü yayınları okumaktan ibaretti. Bu tarihten sonra Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti adını alan gizli örgüt, ermeni komitelerinin eylemciliği yanında sönük kalmanın da ezikliğini duyarak ses tonunu yükseltti, muhalefetini sertleştirdi. Memur Subay, ulema ve harp okulu çevrelerinde örgütlenen cemiyetin bu dönem faaliyetlerinin de odak noktasını, yine ihtilalci eylem değil, örgütlenme ve basın yolu ile propaganda oluşturmuştur. Bu arada yurt dışında da örgütlenme ve basın faaliyetleri başlamıştır. Meşveret, Osmanlı, İntikam, Kanun-ı Esasi gibi gazeteler imparatorluğun çeşitli halklarına seslenmiştir<sup>133</sup>.

İlk kıvılcığının Yüksek öğretim gençliği arasında başlaması ve daha sonra bu kıvılcığın okul dışında, sivil ve asker kişiler arasında yayılması üzerine, Kuleli olayı ve İttifak-ı Hamiyyet olayı modeli bir darbe hazırlayarak Padişahı indirip yerine bir şehzadeyi çıkarma girişiminde bulunulmuş ve ötekilerde olduğu gibi, gönüllü hafiyeler sayesinde bu girişimin de boşa çıkmıştır<sup>134</sup>.

**b. Jön Türk Düşüncesi;**

Tıpkı Genç Osmanlılar gibi Jön Türklerin de işlenmiş ve tutarlı bir doktrini yoktur. Jön Türk basınında akılcılık övgüsünden laiklik ve kadın hakları savunusuna kadar pek çok çağdaş düşünce işlenmiştir. Ama yazarların hepsinde İslamcı ve gelenekçi düşüncelerin izleri vardı. Batı uygarlığının bir bütün olarak

32 BERKES s. 381.

33 TANÖR, s. 129.

34 BERKES s. 382.

benimsenmesini isteyen fikirlerle, Türkleri Müslüman oldukları için Barbarlıkla suçlayan batıya inat savunulan bir İslamcılık yada Laik anti-emperyalizm temaları atbaşı gitmiştir. Jön Türklerde iktisat bilgisi ve bilinci, iktisadi düşünce yapısı da pek kısıtlı ve dardır. İktisadi gelişmenin önemini görüyorlar ama bunu gerektirdiği ilk atılımların neler olduğunu kestirememişlerdir.

Genel dünya görüşlerindeki bu dağınıklığa rağmen, Jön Türklerin siyasal düşüncelerinin yine de bir takım ortak yönleri vardır; Mutlakıyet ve baskı rejimine karşı çıkmak, Kanun-ı Esasinin yürürlüğe konmasını ve imparatorluğun bütün halkları için adalet istemek. Jön Türk düşüncesinin asıl temeli”bütün Osmanlıların kardeşliği” fikrinden kalkılarak varılan “Osmanlı Milleti”,”Osmanlı Vatanı”ve Osmanlılık kavramlarıdır. Amaç Tanzimat ve I. Meşrutiyet olduğu gibi İmparatorluğu bölünme ve dış müdahalelerden korumak, Devleti kurtarmaktır. Hatta denilebilir ki Jön Türklerin asıl hedefi özgürlük değil vatanın kurtarılması idi<sup>135</sup>.Bu noktada, Jön Türklerin Osmanlılık ile Türkçülük arasındaki bocalayışlarını görülmektedir.

Jön Türkler, Türkçü ya da ulusçu özlemlerini siyasal bir kalıba dökmekten çekiniyorlardı.Yoksa bir de onların ulusçuluk politikasına kalkışması, öbür halkları buna daha çok özendirmekten başka sonuç vermezdi. Bu ise imparatorluğun sonu olurdu. Bu nedenle Abdülhamit döneminde Türkçülük siyasal bir kisve kazanmadı. İktidar ve muhalefet birbirinden farklı fakat aynı amaca yönelen iki siyaset izlediler. Abdülhamit istibdada dayalı İslamcı bir yol tutturup imparatorluğun bütünlüğünü bu yolla korumaya çalışırken, Jön Türk muhalefeti aynı amaca Meşrutiyete dayalı Osmanlılık ideolojisi ve siyaseti ile ulaşmaya çalışmışlardır<sup>136</sup>.

Pozivist Ahmet Rıza Bey’in başını çektiği İttihat ve Terakkici kanat, Türklerin yönetici ve egemen durumuna geçmelerini gerekli görürken, Prens Sabahattin’in öncülük ettiği bir başka kol ise “bölgesel özerklikler ve yerinden yönetim “ ilkelerine ağırlık tanıyordu.Bu eylemlere öncülük edecek güçlerin seçilmesinde de anlamlı görüş ayrılıkları vardı.Bu ayrılıklar arasında 1902’de Paris’te Birinci Jön Türk Kongresi toplanmıştır. Kongre iki önemli tezin tartışılmasına sahne olmuştur. Birinci teze göre, yalnız yayın ve propagandayla siyasal dönüşüm sağlanamazdı; askerlerin de bu mücadeleye katılmasını sağlamak gerekirdi.İkinci tez, devrimi gerçekleştirmek için yabancı desteğini sağlamanın da gerekli olduğu görüşünü savunuyordu. Bir kısım azınlık bu görüşe karşı çıkmıştır. Bu konudaki çatışma, zaten yukarıda belirtilen ayrılıklar içindeki Jön Türk hareketinin ikiye bölünmesine yol açmıştır<sup>137</sup>.

135 AKŞİN s. 28.

136 KARAL, s. 555.

137 TANÖR, s. 131.

Bu dönemde Avrupa ve Asya'da demokrasiye gidiş eğiliminin güçlenmesi ülke içindeki özgürlük ve meşrutiyet mücadelesine de olumlu ortam hazırlıyordu. Özellikle Rus, Japon ve İran örnekleri Osmanlı meşrutiyetçileri üzerinde etkili oldu. Rusya gibi koyu bir mutlakiyetle yönetilen bir ülkede bile meşrutiyetin gerçekleşebilmesi önemli bir moral kaynağıdır. Rusya'da meşrutiyete geçişte, Japonlarla yapılan savaşın yenilgi ile sonuçlanması ve bundan doğan çalkantılı ortam önemli rol oynamıştı. O Japonya ki hem bir Asya Devleti hem de meşrutiyetle yönetilen bir ülkedir. Böylece, Asyalı bir devletin meşrutiyetle yönetilebileceğini, üstelik hem içte hem dışta başarılı olabileceğini kanıtlayan Japon örneği de Jön Türklerin dikkatinden kaçmamıştır<sup>138</sup>.

Jön Türkleri etkileyen bir başka deney, İran'daki Meşrutiyet hareketi olmuştur. Bunu önemi, İran'ın bir İslam ülkesi olmasındandır. İran meşrutiyet devrimi iki şeyi kanıtlamıştır. Birincisi Kuran'ın anayasal bir rejime geçişe engel olmadığını somut olarak göstermesidir. İkincisi de Müslüman bir halkın, Hükmüdarından bir "anayasal belge" koparabileceğini ispatlamasıdır<sup>139</sup>.

Bütün bu gelişmeler, 1905'den sonra Osmanlı ülkesindeki meşrutiyet mücadelesine yeni bir hız kazandırdı. Bu defa artık özgürlük ve meşrutiyet fikirleri askerleri de etkilemeye başlamıştır.

1905 sonrası, mücadelenin yeni bir yükselme dönemidir. Bir yandan Osmanlı Terakki ve İttihat Cemiyeti 1906 Nizamnamesi ile ilk defa olarak Abdülhamit'i hedef alıp meşrutiyet mücadelesini iyice sertleştirirken, öbür yandan Selanik ve Şam'da yeni ve gizli örgütlenmeler göze çarpyordu. Nitekim, Jön Türk muhalefetinin askeri kesimdeki en önemli örgütlenmesi bundan sonra Makedonya'da görülecektir. Bölge Osmanlı askeri gücünün en yoğun olduğu alandı. Başkent denetiminden nispeten uzak kalışı, Avrupa'ya ve liberal fikir odaklarına yakınlığı, ekonomik, sosyal ve kültürel hayatının gelişmişliği ve nihayet ulusçu düşüncelere beşik oluşturan kozmopolit yapısı bakımından, ulusal ve demokratik örgütlenmeler için çok elverişli bir yerdi. Başka yerlerdeki gizli örgütlenmelerin ortamın elverişsizliği yüzünden serpilememesine karşılık Makedonya'daki çalışmalar kalıcı sonuçlar vermeye başlamıştır. 1906'da Selanik'te asker ve sivil aydınların kurduğu gizli Osmanlı Hürriyet Cemiyeti bütün sivil ve askeri kesimlerde hızla yayılmıştır. Özgürlükçü hareketin tipik temsilcisi ve 1908 devriminin asıl gerçekleştiricisi bu cemiyetin kadroları olacaktır. İdeolojileri liberal, reformist ve ulusçu yönleri ile klasik burjuva nitelikler göstermektedir. Osmanlı Hürriyet Cemiyeti 1907'de Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti ile birleşti ve ona taze kan aşılamış, onu ihtilalleştirmiştir. Cemiyet bundan sonra Terakki ve İttihat adını aldı. Fakat, Meşrutiyete götüren olaylar dizisi içinde asıl örgütleyici ve vu-

138 AKŞİN, s. 48-49.

139 TANI Kemal, "Les Declarations des Droits de l'Homme Dans les Constitutions Recentes de l'Orient Moyen, These, Paris 1926, p. 73 TANÖR'den naklen s. 132.

rucu gücü sonuna kadar Osmanlı Hürriyet Cemiyeti kadroları oluşturacaklardır<sup>140</sup>.

Böylece, 1907 sonlarına varıldığında Jön Türk muhalefeti, gerek örgütsel gerekse yarattığı kamu oyu ile, imparatorluğun geleceğini etkileyebilecek bir varlık haline gelmiştir.

#### 4. Meşrutiyet'in İlanı

Jön Türk hareketinin İkinci Kongresi 29 Aralık 1907'de yine Paris'te toplanmıştır. Abdülhamit'in tahttan inmeye zorlanması, yönetim düzeninin değiştirilmesi ve parlamentolu bir rejimin kurulması gibi önemli kararlar alınmıştır. 1906-1908 yılları kitle mücadelelerinin de yükselişine sahne oldu. 1906'da halk Belediye seçimlerini boykot etmiştir. 1907'de Erzurum'da "Can Verir" adlı tüccar örgütünün ve Prens Sabahattin'cilerin çalışmaları ile büyük kitle hareketleri görüldü. Başlıca talepler, bölge yöneticilerinin değiştirilmesi ve ağır vergilerin kaldırılması idi. Subaylar ve gençler de burada aktif rol oynamışlardır<sup>141</sup>.

Asıl kaynaşma ise yine Makedonya'da idi. 1908 Temmuzunda toplantı ve mitingler bütün Rumeli'yi sardı. Yıldız'a çekilen yüzlerce mektupta meşrutiyetin ilanı istenmektedir<sup>142</sup>. Burada İstibdat rejiminin baskısı, bölgesel yöneticilerin keyfiliği, Sultanın ulusal ve dinsel çelişkileri körükleme politikası, topraksızlık ve ezici vergiler, kitle eylemlerini daha da körüklemişti. Sosyal ve siyasal muhalefet özellikle kara ve deniz subaylarını, orta ve küçük memurları, serbest meslek sahiplerini kucaklar duruma gelmişti. Hatta ulemanın bir bölümü davaya kazanılmıştır.

Bardağı taşıracak son damla beklenmekteydi. İngiliz Kralı ile Rus Çarının "Reval mülakatı" bunu sağlayacaktı. İngiltere Mart 1908'den itibaren Makedonya işini iyice kurcalamaya başlamıştır. Bu girişimler ve özellikle Reval'deki görüşme İttihat ve Terakki ve eylemci subaylarca, imparatorluğun yeniden paylaşılmasına yönelik bir komplonun başlangıcı olarak algılandı ve büyük bir telaş ve tepkiye yol açtı. İşte Reval görüşmesinin yarattığı bulanık hava içinde, asker ve sivillerden oluşan 400 kişilik çetesi ile Resnede dağa çıkan kolağası Niyazi Bey'in bu hareketi ihtilalin de başlaması demek oldu. Padişaha çekilen telgraflarda yine Kanun-ı Esasinin ilanı ve "bir millet meclisinin toplanması" isteniyordu. 23 Temmuz 1908 günü İttihat ve Terakki Manastır'da hürriyeti ilan etmiştir. O gün bütün Rumeli bunu benimseyerek telgraf yağmuru halinde durumu Saray'a bildirmiştir. Aynı günün gecesi Abdülhamit, Kanun-ı Esasinin yeniden yü-

140 AKŞİN, s. 57-60.

141 Ayrıntı için bkz. KARS Z." Belgelerle 1908 Devrimi öncesinde Anadolu.

142 TUNAYA, "Hürriyet'in ilanı" Baha mat. İstanbul 1959 s. 7.

rürlüğe koyulduğu anlamına gelen Meclis-i Vükela mazbatasını onaylayıp Meşrutiyet'i resmen ilan etmiştir<sup>143</sup>.

### a.II. Meşrutiyet'in Niteliği;

Meşrutiyet bir saray darbesi değil geniş bir toplumsal tabana oturan bir hareket, hatta bir ulusal ayaklanmadır. Uzun yılların sivil hareketlilik ve örgütlenme birikimine dayanmaktadır. Bu nedenle II. Meşrutiyeti "birkaç telgraf üzerine Abdülhamit'in pes etmesine bağlamak", otuz yıllık bir baskı düzeninin bir günde yıkılması olarak görmek ya da Abdülhamit'in "denge uzmanlığının yeni bir gösterisi olarak açıklamak gerçeklere uygun düşmemektedir. II. Meşrutiyet, köklü ve uzun birikimlere dayanan bir hareket olması kadar, kansız ve barışçı bir şekilde gerçekleşmiş olması ile de dikkati çekmektedir. Bu noktada Abdülhamit'in esnekliği önemli bir rol oynamış ve meşrutiyete geçiş bir "uzlaşma" şeklinde olmuştur. padişah meşrutiyete rıza göstermekte, karşısındaki güçler de onun tahtta kalmasını kabullenmektedir.

II. Meşrutiyet hareketi yalnız geniş bir temele dayanmakla kalmamakta, kadro ve kitle dayanaklarını orta sınıflarda bulmaktadır. Aydınlar, serbest meslek sahipleri, tüccar vb.

II. Meşrutiyet hareketi, İmparatorluktaki Türk ve Türk olmayan unsurların demokratik ve liberal bir anlaşma zemini içerisinde giriştikleri ilk ve son harekettir. Bu nedenle de eylemin ön plandaki ideolojisi "Osmanlıcılık"tır. Bununla birlikte II. Meşrutiyet esas olarak Türk liberal reformist aydınlarını ağır bastıkları bir harekettir. Bu nedenle bağrında Türk ulusçuluğunu taşır, ulusal-burjuva profiller verir. 19 yüzyıl anayasal gelişmelerinden farklı olarak Meşrutiyetin dinamiği esas olarak "içsel"dir, içerdedir. Hürriyetin ilanı bir dış zorlama değildir. Bununla birlikte dış etken II. Meşrutiyette de önemli rol oynamıştır. Dış etken hareketi hızlandırıcı rol oynamıştır<sup>144</sup>.s

### b. Anayasal Düzene Dönüş

Meşrutiyet devrimcileri, Fransız devriminden aldıkları "Özgürlük-Eşitlik-Kardeşlik" üçlemesine, daha yerli olan dördüncü bir ilkeyi, "Adalet"i de katarak hem meşruluk temellerini pekiştirmeye hem de kitleleri kazanmaya çalıştılar. "Adalet" kavramı özgürlük ve eşitlik gibi devrimci ilkelerden doğabilecek sakinlerini dengelemeye elverişlidir.

Abdülhamit'in baskıcı yönetimi son bulmuştu. Abdülhamit Kanun-ı Esasiyi yeniden yürürlüğe koymakla kalmamış, nazırları da değiştirip bir ödün daha vermiştir. İttihat ve Terakki henüz yönetimi üstlenmeye hazırlıklı değildir. Üstelik meşrutiyetçi hareket hiziplere bölünmüş durumdadır. Bir kanat, devrimi daha

<sup>43</sup> AKŞİN s. 68-75.

<sup>44</sup> SARROU A. "La Jeune-Turquie et la Revolution, Paris 1912, p.1-7 TANÖR'den naklen, s. 136.

ileri götürmek isterken, liberal çoğunluk bu kadarı ile yetinmekten yanadır. Bu sonuncular aynı yılın Eylül ayında Ahrar Fırkasını kuracaklardır. İttihat ve Terakki açık ve resmi olarak bir siyasal parti şekline dönüşmediği, iktidara doğrudan el koymadığı halde, en etkili siyasal güç durumundadır.

II. Meşrutiyetin Anayasal çerçevesi iki aşamada oluşmuştur. Birincisi Kanun-ı Esasinin yeniden yürürlüğe konulmasıyla başlayan dönemdir. İkinci evre ise, bu metnin 1909'da uğradığı önemli değişiklikler ile sahneye girer.

Bir yandan Meşrutiyetçi ve özgürlükçü güçlerin siyasal yükselişi bir yandan da 1876 Anayasasının yeniden yürürlüğe konması, pratikte ilk etkilerini göstermeye başlamıştır. Padişahın anayasal konumu ve gücü meşrutî kalıplara dökülürken, kabine bir siyasal ve anayasal varlık olarak ortaya çıktı. Meşrutiyetin ilanı ile birlikte daha Meclis bile toplanmamış iken padişahın konumunda bir geriye sayma başlamıştır. Meşrutiyete yeniden geçişin bir başka ürünü de ilk defa olarak bir hükümet programının hazırlanıp kamuoyuna sunulması ve yayınlanması olmuştur.

II. Meşrutiyetin ikinci büyük adımı seçimlerin yapılması ve yasama organının oluşmasıdır. Yeni Meclis 17 Aralık 1908 günü padişahın söylevi ile açılmıştır. Meclis-i Umuminin yeniden toplanması II. Meşrutiyetin ilanı ile doğan özgürlük ve demokrasi ortamına yeni bir ivme kazandırdı. Bu noktada ilk önemli olay, Meclis-i Mebusan başkanlığına, uzun yıllar meşrutiyet mücadelesi vermiş olan Ahmet Rıza Bey'in getirilmesi oldu. Gerçi bu atama meclisin önerdiği adaylar arasından biri seçilmek suretiyle Padişah tarafından yapılmıştı. Ama bu makama böyle bir kişinin gelmesi Meşrutiyet ve Parlamentoculuk rüzgarının ne kadar güçlü estiğini göstermektedir. Bir başka önemli değişiklik, padişahın egemenliği anlayışından milli egemenlik anlayışına doğru bir kayışın kendisini göstermesidir.

Bir başka yenilik Parlamento ve hükümetin birer bağımsız varlık olarak ortaya çıkmalarıdır. Yasama ve yürütme organları birer hukuki kavram ve kurum olarak beliriyor, bunların padişahant koptuğu ve birbirinden ayrıldıkları ve demokratik organlara verildiği vurgulanmıştır<sup>145</sup>. Nihayet bu dönem, parlamentonun hükümet üzerindeki siyasal denetiminin örneklerini vermiştir.

### c.31 Mart vak'ası ve Abdülhamit'in sonu

Meşrutiyet ve ittihat ve Terakkiçiler ilk günden tepki yaratmıştı. Eski rejimin yüksek memurları, istibdadın uygulayıcıları "Mektepliler" karşısında silineceğini hisseden "alaylı subaylar" meşrutiyet hareketinden fazlası ile ürkmüşlerdir. Bulgaristan'ın bağımsızlığını ilan etmesi, Avusturya- Macaristan'ın Bosna Hersek'i kendi topraklarına katması gibi dış gelişmeler de genç Meşrutiyeti yıp-

<sup>145</sup> Bu hususta Ahmet Rıza Bey'in ve Padişahın sözleri için bkz CEVAT Ali "İkinci Meşrutiyetin ilanı", s. 124-128.

ratmıştır. Ayrıca esen özgürlük rüzgarı ile ortaya çıkan kadın hareketleri ve işçi grevleri bunlara alışkın olmayan kamuoyunu tedirgin etmiştir. Devlet otoritesinin sağlanamaması da bazılarınca meşrutiyet aleyhine bir puandır. Geleneksel güç odağı saray artık adamakıllı örselemiş, onu bu hale getiren İttihat ve Terakki ise iktidar olamamış ya da olmak istememiştir. Bu muhalefet cephesine siyasi bakımdan yön gösteren, Kendisi de Meşrutiyetçi ama kararlı bir İttihat ve Terakki düşmanı olan Osmanlı Ahrar Fırkası idi. İşte 31 Mart bu ortamdan doğmuştur. Hareket ordusu ayaklanmayı bastırdı. 27 Nisan'da İstanbul'da toplanan Meclisin ilk işi Abdülhamit'in tahtan indirilmesi yerine Mehmet Reşat'ın geçirilmesi oldu. 31 Mart vak'asının bastırılması ile önemli sonuçlar doğdu. Bunlardan biri de aşağıda bahsedeceğim Kanun-ı Esasi değişikliğidir<sup>146</sup>.

#### **d. Kanun-ı Esasi Değişikliği;**

31 Mart Ayaklanmasının bastırılmasından ve Abdülhamit'in tahttan indirilmesinden sonra yeniden toplanan ve kendine gelen Meclis-i Umumi yoğun bir yasama faaliyetine girişti. Yeni dönemin en önemli katkısı Anayasada yapılan değişikliklerdir. 8 Ağustos 1909 tarihli yasa ile, 1876 metninin 21 maddesi değiştirilecek, bir madde kaldırılacak ve üç yeni madde eklenecektir. Aslında yapılan iş yeni bir Anayasa yapmak değildi ama, değişiklikler o kadar önemli idi ki, ortaya çıkan tablodan bugün, yeni bir anayasa anlamına gelen "1909 Anayasası" deyimi ile de söz edilmektedir. 1909 değişikliği, oluş biçimi bakımından "iki yanlı"lığın bütün özelliklerini taşır. Bu dönüşüm, Misak Anayasaya geçişi vurgular. Değişikliği milletin temsilcileri yapmış, padişah da kabul edip onaylamıştır<sup>147</sup>.

Devletin teokratik ve monarşik yapısı korunmakla birlikte bu alanda önemli bir değişiklik monarşinin sınırlanmasıdır. Organların kuruluşu, yetkileri, aralarındaki ilişkiler bakımından değişikliklerin özü budur. Mesela; Padişahın Meclis-i Umumi'de Anayasaya bağlılık yemini yükümlülüğüne girmesidir. Bakanlar Kurulunun artık padişaha karşı değil mebusan meclisi önünde sorumludur. Bakanlar kurulunu bir konuyu görüşebilmek için önceden padişahın izin alma şartı kaldırılmıştır. Padişah kendisine verilmiş gibi görünen yetkileri ancak sadrazam veya ilgili bakanın girişim ve imzası ile kullanabilecektir. Padişah Bakanlar Kurulunun oluşumu üzerindeki yetkilerini büyük çapta kaybetmiştir. Padişahın yetkileri yasama lehine de sınırlanmıştır. Buna örnek olarak Padişaha ait olan anlaşma yapma yetkisinde getirilen ve Padişahın yapmış olduğu bazı anlaşmaların Meclis-i Umuminin denetiminden geçmesini öngören düzenleme, Ayan ve Mebusan'ın her Kasım başı davetsiz toplanabilmesi ve izin alma-dan yasa önerme hakkına sahip kılınması verilebilir. Ayrıca Padişahın mutlak

<sup>146</sup> TANÖR s. 146-147.

<sup>147</sup> TANÖR s. 148.



veto yetkisinin geciktirici veto yetkisine çevrilmesi de getirilen yenilikler arasındadır.

Heyet-i Ayan'ın görüşmelerinin de açık olarak yapılması esası getirilmiştir. Nihayet Meclis-i Mebusan'ın kendi birinci ve ikinci başkanlarını seçebilme yetkisini kazandığını görmekteyiz.

Ayrıca yürütmenin silahı olan fesih hakkı sınırlanmıştır.

Görülüyor ki 1909 metni kuvvetler ayrılığını, yumuşak, işbirliğine dayalı, ama yasamayı daha çok kollayan bir biçimde gerçekleştirmiş, Klasik Parlamenter hükümet sisteminin tipik unsurlarını Anayasa Hukukumuzda getirmiştir. Böylece Meşrutiyet ya da Anayasal Monarşi şimdi gerçekleşmiş, hatta 15 Ağustos 1909 tarihli Heyet-i Ayan kararnamesinde dile getirildiği gibi, "hakimiyet-i milliye" ilkesi anayasal tarihimize girmiştir<sup>148</sup>.

### e. Kişi Hak Ve Özgürlükleri Bakımından 1909 Metni;

Bu alandaki değişikliklerin de pusulası demokratikleşme yönündedir. İlk dikkati çeken husus, kişi güvenliği ile ilgili yeni düzenlemelerdir. 1876 metni kişi özgürlüğünü yalnız yasa dışı cezalandırmalara karşı korumakla yetinirken, 1909 değişikliği hem cezalandırmalar hem de tutuklamalar bakımından yasaya uygunluk koşulunu getirmiştir. Ünlü 113. maddenin kişi güvenliğini yok eden hükmü (padişaha tanınan sürgüne gönderme yetkisi) de madde metninden çıkarılmıştır.

Düşünce özgürlüğünün uzantısı olan basın özgürlüğü öngörülmüştür. Kanun-ı Esasi değişikliği, toplanma ve dernek kurma haklarını da getirmiştir. Aynı madde, Osmanlı Devletinin ülkesel bütünlüğünü bozma, meşruti yönetimi başkalaştırma, Kanun-ı Esasi'ye aykırı hareket etme ve ayrılıkçı siyaset gütmeye yönelik cemiyetler ile her türlü gizli dernekleşmeyi ise yasaklamaktadır.

1909'da getirilenler 1876 metnindekilerle birleştirildiğinde; ikinci Meşrutiyetin temel hak ve özgürlükler bakımından doyurucu liste ve içerik sunduğu söylenebilir.

I. Meşrutiyet; ideolojik alanda çok önemli bir dönüşüme sahne olmuştur. Jön Türk aydınları Osmanlıcı, İslamcı, Türkçü olabiliyorlardı. Osmanlıcılık ve İslamcılık ideolojilerinin tutunulabilecek dal olmadıkları kısa sürede anlaşıldı. Son halka olarak "Ulusçuluk" kalmıştır. Falih Rıfkı Atay<sup>149</sup> şöyle demektedir: "Bizler, Türkçülükle idealsiz kalmaktan ve boşlukta sallanmaktan kurtulmuştuk". Gerçekten de Jön Türk kanatları arasındaki mücadelede ağır basan İttihatçı milliyetçiliği, gerileyen Prens Sabahattin ve Hürriyet ve İtilaf'ın

<sup>148</sup> TANÖR s. 150.

<sup>149</sup> ATAY Falih R. "Batış Yılları" Dünya yay., İstanbul 1963, s. 76.

Osmanlıcılığı olmuştur. Bu ise jön Türklerin öteden beri asıl ve gizli programı olarak gösterilen ulusçuluğun, açık fakat göstermelik program olan Osmanlıcılığı tahtından indirip onun yerini alması demektir<sup>150</sup>.

II. Meşrutiyet her şeyden önce oluşum biçimi ile yeniliktir. Osmanlı İmparatorluğunda ilk defa olarak aşağıdan yukarı ve oldukça geniş tabanlı bir toplumsal hareket bu rejime geçişi, daha doğrusu dönüşü sağlamıştır. Fremen Anayasa modelinden Misak Anayasa modeline geçiş bunun Anayasal alandaki ifadesidir.

Egemenlik hakkı monark ve millet arasında paylaşılmıştır. Egemenliğin kullanılışı bakımından dönüşüm büyük ve anlamlıdır. Monarşi sadece sınırlanmakla kalmamış bir kurum olarak da örselenmiştir. Kuvvetler ayrılığı ve Parlamento rejimi getirmesi açısından da önem taşımaktadır. Siyasete ilgi duyan ve siyaset yapan kitlenin genişlemesi, tebaa anlayışından “vatandaş” tipine geçiş siyasal anlamda bir kamu oyununun gelişmesi gibi hususlar da Meşrutiyetin önemli katkılarından. Hatırlatılması gereken en başarısız görüldüğü alanda, ilerisi için büyük hizmet gördüğü bile söylenebilir. Hürriyet, Jön Türk hareketinin bu tılsımlı sözcüğü II. Meşrutiyet günlerinde ilk aylar dışında pek bir anlam taşımadı ama, halk kitlelerinin belleğine yerleşerek daha sonraki dönemlerin demokrasi ve özgürlük mücadelelerine de esin kaynağı olmuştur. II. Meşrutiyet’in bir başka önemli katkısı iktisadi ve siyasi bağımsızlık fikrini ilk defa olarak ciddi bir şekilde su yüzüne çıkarmasıdır. İktisadi ve sosyal kalkınma fikrini somut olarak getirdiği de söylenebilir.

Sonuç olarak II. Meşrutiyet rejimi, demokrasi ve özgürlükler Pratiğindeki olumsuzluklara karşın, ulusal toplum, ulusal Devlet ve ulusal egemenlik tezlerinin ilk mayalandığı ortam olması bakımından önemli bir hizmet görmüş sayılabilir. Nitekim Türkiye’nin 1918’den sonraki siyasal ve Anayasal gelişmelerinde II. Meşrutiyetin bu olumlu mirasından yararlanılacaktır<sup>151</sup>.

150 TANÖR, s. 163.

151 TANÖR s.169.

## SEKTÖREL YAPIYA İLİŞKİN PLAN HEDEFLERİ VE RANT KOLLAMA

Dr. M. Okan TAŞAR\*

### GİRİŞ

Ekonomik gelişme ve sektörel yapının değişimi arasında önemli bir bağ bulunmaktadır. Sektörel yapıda meydana gelen değişmelerin tanımlanarak, ekonomik gelişme doğrultusunda yönlendirilmesi bu noktada önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, kalkınma planlarının da temel işlevi; sektörel gelişimin kalkınma amacına uyumlu bir şekilde sağlanmasıdır.

Herhangi bir şekilde gerçekleştirilen rant kollama faaliyeti, sektörel gelişim hedeflerini çarpıtmakta, planda yer almamasına rağmen bazı sektörlerin rasyonel olmayan bir şekilde desteklenmesine yol açmaktadır. Rant kollama bireylerin veya çoğunlukla çıkar ve baskı gruplarının, çıkar sağlamak amacıyla devletin uyguladığı politikaları değiştirmek için giriştikleri faaliyetleri tanımlamada kullanılan bir kavramdır. Bu faaliyetler, devlet veya kamu tarafından yaratılan suni rantların çıkar ve baskı gruplarınca elde edilmesine yönelik çaba ve girişimleri kapsamaktadır. Rant kollama faaliyetleri çoğunlukla ihracat ve yatırım teşviklerinde yoğunlaşmaktadır. Bu durumda ise; kalkınma planlarında hedeflenen sektörel öncelikler, başarılı bir şekilde rant kollayan bazı sektörler lehine değişebilmektedir. Rant kollamanın, özellikle kısa dönemde aşırı kâr sağlayan sektörler tarafından fazlasıyla kullanıldığı dikkate alınırsa, örneğin, hizmetler sektöründe yoğunlaşacağı ifade edilebilir.

Türkiye’de sektörel yapının hizmetler sektörü lehine genişlemesi, rant kollama faaliyetlerinin büyük boyutlarda yaşandığını ortaya koymaktadır. Ancak bu faaliyetler çoğu zaman rakamsal olarak belirlenememekte sadece, sektörel yapıda meydana gelen olağan dışı değişmeler aracılığı ile ülke ekonomisi içerisinde varlığı ifade edilebilmektedir. Ülkemizde kamu kesiminin sektörel yapıya ilişkin düzenlemeleri, yedi tane beş yıllık dönemi kapsayan kalkınma planlarıyla oluşturulmaktadır. Fakat çoğunlukla, söz konusu planların belirlediği sektörel yapı hedefleri gerçekleştirilememiştir. Bu ise rant kollama faaliyetlerinin varlığının ve etkinliğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Rant kollamadan kaynaklandığına inandığımız, kalkınma planlarında öngörülen hedeflerden, özellikle hizmetler sektörü çerçevesinde sapılması, bu çalışmanın ana temasını oluşturmaktadır. İlk bölümde, rant kollama faaliyetleri ve ekonomik kalkınma açısından önem taşıyan sektörel yapı etkileşimi üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise, kalkınma planlarında öngörülen sektörel yapı

Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ekonomi-Maliye Araştırma Görevlisi

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

gelişimi ve rant kollamanın etkisiyle oluşan sapmalar aktarılacaktır. Bu analizler, özellikle büyük ölçüde sapmaların yaşandığı 1984-1989 yıllarını içeren 5. BYKP üzerinde yoğunlaştırılacaktır

### A. Rant Kollama Faaliyetleri ve Sektörel Yapı

Rant kollama faaliyetleri genel olarak, hükümet müdahaleleriyle yaratılan suni rantların, çıkar ve baskı grupları aracılığı ile elde edilmesine yönelik girişimlerdir. Bu nedenle politik sistem, ekonomik yapı ve hukuki normlarla iç içe ve karmaşık özellikler taşımaktadır. Ülkelerin hukuk sistemlerinin ve ekonomik yapılarının birbirinden farklı olması, rant kollama faaliyetlerinin kimi zaman yasal kimi zaman ise yasa dışı faaliyetler olarak tanımlanmasına yol açmaktadır. Rant kollamanın faaliyetlerinin tanımında en belirgin özelliklerden birisi, devlet ve baskı gruplarının katılımıyla gerçekleşen faaliyetler olmasıdır. Daha net bir ifadeyle rant kollamanın odağında devlet ya da kamu kesimi yer almaktadır.

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. Devletin her alanda düzenleyici rolü kaçınılmaz olarak onun sınırlarına da genişletmektedir. Kalkınma amacına hizmet edecek araçları devlet bizzat kendisi seçerek, kaynakları tahsis edecektir. Bu araçlar arasında, çeşitli monopol imtiyazları, vergi istisna veya muafiyetleri, teşvikler, fiyat kontrolleri, ithal yasaları, kredi imkanları gibi çok önemli uygulamalar yer almaktadır. Nitekim, Türkiye'ye baktığımızda, gelişme dinamiklerinin sürekli devlet eliyle yaratıldığı ileri sürülebilir.

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. Dengeli veya Dengesiz Kalkınma yaklaşımı, Altyapı veya Üretken Yatırımlar Yaklaşımı, Tarım-Sanayi Önceliği, Büyüme Kutupları yaklaşımı gibi farklı teorilerin her biri, kaynakların ekonomik kalkınma amacına uygun olarak

sektörlerarası dağılımını incelemektedirler. Kaynakların sektörlerarası optimal dağılımında temel kriter ise, sektörel önsel ve gerisel bağıllık katsayılarıdır.

Önsel ve gerisel bağıllıkları yüksek olan sektörler, üretim sürecinin ortalarında yer alan 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 bağıllıkları yüksek sektörlerin teşvik edilmesine yönelik politikalar, uygulama sürecinde özellikle çıkar ve baskı gruplarının ve rant kollayan kesimlerin etkisiyle amacından saptırılmaktadır. Örneğin; petrol ürünlerinin önsel ve gerisel bağıllıkları yüksekken hizmetler sektörünün veya ulaşım, ticaret sektörlerinin sektörel bağıllık katsayıları düşüktür. Dolayısıyla petrol ürünleri sektörüne yapılacak bir yatırım, hizmetler sektörüne oranla ekonomik kalkınma üzerinde daha olumlu etkiler sağlayacaktır. Ancak 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”<sup>1</sup>. 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.

### **B. Rant Kollamanın Plan Hedeflerini Saptırıcı Etkileri**

Bilindiği gibi rant kollama faaliyetleri, sektörel yapının ekonomik kalkınma doğrultusundaki gelişimini, hedeflenenenden tamamen farklı olarak şekillendirmekte ve temel amaçlardan sapılmasına sebebiyet vermektedir. Endüstrilerarası işlemler tablosundan oluşturulan sektörel bağıllıklar, bütün kalkınma planlarının temel belirleyicisidir. Bu katsayılar ışığında makro ekonomik politikalar belirlenmekte, geleceğe yönelik projeksiyonlar gerçekleştirilmektedir. Kalkınma hedefleri doğrultusunda hangi sektör ya da sektörlerin gelişimine ağırlık verilmesi gerektiği sektörel bağıllıklar dikkate alınarak ifade edilmektedir.

Türkiye’de hazırlanan ve uygulanan yedi ayrı kalkınma planının temelde gerçekleştirmek istediği amaç, sektörel yapının sanayileşmeye yönelik olarak

VII. BYKP, 1998 Yılı Programı, s. 158.

geliştirilmesidir. İlk üç plan çerçevesinde bu amaca ithal-ikameci bir sanayileşme stratejisi ile ulaşılmak istenirken, sonraki planlarda ihracatın artırılmasına yönelik bir strateji benimsenmektedir. Hangi strateji olursa olsun, Türkiye’de oluşturulan kalkınma planlarının “tutarlılık” modeline dayandığını ve dengeli kalkınma yaklaşımına daha fazla prim tanıdığını ifade edebiliyoruz.

Ancak bu bölümde aktaracağımız göstergeler, kalkınma planlarında benimsenen tutarlı ve dengeli yaklaşımın bazı faktörlerin etkisiyle özellikle sektörel yapı açısından dengesiz bir şekle büründüğünü ortaya koymaktadır. Dengeli bir plan modelinin uygulamada dengesiz bir gelişim göstermesi rant kollama faaliyetlerinden, özellikle de teşvik kollamadan kaynaklanmaktadır. Üstelik sektörel yapı rant kollamanın etkisini; sanayileşme noktasında dengesiz gelişmesine bir parça da olsa göz yumulabilen sanayi sektörü üzerinde değil, aksine önsel ve gerisel bağlılığı düşük olan hizmetler sektörü üzerinde hissetmektedir.

Bu başlık altındaki incelemelerimiz yine, sektörel yapıdaki dengesizliğin büyük boyutlara ulaştığı 1987-1990 yıllarını kapsamaktadır. Ancak yeri gelmişken belirtmeliyiz ki, 1990 yılından günümüze sektörel yapıdaki dengesizliğin ortadan kalktığına yönelik bir değişim yaşanmamaktadır. Dolayısıyla rant kollama faaliyetlerinden kaynaklanan “plan hedeflerinden sapma” özellikle 1984-1989 dönemini kapsayan 5. BYKP. açısından ortaya konulacaktır.

### 1. Kalkınma Planlarında Sektörel Yapıya İlişkin Hedefler

Türkiye ekonomisinde uygulanan kalkınma planlarında dengeli kalkınmadan ve sektörel bağlılıklardan faydalanılmaktadır. Yine de temel amaç sanayileşme ve sanayi sektörü öncelikli kalkınma hedefi olarak belirginleşmektedir. Zira sanayileşme toplumun yaşam standardını yükseltecek ekonomik büyümenin temel şartı sayılmaktadır.

Buna rağmen sektörel yapının gelişimine bakıldığında; tarım sektöründe ilk üç plan açısından gerçekleşen büyüme hızlarının plan hedeflerinin arkasında kaldığını görebiliyoruz. Yine ilk üç plan çerçevesinde, sanayi sektöründe büyüme hızının plan hedeflerine uygun bir şekilde gerçekleşmesi bu sektörde sapıtırıcı bir faktörün olmadığını ifade etmektedir. Oysa hizmetler sektöründe ilk üç plan dahilinde yaşanan gelişme, bu sektörde her zaman plan hedeflerinin aşıldığını göstermektedir. “Bu durum 1963-1977 döneminde doğrudan üretken olmayan sektörlerin, üretken sektörlerden daha hızlı büyüdüğünün ifadesi olmaktadır”<sup>2</sup>. Aynı türden gelişmeler bundan sonraki her plan dönemi açısından geçerli olabilmektedir. Plan hedefleri özellikle hizmetler sektörü söz konusu olduğunda önemli sayılabilecek sapmalar göstermektedir. Bu noktada öncelikle 1980 yılından sonra oluşturulan planlarda, sektörel yapıya yönelik hedefler ifade edilmelidir.

1978-1983 yıllarını kapsayan IV. BYKP’ında; üretimin sektörel dağılımı incelendiğinde; “tarım sektörünün sektörlerarası yüzde payının 20,4 den 1983 yılında 17,1’e indirilmesinin hedeflendiğini görebiliyoruz. Sanayi sektörünün ise aynı plan kapsamında 1978 yılında sektörler arasında yüzde 41,2 den plan dönemi sonunda yüzde 45,9’a çıkarılması hedeflenmiştir. Bu hedef sanayi sektörünün yıllık olarak yüzde 11,7 oranını arttırılacağı anlamına gelmektedir. Hizmetler sektöründe ise IV. BYKP çerçevesinde yıllık ortalama yüzde 8,6’lık bir artış hızı ile sektörlerarası payının yüzde 38,4’den 37,0’a çekilmesi hedeflenmiştir”<sup>3</sup>. Hedeflenen bu oranlar, kalkınma planlarında sektörel yapının, sanayi sektörü lehine gelişmesi yönündeki arzuyu göstermektedir. Ama tıpkı diğer planlarda olduğu gibi bu arzu çoğunlukla gerçekleşmemiş, dengesiz gelişme daha yoğun rant kullanan hizmetler sektöründe görülmüştür. Türkiye’de günümüze kadar uygulanan kalkınma planlarında, sektörler yapıya ilişkin hedefler Tablo 1’de aktarılmaktadır.

**Tablo 1. Hedeflenen Sektörel Gelişmeler**

Plan Dönemleri	TARIM			SANAYİ			HİZMETLER		
	Sektörlerarası Yüzde Dağılım		Yıllık Ort. % Artış	Sektörlerarası Yüzde Dağılım		Yıllık Ort. % Artış	Sektörlerarası Yüzde Dağılım		Yıllık Ort. % Artış
	D. Başı	D. Sonu		D. Başı	D. Sonu		D. Başı	D. Sonu	
IV. Plan 1978-1983	20,4	17,1	5,5	41,2	41,2	11,7	38,4	37,0	8,6
V. Plan 1985-1989	15,8	13,7	3,6	47,8	50,0	7,5	36,4	36,3	6,4
VI. Plan 1990-1994	13,2	11,4	4,2	42,5	44,6	8,3	40,1	39,4	6,9
VII. Plan 1996-(1) 2000	12,4	11,2	2,9	41,8	43,6	6,0	45,8	45,2	4,9

Kaynak: BYKP IV, V, VI, VII’den derlenmiştir.

(1) Gerçekleşme Tahmini

Tablo 1 analiz edildiğinde, sektörel yapıya ilişkin plan hedeflerinin; tarım sektörünün diğer sektörler karşısındaki nisbi payının azaltılması, sanayi sektörünün payının artırılması olduğunu görebiliyoruz. Bütün planlar açısından ortak noktalardan bir diğeri ise, hizmetler sektörünün, sektörler içerisindeki payının aynı noktada sabit tutulmasına yönelik çabaları kapsamasıdır. Örneğin V. BYKP’ında hizmetler sektörünün toplam içerisindeki payı yüzde 36,3 olarak hedeflenmişken, VI. BYKP’nın dönem başı hedefi yüzde 40,1 olarak düşünül-

IV. BYKP, Resmi Gazete, 12.12.1978, Sayı: 1648 M, s. 144.

## Sektörel Yapıya İlişkin Plan Hedefleri ve Rant Kollama

müştür. Bir önceki plan döneminde tutturulamayan hedefler aynı plan dönemi içerisinde hizmetler sektörünün toplam içerisindeki payını yüzde 39,4'e indirmeyi öngörmektedir. Ancak, VII. BYKP'na bakıldığında aynı sürecin tekrarlandığını rahatlıkla görebiliyoruz.

Rant kollamanın sektörel yapıyı etkilediğini ifade eden bir diğer gösterge olarak da, sabit sermaye yatırımlarının sektörel dağılımı kabul edilebilir. Bu bölümde, aynı göstergelyi plan hedefleri doğrultusunda kullanabiliriz. 1978-2000 dönemini kapsayacak şekilde dört ayrı planda belirlenen sabit sermaye yatırımlarının sektörel dağılımları Tablo 2'de aktarılmaktadır.

**Tablo 2. Sabit Sermaye Yatırımlarının Sektörel Dağılımı  
(Plan Hedefleri)**

Sektörler	IV. Plan	V. Plan	VI. Plan			VII. Plan <sup>(1)</sup>		
	Topl.	Topl.	Kamu	Özel	Topl.	Kamu	Özel	Topl.
Tarım	12,2	11,3	11,2	5,7	7,9	10,0	4,1	5,5
Madencilik	6,1	6,1	5,6	1,9	3,4	2,2	0,8	1,1
İmalat San.	27,4	20,9	7,6	27,9	20,0	3,7	27,8	22,1
Enerji	10,6	14,8	22,5	3,2	10,8	21,8	4,7	8,7
Ulaştır-Hab.	16,3	18,5	27,8	13,7	19,2	27,2	18,2	20,3
Turizm	1,2	0,8	1,6	6,2	4,4	1,4	4,3	3,6
Konut	14,6	15,2	0,9	34,7	21,5	0,9	31,2	24,0
Eğitim	4,8	2,3	8,1	0,6	3,5	11,8	1,9	4,2
Sağlık	1,4	1,0	2,9	0,7	1,5	4,6	1,8	2,4
Diğer Hizm.	5,5	8,7	11,2	5,0	7,4	1,4	5,3	7,9
TOPLAM	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Kaynak: BYKP IV, V, VI, VII'den derlenmiştir.

(1) GSMH Büyümesi= %7,1 olarak dikkate alındığında

Yatırımların sektörel dağılımı plan hedefleri açısından incelendiğinde, tıpkı sektörel üretim paylarının dağılım hedeflerinde olduğu gibi tüm sektörlerde dengeli bir dağılım öngörülmektedir. Tarım sektöründe kamu ve özel sektör sabit sermaye yatırımlarının payının azaltılması hedeflenirken, sanayi sektörünün sabit sermaye yatırımlarından aldığı pay da önemli değişimler gözlenmemektedir. Bütün planlar açısından hizmet alt sektörlerinde sabit sermaye yatırımlarının yoğunlaştığını görmek mümkündür. Özellikle konut, ulaştırma ve turizm alt sektörlerinde sermaye yatırımlarının artması, spekülasyon ya da ranta yönelik faaliyetlerin yaygınlaştığının da bir göstergesidir.

Kalkınma planlarında, sektörel yapının değişimine yönelik hedefler dengeli ve tutarlı bir yaklaşımın izlerini taşıyor olsa bile her yeni plan döneminde hedeflerin, sektörel dengesizliği onaylar bir şekilde revize edildiği ortadadır. Dolayısıyla her iki gösterge açısından bu sapmaların belirlenmesi, rant kollama faaliyetlerinin etkinliğini ifade etmesi noktasında anlam kazanmaktadır.



## 2. Sektörel Yapıda Plan Hedeflerinden Sapmalar

Sektörel yapının, ekonomik kalkınmayı sağlayabilecek şekilde gelişmesi büyük ölçüde iyi bir planlamayla gerçekleştirilebilir. Günümüzde hangi ekonomik sistem içerisinde olursa olsun pek çok ülke bu türde bir 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, spekülatif 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 3'de; dört plan döneminde hedeflenen sektörel üretim gelişmesi ile gerçekleşen sektörel üretim yapısı ortaya konarak, sapmalar belirlenmektedir.

**Tablo 3. Üretim Sektörel Dağılımında Sapmalar (Yüzde Olarak)**

Plan Dön.	IV. Plan			V. Plan			VI. Plan			VII. Plan <sup>(1)</sup>		
	Hedef	Ger <sup>(2)</sup>	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma
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 ola-

## Sektörel Yapıya İlişkin Plan Hedefleri ve Rant Kollama

rak 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 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 spekülatif amaçlı yatırımlarının en yoğun olarak yaşandığı dönemdir. Bu dönemin karakteristik özellikleri bu ifademizi doğrular niteliktedir. 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 4’de, sabit sermaye yatırımlarının sektörel dağılımında, plan hedefleriyle gerçekleşme yüzdeleri arasındaki sapmalar aktarılmaktadır.

**Tablo 4. Sabit Sermaye Yatırımlarının Sektörel Paylarında Plan Hedeflerinden Sapmalar (Yüzde Olarak)**

Planlar	IV. Plan			V. Plan			VI. Plan			VII. Plan <sup>(1)</sup>		
	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger.	Sapma	Hedef	Ger. <sup>(2)</sup>	Sapma
Tarım	12,2	10,0	2,2	11,3	7,2	4,1	7,9	5,1	2,8	5,5	-	-
Madencilik	6,1	5,3	-0,8	6,1	3,8	-2,3	3,4	1,7	-1,7	1,1	-	-
İnşaat-San	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	19,2	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 Hizmet	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 4’de de, plan hedeflerinden sapmaların V ve VI plan dönemlerinde, özellikle hizmetler sektöründe dengesiz bir yapıya yol açacak bir şekilde olduğu 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 dengelessiz 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 spekülative ve rant gelirlerini kapsamaktadır.

Bu ifadeleri test etmeye yönelik olarak bir farklı göstergede teşvik belgelerinin sektörel dağılımıdır. Tablo 5’de aktarılan rakamlar, teşvik belgelerinden hizmet sektörlerinin her geçen dönem daha yüksek oranlarda bir pay aldığını ortaya koymaktadır.

**Tablo 5. Yatırım Teşvik Belgelerinin Alt Sektörler İtibariyle Dağılımı (Yıllık)**

	Toplam Yatırım (Milyar TL)			Yüzde Değişme			Yüzde Pay		
	1995	1996	1997	1995	1996	1997	1995	1996	1997
<b>I. TARIM</b>	8.490	36.351	27.328	271.8	328.1	-24.8	0.4	1.7	0.8
1. Bitkisel Üretim	694	1.834	4.963	283.7	164.1	170.7	8.2	5.0	18.2
2. Hayvancılık	7.118	33.350	21.717	1.163.0	368.5	-34.9	83.8	91.7	79.5
3. Su ürünleri	678	1.167	647	-55.9	72.1	-44.5	8.0	3.2	2.4
<b>II. MADENCİLİK</b>	13.467	25.577	57.029	213.1	89.9	123.0	0.6	1.2	1.6
<b>III. İMALAT</b>	1.956.709	1.542.675	2.121.590	1.465.2	-21.25	37.2	87.6	73.1	61.0
1. Gıda ve İçki	65.356	146.991	220.308	672.7	124.9	49.9	3.3	9.5	10.4
2. Dokuma ve Giyim	1.600.676	646.787	763.930	3.118.4	-59.6	18.1	81.8	41.9	36.0
3. Orman ürünleri	5.692	20.136	42.377	12.5	253.8	110.5	0.3	1.3	2.0
4. Kağıt	24.520	27.571	44.355	909.1	12.4	60.9	1.3	1.8	2.1
5. Deri ve kösele	16.326	10.494	16.409	946.3	-35.7	56.4	0.8	0.7	0.8
6. Lastik	13.446	38.863	59.623	1.071.8	189.0	53.4	0.7	2.5	2.8
7. Kimya	51.781	201.838	214.908	229.4	289.8	6.5	2.6	13.1	10.1
8. Cam	8.734	16.343	5.857	730.6	87.1	-64.2	0.4	1.1	0.3
9. Demir-Çelik	17.501	21.917	105.506	656.2	25.2	381.4	0.9	1.4	5.0
10. Demirdışı Metal.	9.380	16.455	45.217	2.217.2	75.4	174.8	0.5	1.1	2.1
11. Taşıt Araçları	32.668	106.938	183.095	187.8	227.3	71.2	1.7	6.9	8.6
12. Madeni Eşya	12.667	49.854	67.011	159.8	293.6	34.4	0.6	3.2	3.2
13. Ölçme ve optik	2.505	2.133	19.298	416.6	-14.8	804.6	0.1	0.1	0.9
14. Makine İmalat	4.178	30.200	33.757	762.6	622.9	11.8	0.2	2.0	1.6
15. Elektrik Mak.	10.068	17.064	26.037	2.178.6	69.5	52.6	0.5	1.1	1.2
16. Elektronik	914	12.049	5.574	319.5	1.218.5	-53.7	0.0	0.8	0.3
17. Çimento	13.470	79.621	126.055	-2.7	491.1	58.3	0.7	5.2	5.9
18. Pişmiş Kil	9.371	11.806	43.224	1.468.7	26.0	266.1	0.5	0.8	2.0
19. İnşaat	1.968	1.932	11.383	263.2	-1.8	489.3	0.1	0.1	0.5
20. Seramik	29.660	11.514	30.842	816.3	-61.2	167.9	1.5	0.7	1.5
21. Diğerleri	25.828	72.169	56.822	2.317.8	179.4	-21.3	1.3	4.7	2.7
<b>IV. ENERJİ</b>	51.841	68.031	233.750	396.2	31.2	243.6	2.3	3.2	6.7
<b>V. HİZMETLER</b>	202.320	438.056	1.036.915	202.8	116.5	136.7	9.1	20.8	29.8
1. Ulaştırma	137.512	274.844	425.415	361.8	99.9	54.8	68.0	62.7	41.0
2. Turizm	20.991	47.806	168.917	211.7	127.7	253.3	10.4	10.9	16.3
3. Ticaret	9.531	15.389	96.152	-34.1	61.5	544.3	4.7	3.5	9.6
4. Eğitim	2.370	15.075	10.016	20.5	536.0	-33.6	1.2	3.4	1.0
5. Sağlık	8.224	35.573	93.519	53.1	332.6	162.9	4.1	8.1	9.0
6. Diğerleri	23.691	49.369	239.894	178.8	108.4	385.9	11.7	11.3	23.1
<b>TOPLAM</b>	2.232.828	2.110.691	3.476.611	696.0	-5.5	64.7	100	100	100

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Yıllık Ekonomik Rapor, 1998, s. 31.

Sanayi sektörü içerisinde önemli bir paya sahip olan imalat sanayi, 1995 yılında yüzde 87,6 oranında yatırım teşvik belgelerinden pay alırken 1996 yılında

bu pay yüzde 73,1'e, 1997 yılında ise yüzde 61,0 e inmektedir. İmalat sanayi sektöründe yaşanan bu önemli düşüşün sebebi; tarım enerji, madencilik sektörünün paylarında anlamlı bir değişim olmadığı dikkate alınırca, hizmetler sektörüdür. Yatırım teşvik belgelerinin dağılımında yaşanan bu değişim, ekonomik gelişme program hedeflerinden sapıldığının bir ifadesidir. Bu noktada, hizmetler sektörünün ekonomik politikalarına müdahale etmek suretiyle daha büyük oranlarda yatırım teşvikleri sağladığı iddia edilebilir.

### SONUÇ

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 dengeli 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, büyüme hızını sektörel dağılım açısından olumsuz yönde etkileyecektir.

## SEÇİM EKONOMİSİ VE KAMU HARCAMALARI

Dr. M. Okan TAŞAR\*

Anayasal demokrasinin vazgeçilmez niteliklerinden birisi seçimlerin siyasi katılma konusunda geniş imkanlar sağlamış olmasıdır. Demokrasi diğer yönetim biçimlerine göre en azından olumsuzlukların tartışılmasına imkan vermesi açısından diğer rejimlerden üstündür. Demokrasinin vazgeçilmez şartı seçimlerse, seçimlerin vazgeçilmez iktisat politikası da seçim ekonomisidir.

Seçim ekonomisi, gelecek seçim tarihinin belirginleşmesiyle birlikte, kamu harcamaları, kamu yatırımları, kamu kredileri, para arzı gibi ekonomik değişkenlerin seçim kazanma amacına yönelik olarak kamu otoritesi tarafından genişletilmesidir. Seçim ekonomisi kavramı iktisat literatüründe politik konjonktür dalgaları kuramıyla açıklanmaya ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan anayasal iktisadın temel taşıını oluşturan Kamu Tercih teorisi de, seçim ekonomisi konusunda açıklayıcı güce sahiptir. Kamu tercihi teorisi politika biliminin ekonomik analizi olarak tanımlanmaktadır. Kamu tercihi siyaset biliminin temel konularını ekonomi biliminin araçları ve teknikleri yardımıyla analiz etmektedir. Seçim ekonomisi kavramına yönelik bir diğer teoride Kamu ekonomisinin başsarıslığı teorisisdir.

Hangi teoriyle açıklanmaya çalışılırsa çalışılısın seçim ekonomisinin her ülke ekonomisinde rastlanan karakteristik uygulamaları söz konusudur. Bu uygulamalar Türkiye’de seçim dönemlerinde oldukça sık gözlenmektedir. Kamu kesimi personeline yüksek oranlı zam uygulamaları, tarım üreticilerine verilecek kredi imkanlarının artırılması, sübvansiyonlar, mahalli idarelere ek kaynak aktararak kamu harcamalarının artırılması. KİT zamlarının ertelenmesi, vergi oranlarının yeniden düzenlenmesi ve vergi affı uygulamaları belli başlı seçim ekonomisi politikalarıdır.

Bütün partiler yer aldıkları siyasi yelpaze içerisinde yalnız kendi programlarının doğruluğunu değil, diğerlerinin yanlışlığını da olanca güçleriyle savunurlar. Önemli olan nokta uygulanacak program konusunda içtenlik, açıklık ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde hareket etmektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde seçim, seçim ekonomisi kavramları tanımlanmaya çalışılacak ve seçim ekonomisinin iktisat literatüründeki yeri incelenecektir. İkinci bölümde ise kamu harcamaları kavramı tanımlandıktan sonra, bu harcamalar üzerinde etkili olan seçim ekonomisi politikaları ortaya konarak Türkiye ekonomisinden seçim kesitleri aktarılacaktır.

---

\* S.Ü. Hukuk Fakültesi Ekonomi-Maliye Bölümü Araştırma Görevlisi

## I. SEÇİM EKONOMİSİ KAVRAMI

Günümüzde seçim ve seçime katılma, hem seçmen vatandaşların kamu yönetimine karşı gösterdikleri ilginin derecesini hem de siyasal iktidarın temelinde bulunması gereken consensus unsurunun oranını göstermektedir. Seçim; kamu siyasetini yürütecek olan kamu iktidarlarını kurarken, diğer taraftan bir çeşit hesap sorma, sorumlu tutma, işlemdir. Zira seçim, siyasal iktidarı halkın kontrolüne tabi kılan ve dolayısıyla yönetenleri yönetilenlere karşı dikkatli olma-ya sevkeden bir yöntemdir<sup>1</sup>. Seçim mekanizması içerisinde seçmen özne ise, seçim öznenin bir eylemidir.

Seçim ekonomisi kavramı, iktisat literatüründe “politik konjonktür dalgaları” kuramıyla ve açıklanmaya ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Sözkonusu teoriye göre, nasıl tüketiciler fayda, iş adamları kar maximizasyonuna yönelirlerse politikacılar da maksimum oy potansiyelini sağlama amacındadırlar. Homo economicus yaklaşımı içerisinde bir yanda seçmen elde ettiklerini maksimize etmeye çalışırken diğer yanda ise politikacı temel amaç olarak seçimi hedeflemektedir. Örneğin seçmen, çoğu kez seçim öncesi elde ettiklerine bakarak oy kullanırken, politikacılar da maaş artışları, tarım ürünleri destekleme fiyatları, vergi afları gibi yollardan seçim öncelerinde, seçim kazanma amacına yönelirler<sup>2</sup>. Bu açıklamaların ışığında seçim ekonomisi, gelecek seçim tarihinin belirginleşmesiyle birlikte, kamu harcamaları, yatırımları, kamu kredileri, para arzı gibi ekonomik büyüklüklerin, seçim kazanma amacına yönelik olarak kamu otoritesi tarafından genişletilmesidir.

Anayasal demokrasinin önemli niteliklerinden birisi, seçimlerin siyasi katılma konusunda geniş imkanlar sağlamış olmasıdır<sup>3</sup>. Demokrasi diğer yönetim biçimlerine göre en azından olumsuzlukların tartışılmasına imkan sağlaması açısından üstünlük sahibidir. Demokrasinin vazgeçilmez şartı seçimlerse, seçimlerin vazgeçilmez iktisat politikası da, seçim ekonomisidir. Seçim Ekonomisinin iktisat teorisinde yer alması, oldukça yeni bir iktisat dalı olarak kabul edilen anayasal gelişimi ile söz konusu olmuştur.

### A. Politik Konjonktür Dalgaları Kuramı

Politik konjonktür dalgaları kuramı; “gelecek seçim tarihinin bilinmesi ekonomik değişkenlerin öngörülmesinde yarar sağlar mı?” sorusu ile şekillenmektedir. Varsayalım ki; X değişkeni politikacının yeniden seçilme için etkile-

---

Tuncer Karamustafaoğlu, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara Ün. SBF Yayını 262, 1970, s.2.

Necmi Gürsakal, “Ülkemizde Seçim Ekonomi Uygulandı mı?” Bakış Sayı: 43, Haziran 1993, s. 27.

Hayati Hazır, Anayasa Hukuku, Selçuk Ün. Yayın No: 83, 1990, s. 159.

mek istediği işsizlik, enflasyon, parasal taban gibi bir değişken olsun. X değişkeninin durağan otoregrasif bir süreç izlemesi durumunda değişken;

$$X_t = B_0 + B_1 X_{t-1} + B_2 D_1 t + E t^4$$

şeklinde ifade edilebilir. Bu denklem  $X_{t-1}$  etkilenmek istenen bir ekonomik değişken iken,  $D/t$  ise seçim yıllarında I ve diğer yıllarda D değerini alan bir kukla değişken E t sıfır ortalamalı geçmişleriyle ilişki içerisinde olmayan bir stastik değişken olduğunda; söz konusu kuram geçerli ise,  $D1 t$  katsayısının örneğin işsizlik ve enflasyon için negatif çıkması beklenir.

Söz konusu kurama göre politikacı, her seçim yılında X değişkeninin maksimum ölçüde etkilemek (artırmak veya azaltmak) isteyecektir. Bu maksimize edici bir davranış biçimidir ve politikacının X değişkeninin yakın geçmişini göz önüne almasını gerektirmez.<sup>5</sup> Ancak politikacılar her zaman maksimum etkilemeye yönelmek yerine değişkenlerin yakın geçmişlerini göz önüne alarak tatmin edici bir davranış biçimine yönelebilirler. Bu noktada kuramın, politikacıların ekonomik değişkenleri, “maksimum” ya da “tatmin edici” ölçülerde etkilenmeye çalıştıklarını varsayan iki ayrı yaklaşım vardır.

### B. Kamu Tercihi Teorisi

Bu teori en kaba hatlarıyla, politika biliminin ekonomik analizi olarak tanımlanmaktadır. Kamu tercihi, politik süreçte alınan karar ve uygulamaların iktisat biliminin kullandığı araç, metod ve varsayımlara dayalı olarak açıklayan bir teoridir. Yani kamu tercihi siyaset biliminin temel konularına ekonomi biliminin araçları ve teknikleri yardımıyla analiz etmektedir<sup>6</sup>.

Kamu tercihi teorisi, üç önemli varsayımdan hareket etmektedir. Metodolojik bireysellik; toplumda bütün ekonomik ve sosyal kararların birey tercihlerine göre belirlenmesi anlamına gelmektedir. Kamu kurumları, kamu teşebbüsleri kısaca devleti oluşturan organların kararları temelde birey tercihlerinin bir sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kamu tercihi teorisine göre bireyler rasyonel ve tutarlı tercihlere sahiptir. Toplumsal tercihlerde özel çıkar aksiyomu geçerlidir. Seçmenlerin fayda maksimizasyonu, siyasi partilerin oy maksimizasyonu, maximand ilkesi olarak adlandırılır.

4 Necmi Gürsakal, a.g.e., s. 27.

5 Necmi Gürsakal, a.g.e., s. 27.

6 Coşkun Can Aktan, Politik İktisat, Ankara, TAKAV Matbaası, 1994, s. 132.

Kamu tercihi teorisinde siyasal karar alma mekanizmasının esasen politik süreçte rol olan kimseler arasındaki bir politik, mübadele olduğu görüşü hakimdir<sup>7</sup>.

### C. Kamu Ekonomisinin Başarısızlığı Teorisi

Kamu tercihi iktisatçıları 1960'lı yılların başlarından itibaren kamu ekonomisinin de piyasa ekonomisi gibi kendi başına optimumu sağlamaktan uzak olduğunu açıklamışlar ve kamu ekonomisinin başarısızlığı teorisini getirmişlerdir.

Kamu ekonomisinin başarısızlık sebeplerinden bir tanesi; rasyonel seçmenlerin bilgisizliğidir. Seçmenler, kamusal mal ve hizmetlerde tercihinde bulunurken bilgisizdirler. Bu bilgisizlik, toplumdaki bireylerin eğitim ve kültür düzeylerinin farklı özellikte olmasından kaynaklanır.

Diğer bir başarısızlık nedeni; rasyonel seçmenlerin ilgisizliğidir. Piyasa ekonomisinde birey, edinmek istediği mal ve hizmetler için derinlemesine araştırma yapmak ihtiyacını duyar. Oysa kamu ekonomisinde bireylerin kamusal mal ve hizmetlere olan tercihleri (talepleri) ile kamusal mal ve hizmetlerin arzı arasında aykırı bir ilişki bulunmadığından, bireyler tercihlerini oylama mekanizması aracılığıyla açıklarken ihmalci ve ilgisiz davranırlar<sup>8</sup>.

Rant Kollama ise kamu ekonomisinin başarısızlığının diğer bir sebebidir. Yasama ve yürütme organının faaliyetleri baskı ve çıkar grupları tarafından optimumdan uzaklaştırılabilir. Baskı ve çıkar grupları, iktidar partisi ve bürokrasi üzerinde lobicilik yaparak bunları kendi çıkarları doğrultusunda etkileyerek rant kollamaya çalışırlar<sup>9</sup>.

Logrolling ise kısaca "oy ticareti" anlamına gelmektedir. Seçim sonrası seçmen tercihlerinin optimumdan uzaklaşmasına neden olur ve logrolling ile siyasi partiler arasında topluma arz edilecek mal ve hizmetler listesi üzerinde bir tür alışveriş yapılır. Seçimden sonra bir milletvekilinin kendi partisinden ayrılarak diğer bir partiye geçmesi olayı da bu çerçevede değerlendirilebilir. Logrolling mekanizması ile siyasal karar alma sürecinde milletvekilleri oylarını maksimize etmek için kendi seçim bölgelerine daha fazla hizmet götürmeye çabalarlar. Bu durum bütçe kaynaklarının bu alanlara kaymasını beraberinde getirmektedir.

Kamu tercihi iktisatçılarına göre, politikacıların amacı, oylarını maksimize edecek, bir diğer deyişle seçilebilmeyi garanti edecek politikaların yürürlüğe konulmasıdır. Bu noktada politikacıların uzun dönemde ekonomiye yararlı olabilecek politikaların yürürlüğe konulması yerine kısa dönemde sonuç alınabilecek

---

Coşkun Can Aktan, a.g.e., s. 134.

Coşkun Can Aktan, a.g.e., s. 137.

Joseph E. Stiglitz, Kamu Kesimi Ekonomisi, Marmara Üniv. İİBF Yayın No: 396, 1994, s. 204.



politikalar yürürlüğe koymayı tercih etmeleri, politik miyopluk<sup>10</sup> olarak adlandırılır. Politik miyopluk kamu ekonomisinin başarısızlığının bir sebebi olarak gösterilmektedir.

Kamu tercihi iktisatçılara göre, politikacıların yeniden seçilebilmeyi garantilemek ve oylarını maksimize etmek için kamu harcamalarını arttırmak ve vergi oranlarını indirmek genel eğilimleri iktisadi sorunların ve ekonomik yapılarıdaki yozlaşmaların temelini oluşturmaktadır. Diğer taraftan ekonomik sorunlar sadece bununla da sınırlı değildir. Seçimi kazanan partiler bu kez suni olarak yarattıkları bu sorunlarla mücadele etmek durumunda kalırlar. Örneğin; enflasyonla mücadele ve bütçe açıklarının kapatılması için seçimin kazanılmasının hemen ardından vergi oranlarını arttırmak, devlet tarafından üretilen mal ve hizmetlerin fiyatına zam yapmak gibi şekillerde ekonomiye müdahalede bulunurlar.

Kamu tercihi literatüründe politik konjonktür hareketleri olarak adlandırılan bu seçim ekonomisi stratejisi, uzun vadede tasarruflar, toplam yatırımlar üzerinde ve sonuçta milli ekonomi üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

Seçim ekonomisinin önemli uygulama araçlarından birisi de kamu harcamaları dolayısıyla kamu yatırımlarıdır. Diğer araçlar arasında ise kamu kredileri, para arzı ve parasal taban zikredilebilir.

## II. KAMU HARCAMALARI

Kamu harcaması, genelde bütçe harcamasıyla sınırlandırılmıştır. Devletin kamu hizmetleri için topladığı vergiler ve sağladığı diğer kaynaklardan bütçe ile ayırdığı bütün ödenekler kamu harcamaları kapsamına girmektedir<sup>11</sup>.

Kamu harcamalarının diğer bir tanımıda kamu tüzel kişilerinin yaptıkları harcamalar şeklinde ortaya konmuştur<sup>12</sup>. Kamu harcamalarının ekonomik tanımı ise; kamu harcamaları başta devlet olmak üzere kamu tüzel kişilerinin ve devredilen yetkilere sahip kuruluşların emretme yetkilerinin uygulanması dolayısıyla yaptıkları harcamalar olarak ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Bu tanıma göre kamu idareleri ve kamu müesseselerinin bütün harcamaları kamu harcaması olarak kabul edilmekte, buna karşılık devletin kendisine yükümlülük ihdas edebilmek yetkisini verdiği kuruluşların harcamaları (hukuki nitelikleri ne olursa olsun) kamu harcaması olarak kabul edilmemektedir.

Kamu harcamaları, kamu hizmetlerinin parasal göstergesidir. Günümüzde belirli amaçlara ulaşabilmek için harcamalara etkin bir mali araç olarak iktisadi

<sup>10</sup> Coşkun Can Aktan, a.g.e., s. 138.

<sup>11</sup> S. Rıdvan Karluk, Türkiye Ekonomisi, Eskişehir: Beta A.Ş. 1995, s. 49.

<sup>12</sup> İlhan Özer, Devlet Maliyesi, Maliye ve G. Bakanlığı APK Yayın No: 277, 1986, s. 10.

<sup>13</sup> Halil Nadaroğlu, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul. Okan Yayıncılık, 1983, s. 138.

ve sosyal bazı sonuçlar yaratmaktadırlar. Bu sonuçlar kamu harcamalarının bazı özelliklerinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kamu harcamalarının iktisadi veya sosyal bazı kriterlere göre sınıflandırılması kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Öncelikle idari sınıflandırmalar, kamu tüzel kişilerinin, özellikle devletin harcamalarının gruplandırılmasını öngörmektedir. Geleneksel olarak harcamalar harcama yapan idari birimlerin esas alınması suretiyle tasnif edilmektedir. Böyle bir tür ayırma organik tasnif adı verilmektedir. Bir diğer ayırimda harcamaların, hizmeti esas almak suretiyle gruplandırılmasını öngörmektedir ki bu da fonksiyonel tasnif olarak tanımlanmaktadır.

Kamu kesiminin, ekonomi içerisindeki büyüklüğü, bir görüşe göre kamu harcamalarıyla ölçülebilir. Bu nedenle kamu kesiminin, ekonomik yapısı ve işleyişi üzerindeki etkisini saptayabilmek için kamu harcamalarının bilimsel bir ayırma tabi tutulması gerekmektedir. Kamu harcamalarının bilimsel ayırımında; reel harcamalar ve transfer harcamaları sözkonusudur. Reel harcamalar devletin tüketim harcamalarıdır. Devlet bu tür harcamalar aracılığıyla, dolaylı ya da dolaysız bir şekilde üretim faktörlerinin mülkiyetine veya kullanma hakkına sahip olmaktadır. Örneğin; devlet maaş ödediği, memurların emeğinden kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için yararlanmak hakkını elde etmektedir. Reel harcamaların ekonomik özelliği, milli gelire dahil bulunmasında, dolayısıyla yeni gelir akımlarının doğmasına sebebiyet vermesindedir<sup>14</sup>. Transfer harcamalarının karakteristik niteliği ise, karşılığında devlete mal hizmet veya faktör verme zorunluluğunun bulunmaması yani karşılıksız olmasıdır. Transfer harcamaları; mal ve hizmetlerin kullanılması için gerekli satın alma gücünü toplumun bir kategorisinden diğerine nakleden devlet harcamaları olarak da tanımlanmaktadır.

Harcamaların sağladıkları faydalar itibariyle tasnif edilmesinde ise; toplumun bütün bireylerine fayda sağlayan harcamalar, sadece bir gruba özel bir yarar sağlanmasına rağmen sonuçta topluma da yararlı olan harcamalar, bütün topluma yararlı olmaya elverişli olduğu halde, uygulamada bir kısım bireylere daha fazla fayda sağlayan harcamalar ve bireylere özel fayda sağlayan harcamalar şeklinde sıralanabilir.

Üretken harcamalar, üretken olmayan harcamalar ayırımında ise; ekonomik potansiyeli arttıran harcamalar üretken, milli kaynakların tüketilmesine neden olan harcamalar ise üretken olmayan harcamalar arasında yer alırlar.

Son olarak kamu harcamaları, cari ve yatırım olmak üzere ikiye ayrılarak da sınıflandırılabilir. Sermaye birikimi ile ilgili harcamalar yatırım harcamaları olarak ifade edilirken, tüketim ile ilgili harcamalar da cari harcamalar şeklinde isimlendirilir. Yatırım harcamaları; makine teçhizat, taşıt alımları ile yapı, tesis

---

14 Halil Nadaroğlu, a.g.e., s. 172.

ve onarım giderlerini kapsayan harcamalardır. Cari harcamalar ise genelde, devletin fonksiyonlarını yerine getirirken katlandığı masraflar olarak düşünülebilir.

### III. SEÇİM EKONOMİSİNİN KARAKTERİSTİK UYGULAMALARI VE KAMU HARCAMALARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Seçim ekonomilerinin önemli uygulamalarından birisi kamu yatırımlarında büyük bir artış yaşanmasıdır<sup>15</sup>. Özellikle belediye çalışmalarıyla, yol, su, elektrik gibi alt yapı yatırımlarının her seçim öncesinde olduğu gibi hız kazandığı tartışılmaz bir gerçektir. Seçim ekonomisine yönelik uygulamalar, özellikle kamu harcamaları açısından şu şekilde sıralanabilir:

- Kamu kesimi personeline yüksek oranla zam uygulamaları ki bu harcamalar içerisinde yer alan cari harcamalar grubunun personel harcamaları bölümünü fazlasıyla şişirecek bir uygulamadır.

- Tarım üreticilerine verilecek kredi imkanlarının artırılması, borçların ertelenmesi, tarım üreticilerine verilecek olan sübvansiyonların artırılması, bütçenin genel hizmetler kalemi harcamaları içerisinde düşünülebilir.

- Başka bir sektör olarak esnaf ve sanatkarlar için düşük faizli kredi sağlanması.

- Belediyelere ek kaynak aktarılarak, mahalli idarelerin kamu harcamalarının artırılması ve temel altyapı çalışmalarının hızlandırılması,

- KİT zamlarının ertelenmesi: Bu şekilde bir uygulama KİT'lere ve devlet işletmelerine transfer olarak düşünülebilir. Transfer harcamaları kapsamında kamu harcamalarını artış yönünde etkileyecektir.

- Seçim dönemlerinde vergi affı konusu sık sık gündeme gelmektedir. Örneğin; Türkiye'de 1991 seçimlerinden önce hükümet geniş kapsamlı bir vergi affını uygulamaya sokmuştur<sup>16</sup>.

Türkiye'nin 24 Aralık 1995 Genel Seçimlerinden önce uygulanan ekonomik politikalarla yakın bir benzerlik gösteren seçim ekonomisine yönelik bu politikalar söz konusu dönemde devlete 130 trilyon liraya mal olmuştur. Kamu işçilerine ek zam kararının verilmesi, memur ve emeklilere, SSK ve Bağ-Kur emeklilerine ek zam yapılması, gübre sübvansiyonundan 20 trilyon TL düşük faizli hayvancılık kredilerinden 18 trilyon TL yük altına giren hükümet % 100'ü aşan faizlerle yapacağı borçlanmayla sağladığı kaynakları yüzde 20 ile çiftçi ve köylüye aktarma yolunu seçmiştir<sup>17</sup>.

15 Ekonomist, "Sanayiden Borsaya Erken Seçim Haberleri", Sayı: 43, 22 Ekim 1995, s. 12.

16 Ekonomist "Seçim Sonrası Alınacak Önlemler" Sayı: 48, 26 Kasım 1995, s. 18.

17 Milliyet, "Hazineden Seçim İsyanı" 28 Ekim 1995 Cumartesi

Türk ekonomisinde 1995 yılı Ağustos ayı itibariyle kamu harcamaları 939.909 milyar TL olarak gerçekleşmiştir. Bunun 293.207 milyar TL'si personel harcamalar, 44.063 TL'si yatırım harcamaları, 35.359 milyar TL'si KİT'lere transfer şeklinde ayrıştırılmaktadır<sup>18</sup>. Beklentiler 1996 bütçesinin seçim giderleriyle artacağı yönündedir. 410 milyar TL olarak açıklanan bütçe açığının beklenen daha fazla olacağı tahmin edilmektedir<sup>19</sup>.

Türk ekonomisinin 1950-1990 yılını kapsayacak şekilde yapılan amprik çalışmalar sonucunda; seçim öncesi ve seçim sonrası olmayan normal yıllara oranla, seçim yıllarında Merkez Bankası kamu kredilerinin daha fazla büyüdüğü ortaya konmuştur. Kamu harcamalarında ise seçim öncesi ve seçim sonrası yıllardaki anlamlı azalmalara karşılık seçim yıllarında anlamlı artışlar gözlenmektedir<sup>20</sup>.

Her parti tabidir ki, yalnız kendi programının doğruluğunu değil, diğer partilerin programlarının yanlışlığını da olanca gücüyle kanıtlamaya çalışacaktır. Ancak gelişmekte olan bir ülke için daha başlangıçta yanlış olan politika, hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, dış açısız ve enflasyonsuz hızlı büyüme hedefi içeren politikalar<sup>21</sup>. Bu ütopyik hedefe bugünkü dünya şartlarında, serbest piyasa düzeni içinde de, yoğun devlet müdahalesiyle ulaşmanın imkansızlığı ortadadır. Genel olarak bir politikanın başarısına veya başarısızlığına neden olan yanlışlar aslında politikadan değil uygulamada kullanılan tekniklerden kaynaklanır. Bu nedenle tüm dünyada politikalar, politik düzeyde tartışılıp bir türlü kesin sonuca varılmazken, teknikler teknik düzeyde tartışılıp yanlışlar düzeltilerek olumlu sonuçlar elde edilebilmektedir.

#### IV. SONUÇ

Seçim, kamu siyasetini yürütecek olan kamu iktidarlarını kurarken, diğer taraftan bir çeşit hesap sorma, sorumlu tutma işlemidir. Zira seçim, siyasal iktidarı halkın kontrolüne tabi kılan ve dolayısıyla yönetenleri, yönetilenlere karşı dikkatli olmaya sevkeden bir yöntemdir. Seçim ekonomisi, gelecek seçim tarihinin belirginleşmesiyle birlikte, kamu harcamaları kamu yatırımları, kamu kredileri, para arzı gibi ekonomik büyüklüklerin, seçim kazanma amacına yönelik olarak kamu otoritesi tarafından genişletilmesidir.

İktisat kuramında seçim ekonomisi kavramı, politik konjonktür kuramı ile ifade edilmektedir. Bu kuram gelecek seçim tarihinin bilinmesi ekonomik değişkenlerin öngörülmesine yarar sağlar mı? sorusu ile şekillenmektedir. Kurama

---

8 Kerem Alkin, "Qua Vadis?", Finans, Ekim 1995, Sayı: 70, s. 69.

9 Milliyet, "Ekonomi Seçim Kokmaya Başladı" 20 Ekim 1995.

0 Necmi Gürsakal, a.g.e., s. 29.

1 Erdoğan Alkin, "Seçime Doğru Politika" Banka ve Ek. Yorumlar, Ağustos, 1991, Sayı: 8, s. 20.

göre politikacı, her seçim yılında X değişkeninin maksimum ölçüde etkilemek isteyecektir. Kamu tercihi teorisi ise, politika biliminin ekonomik analizi olarak tanımlanmaktadır. Üç önemli varsayımdan hareketle politik süreçte alınan karar ve uygulamaları iktisat biliminin kullandığı araç ve metodlarla açıklamaya çalışır. Bu üç varsayım metodolojik bireysellik, maximand ilkesi ve politik mübadele yaklaşımıdır.

Kamu ekonomisinin başarısızlığı teorisi kamu ekonomisinde piyasa ekonomisi gibi kendi başına optimumu sağlamaktan uzak olduğu düşüncesine dayanır. Kamu ekonomisinin başarısız olmasının sebepleri ise rasyonel seçmenlerin bilgisizliğine, rasyonel seçmenlerin ilgisizliğine, rant kollamaya, oy ticaretine, politik miyopluga, ekonomik yozlaşmaya bağlanmaktadır.

Kamu tercihi literatüründe politik konjonktür hareketleri olarak adlandırılan seçim ekonomisi stratejisi, uzun vadede toplam tasarruflar, toplam yatırımlar üzerinde ve sonuçta ekonomisinin bütünü üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

Seçim ekonomisinin önemli uygulama araçlarından birisi de kamu harcamaları ve kamu yatırımlarıdır. Kamu harcamaları, başta devlet olmak üzere kamu tüzel kişilerinin ve devredilen yetkilere sahip kuruluşların emretme yetkilerinin uygulanması dolayısıyla yaptıkları harcamalar olarak tanımlanmaktadır. Kamu harcamaları çok değişik şekillerde sınıflandırılabilir. Bilimsel açıdan yapılan ayırım ise reel harcamalar transferler harcamaları ayırımıdır.

Seçim ekonomisine yönelik uygulamalar; kamu kesimi personeline yüksek oranlı zam uygulamaları, sübvansiyonlar ve düşük oranlı tarımsal krediler, mahalli idarelere ek kaynak aktarılması, KİT zamlarının ertelenmesi, vergi oranlarının yeniden düzenlenmesi ve vergi affı şeklinde ortaya konabilir.

Ülkemizde 1950-1990 yılını kapsayan amprik çalışmalar, normal yıllara oranla seçim yıllarında kamu harcamalarında anlamlı artışlar görüldüğünü ortaya koymaktadır.



# TEZ ÖZETLERİ





## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE VE TÜRK ANAYASASINDA İFADE HÜRRİYETİNİN KORUNMASI \*

Dr. Reyhan SUNAY\*\*

### I-GİRİŞ

Çoğu hürriyetin kullanımında temel araç fonksiyonu gören ifade hürriyetinin, hürriyet problemi içindeki farklı konumu, onu sadece iç hukukun değil, uluslararası hukukun da üzerinde titizlikle durulan bir konusu haline getirmiş bulunmaktadır. Uluslararası alandaki koruma sistemleri arasında ağırlıklı bir yer teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde ifade hürriyetiyle ilgili esaslar düzenlenmiştir. Fakat ifade hürriyeti konusundaki temel esaslar hukuken bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olan Divan içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulmaktadır. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokolden (1)önceki dönemde mevcut koruma mekanizmasına Komisyon da dahil olduğundan bu organın karar ve içtihatları da sözüedilen süreçte önemli bir fonksiyon icra etmiştir.

İfade hürriyetine ilişkin Sözleşme esaslarının hemen hemen aynı hükümlerle Türk Anayasasında da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Fakat normatif alandaki benzerliğe karşılık, yargısal planda ve uygulamada bazı farklılıklar sözkonusudur. Normatif alandaki düzenlemelerin varlığı hiç şüphesiz önem arz etmekle beraber, ifade hürriyetinin çoğulculuk esasına dayanan demokrasinin temel bir unsuru olduğu düşünüldüğünde, güvencenin tam anlamıyla sağlanabilmesi bakımından, yalnızca normatif kuralların varlığı ile yetinilemeyeceği de bir gerçektir. Nitekim bu hürriyetten herkesin yararlanabilmesinin birey ile devletin karşılıklı konumlarına, Anayasaya hakim olan felsefeye ve yargı organlarının tutumlarına bağlı oluşu da, sözkonusu hürriyetin güvencesinin sadece şekil sorununun ibaret bir konu olmadığını ortaya koymaktadır.

Şekil yanında özün de önemli olduğunu gösteren bu yaklaşım ışığında ifade hürriyetinin, her iki sistem açısından benzer ve farklı yönleriyle incelenmesi,

\* Bu çalışma S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve 28.9.1999 tarihinde savunulan "(Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları konulu Doktora tezinin özetidir.

\*\* Dr., S.Ü.H.F. Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) 11 Nolu Protokol Komisyon ve Divan ayrımına son vermekte, bunun yerine sürekli çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi-Divanı kurmaktadır. Yapılan değişikliğe göre, şikayet başvuruları sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sonuçlandırılacaktır. Ayrıca bireysel başvuru hakkının sürekliliği kabul edilmekte, sözkonusu hakkın bir devlet tarafından geri alınması da, ancak Sözleşmeden çıkılması ve bunun da 6 ay önceden ihtarına bağlı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A., "11 Nolu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ", Yeni Türkiye, sy. 22, y. 4, 1998, s. 1274-1276.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

tartışılması ve çeşitli problemlerin ortaya konulması, esas inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

### II- İFADE HÜRRİYETİNİN GENEL KAPSAMI

Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, bir fikrin sadece dışa vurulması a-nyla sınırlı görülmemen, o fikre ve bilgiye ulaşma fırsatı ve serbestisi ile birlikte düşünülen bir hürriyet konumundadır. Nitekim 10. maddede, ifade hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini kapsadığı belirtilerek bu temel unsura işaret edilmektedir<sup>(2)</sup>. Bunun dışında ifade hürriyetinin, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini de içerdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme sisteminde ifade hürriyetinin, düşüncelerin serbestçe oluşumu da dahil olmak üzere kanaat hürriyetinden açıklama hürriyetine uzanan geniş bir süreç şeklinde algılanması sözkonusu olmaktadır.

Anayasa yönünden ifade hürriyetinin böylesine geniş kapsamlı olarak ele alındığı yorumunu yapabilmemizin, Anayasa koyucunun görüşleri esas alındığında mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Anayasada, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ayrı maddelerde düzenlenmiş olup, kanaat hürriyetinin düzenlediği 25. madde gerekçesinde, 1961 Anayasası döneminde verilmiş olan içtihadın<sup>(3)</sup> etkisinde kalınarak, her iki hürriyetin birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte nitelikleri ve sonuçları bakımından farklılık arzettiği ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte sözüedilen duruma yine Anayasa Mahkemesinin 1990/8 sayılı kararıyla, oldukça farklı bir muhtava kazandırılmış olduğu da görülmektedir. İlgili kararında Mahkeme, düşüncelerin serbestçe oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirtmiş ve düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir<sup>(4)</sup>. Mahkeme bu yöndeki yorumu ile, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadından ayrılarak, düşüncelerin tek yönlü

---

Ayrıca Sözleşmede haber alma ve vermenin ülke sınırları sözkonusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmektedir. Böylelikle ifade hürriyetinin kapsamı genişlemekte ve uluslararası bir boyut kazanmaktadır. İlgili kararlar için bkz. Groppera Radio AG vd. / İSVİÇRE, Series A. No. 173, 28.3.1990 ve Autronic AG/ İSVİÇRE, Series A. No.178, 22.5.1990, nakl. JACOBS, Francis G./ WHITE Robin C. A., The European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1996, s. 230-231.

Anayasa Mahkemesi bu dönemde, düşünce ve açıklama hürriyetleri tek maddede düzenlenmiş olmalarına rağmen, ifade hürriyetini iki aşamalı bir hukuk süreci olarak algıladığını açıklamıştır. Mahkemeye göre, düşünce ve kanaat hürriyeti iç hürriyet olarak kaldığı sürece mutlak ve sınırsızdır, kişinin iç alemi kişiyi ilgilendiren bir alan olduğundan, bu alana yönelik herhangi bir kanuni müdahale sözkonusu olamaz. Buna karşılık düşünce hürriyeti toplum hayatını ilgilendirdiği (sözle, yazıyla vs. ifade edildiği) andan itibaren hukukun ilgi alanına girecek ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, KT. 8.4.1963, AMKD, sy.1, s. 199; E. 1963/17, K. 1963/84, KT. 8.4.1963, AMKD, sy.1, s.216.

E. 1989/9, K. 1990/8, KT. 18.5.1990, RG.26.7.1990, sy.20586,s.28.

etkilemelerle kişinin iç dünyasında da yönlendirilebileceklerini ve bu sebeple mutlak ve sınırsız olmadıklarını kabul etmiş olmaktadır. İfade hürriyetinin asıl anlamını kazanabilmesi de gerçekte onun bütün unsurlarıyla birlikte ele alınıp yorumlanmasına bağlı bulunmaktadır<sup>(5)</sup>.

Normatif açıdan değerlendirildiğinde Sözleşme sisteminde de esas itibariyle düşünce, din ve vicdan hürriyetlerinin, ifade hürriyetinin yer aldığı 10. maddeden ayrı olarak düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Fakat uygulamada bu maddelerin birbirleriyle bağlantılı olarak yorumlanmaları sözkonusudur. Düşünce, vicdan ve din hürriyetlerinin düzenlendiği 9. maddeye yönelik başvuruların genellikle din hürriyeti üzerinde yoğunlaştığı görülmekle beraber; din, inanç ya da düşünceler açıklandığında bu açıklamalar ifade hürriyetinin genel olarak düzenlendiği 10. madde çerçevesinde değerlendirilmektedirler<sup>(6)</sup>.

İki hürriyet arasında gözetilen bu sıkı bağlılık, Sözleşme organlarının kararlarında iki temel unsurun önemle vurgulanmasına yol açmıştır. Bunlardan ilki olan bilgiye ulaşma serbestisi Sözleşme sisteminde, demokratik yönetimin işlemesindeki etkisinden dolayı temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Ancak 10. madde ile her ne kadar sadece genel bilgi kaynaklarına ulaşmanın garanti edildiği, fakat genel bir ulaşılabilirliğin kastedilmediği belirtilmekte ise de<sup>(7)</sup>, yetkili makamlar tarafından bilgi verilmesinin reddedilmesi halinde mücadele edilebilecek elverişli bir hukuk yolunun hükümetçe sağlanması gereğine işaret edilmeside<sup>(8)</sup>, sözkonusu hakkın ifade hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Türkiye’de bu alanı düzenleyen genel bir kanunun varlığından sözedilemez. Fakat genel bir kanunun yokluğu şüphesiz bilgi edinmenin Anayasal bir hak olarak savunulmasının imkansız olduğu anlamına da gelmemektedir. Örneğin 74. maddede yer alan dilekçe hakkının bu konuda vatandaşlar lehine önemli bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilir. Aynı şekilde ifade hürriyetinin düzenlendiği 26. maddeden Sözleşme sisteminde olduğu gibi, genel bilgi kaynaklarına ulaşma hakkının garanti edildiği sonucu da çıkarılabilir. Bununla bir-

<sup>(5)</sup> Bu konuda bkz. KUZU, Burhan, “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK. md. 8)”, 21. Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları, Haz. Mustafa E. Erkal/Şahin Ceylanlı, İstanbul 1996, s. 33-34; TANÖR, Bülent, Siyasal Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 23 vd.

<sup>(6)</sup> Anlamı ve muhtevası daha geniş olan 10. maddenin *lex generalis* nitelikte yorumlanması konusunda bkz. Ezelin/FRANSA, Series A. No.202, 26.4.1991, EHRR, Vol. 14,1992, s. 362; Ayrıca bkz. CLEMENTS, Luke, European Human Rights Taking a Case Under the Convention, Sweet and Maxwell, London 1994, s. 172.

<sup>(7)</sup> Bkz. Leander/İSVEÇ, Seris A.No. 116, 26.3.1987, nakl. MERRILLS, J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Second Edition, Manchester University Press 1993, s.131-132.

<sup>(8)</sup> Gaskin/İNGİLTERE, Series A. No.160, 7.7.1989, nakl. MERRILLS, s. 104,106.

likte bilgi edinme hakkının özellikle bu ikinci dayanağı yönünden, gerçek anlamda kullanılabilmesinin ifade hürriyetinin meşru sınırlama sebeplerine verilecek anlamlardan ve Anayasanın temel felsefesinden bağımsız olarak ele alınmayacağını da belirtmek gerekir. Fakat Anayasal dayanağın varlığına rağmen, bilgi edinmenin temel hak niteliği konusunda yargı organları düzeyinde yeterli bir kabulün bulunmayışı ifade hürriyetinin kullanım serbestisini büyük ölçüde olumsuz etkileyen bir faktör olmaktadır.

Sözleşme organlarının kararlarında, ifade hürriyetinin kapsamı ile ilgili olarak, önemi vurgulanan ikinci temel unsur ise kanaat hürriyeti oluşturmaktadır. “Açıklamaya zorlanmama” güvencesinden dolayı konuşmama hürriyeti olarak da nitelendirilen kanaat hürriyeti özü itibarıyla, kişinin inandığı şeyleri açıklamama ya da inanmadığı şeyleri söylememe hakkını kapsamaktadır. Ayrıca kişinin bildiği bir şeyi söylemekten kaçınabilmesi de konuşmama hürriyetinin farklı görünümleri arasında yer almaktadır<sup>(9)</sup>.

Sözleşme hakları kişiyi, kamu makamları önünde inandığı veya inanmadığı düşünce, kanaat ve inançları (dini, siyasi vs.) itiraf etmeye zorlanmasına karşı korumaktadırlar. Dolayısıyla bu hakların ihlali devletin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmesi anlamına gelecektir<sup>(10)</sup>. Çünkü fikir ve inançların öğrenilmesi çabaları bireylerin kanaatlerine göre işlem yapılmasıyla sonuçlandırıldığı ya da farklı bir inanca sahip olmak, baskıya uğramaya ya da düşmanlık görmeye sebep olduğu takdirde, seçme ve tercih yapmayı ifade eden kanaat hürriyeti de gerçek anlamını yitirecektir<sup>(11)</sup>.

Belirtilen sonuçları dikkate alındığında, zihin içinde geçen bir olay olmakla birlikte kanaat hürriyetinin asıl önemli yanının, dış dünyayı ilgilendiren boyutu olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle hiç kimsenin kanaatleri nedeniyle kaygı duymaması ve bunları itiraf etmeye zorlanmaması kişilere, bir fikre sahip olmanın muhtemel sonuçlarına karşı önemli bir güvence sağlamaktadır<sup>(12)</sup>. Bu özelliklere sahip olan ve ifade hürriyetinin önemli bir parçası durumundaki kanaat hürriyeti esas itibarıyla kamu görevlileri dahil herkes için geçerli bulunmaktadır. Ancak Sözleşme uygulamasında, özellikle kamu görevlilerinin bu alandaki güvenceleri konusunda Divanın her zaman aynı görüşleri ifade ettiğini söylemek de mümkün değildir. Nitekim Divan ilk olarak, Komünist Partisinden ayrıldıkları ve Nazi rejimini ve üstün ırk fikrini savunan bir kitap yayınladıkları için Alman

(9) Bkz. GELLHORN, Walter, Amerikan Hakları, Çev. Ünsal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Ankara 1965, s.88 vd.; HARRIS, D.J./O'BOYLE, M./WARBRICK C., Law of the European Convention on Human Rights, Butter Worths, London 1995, s.372-373,379.

(10) Bkz. SELÇUK, Sami, “Düşün Özgürlüğü”, Yeni Türkiye, sy. 17, y. 3, 1997, s. 238.

(11) GELLHORN, s. 92.

(12) Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 379; KABOĞLU, İbrahim Ö., “Düşünce Özgürlüğü Avrupa Ölçütleri ve Türkiye”, İnsan Hakları Yılı, c. 15, 1993, s. 47.

Anayasa düzenine sadakat şartını yerine getirmedikleri gerekçesiyle, aday memurluk statülerine son verilen Kosiek ve Glasenapp'la ilgili başvuruları Sözleşmeye aykırılığın bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Somut olayda Divan, kamu görevine girişte istenen sadakat mecburiyetinin kanaat hürriyetini zedelediği değerlendirmesinde bulunarak, buradaki asıl sorunun kamu görevine girme ve bu görevde kalma hakkı olduğunu açıklamıştır<sup>(13)</sup>. Buna karşılık yine Almanya ile ilgili olan bir başka başvuruda Divan daha farklı bir değerlendirmede bulunarak, Alman Komünist Partisindeki faaliyetlerinden dolayı bir memurun Anayasaya sadakat görevini çiğnemiş sayılmasını ve bu sebeple işten atılmasını ifade hürriyetinin ihlali olarak yorumlanmıştır. Divana göre ilgili kişi, siyasal etkinliklerini okula taşımadığı gibi, Alman Komünist Partisi Anayasa Mahkemesi tarafından da yasaklanmamıştır. Divan, yalnızca memurluk görevinin yerine getirilmesinin, bu şartlarda devletin iddia ettiği türden bir güvenlik riski taşıyamayacağını belirtmiştir<sup>(14)</sup>.

Memurlara ilişkin sadakat ödevi Anayasanın 129. maddesinde de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Fakat Anayasaya sadakatin belli bir ölçüsünün olup olmayacağı ya da belli kanaat ve inançların bu konuda ölçü olarak değerlendirilmesinin doğruluğu gerçekte tartışmaya açık bir konudur. Öte yandan böylesine genel ve yaygın bir kuralın Anayasada ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı da ileri sürülebilir. Ancak Anayasanın toplumsal ve siyasal hayata yönelik tercihleri bulunduğu dikkate alınırsa, buradaki sadakatin kurallara uymanın ötesinde, kuralların dayandığı ilke ve anlayışlara uygun davranma anlamını taşıyacağı da açıktır. Bu durumda Anayasa ya da kanunların felsefesi (özü) sadakat ödevinin çerçevesini oluşturacaktır<sup>(15)</sup>. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde tercihlerin belirli yönde olması öngörüldüğünden sadakat ödevinin, memurları diğer vatandaşlardan daha fazla sınırlandıracağı da bir gerçektir<sup>(16)</sup>.

Bireylerin fikir ve inançlarının öğrenilmesinde her şeyden önce devletin herhangi bir yararının bulunup bulunmadığı haklı olarak tartışılabilir. Nitekim dini inançların öğrenilmesi çerçevesinde böyle bir tartışma Anayasa Mahkemesi-

(13) Kosiek/ALMANYA, Series A. No. 105, 28.6.1986, nakl. CLEMENTS, s. 178-179; Glasenapp /ALMANYA, Series A. No. 104, 28.8.1986, nakl. JANIS, Mark W. / KAY, Richard S. / BRADLEY, Anthony W., European Human Rights Law Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 218.

(14) Bkz. Vogt / ALMANYA. Series A. No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 236-239.

(15) AKILLIOĞLU, Tekin, "Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, Haz. Mesut Gülmez, TODAİE Yayınları, Ankara 1992,, s. 31; Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın felsefesinin ne olduğuna yönelik açıklamaları konusunda bkz. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, sy. 20, s. 364; E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, sy. 25, s. 158.

(16) AKILLIOĞLU, s. 30-31.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

nin önüne gelen iki ayrı davada sözkonusu olmuştur. Nüfus Kanununun, din kaydı ile ilgili maddesinin Anayasa aykırılığının ileri sürüldüğü ilk davada Mahkeme, din kaydının bireye özgü bilgilerden olduğu, ulusun demografik yapısının bilinmesinde devlet açısından kamu yararının bulunduğu görüşünü açıklamıştır. Mahkemeye göre, Nüfus Kanunu demografik bilgi olarak seçilen dinin kütükte yer almasını öngörmekte, bireyi açıklamaya zorlamamaktadır<sup>(17)</sup>.

Anayasa Mahkemesi çok kısa bir süre sonra verdiği ikinci kararında ise daha farklı bir yorumda bulunarak, CMUK' nun "Tanığa tanıklığından önce dini sorulur" hükmündeki "dini" sözcüğünün Anayasanın laiklik ve vicdan hürriyetini düzenleyen maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Dinin, kanuni düzenlemelerde kaynak olamayacağı ve kamusal ilişkilerde belirleyici rol oynaması ihtimaline yol açılmayacağı hususlarına dayanan Mahkeme sonuç itibarıyla dinin, kişilerin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olduğu ve kişilerin dinlerini açıklamaya zorlanamayacakları görüşünü ileri sürmüştür<sup>(18)</sup>.

Sözkonusu kararların öncelikle, Mahkemenin din ve devletin karşılıklı konumlarına ilişkin farklı tutumlarını yansıtmaları yönünden bir anlam taşıdıklarına şüphe bulunmamaktadır. Fakat birbirinden oldukça farklı mahiyetteki bu kararlar aynı zamanda, ifade hürriyetinin ikinci boyutunu teşkil eden kanaat hürriyetine ilişkin normatif güvencelerin uygulamada nasıl bir fonksiyon ifa ettiklerini göstermeleri bakımından da ayrı bir anlam taşımaktadırlar.

Buraya kadar sözüedilen bilgiye ulaşma serbestisi ve kanaat hürriyeti dışında ifade hürriyetinin üçüncü boyutunda ise kişinin edindiği bilgiler arasından yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesi hürriyeti bulunmaktadır. Fikirlerin açıklanabilmesi hürriyeti olarak da adlandırılan bu serbesti, seçme işlevi ile tespit edilen hedeflere ulaşmak için çeşitli faaliyetlerde bulunabilme anlamına gelmektedir. Sözkonusu faaliyetler Anayasa ve Sözleşme hükümlerine göre sözle, yazıyla ya da başka vasıtalarla tek başına veya toplu olarak yapılabilecektir. Ancak bu hükümlerin gerçek değerini, ifade hürriyetinin fonksiyonel konumundan ve ona her iki sistem çerçevesinde nasıl bir anlam yüklediği hususundan bağımsız olarak tespit edebilmek mümkün bulunmamaktadır ve bu konu öneminden dolayı ayrı bir başlık altında incelenecektir.

### III- İFADE HÜRRIYETİNİN ANLAMİ VE FONKSİYONU

Sözleşme uygulamasında ifade hürriyetinin fonksiyonu ve anlamı konusundaki genel yorum 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 şeklinde-

(17) E. 1995/17, K. 1995/16, KT. 21.6.1995, AMKD, sy. 31, c. 2, s. 545-548.

(18) E. 1995/25, K. 1996/5, KT. 2.2.1996, AMKD, sy. 32, c. 2, s. 558-560.

dir. Divan, ifade hürriyetini böyle yorumlamının, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin bir gereği olduğunu açıklamaktadır<sup>(19)</sup>. Basın hürriyeti ile ilgili olarak yapılan bu yorum benzer şekillerde, ifade hürriyetin çeşitli kullanım şekilleri açısından da tekrarlanmaktadır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti ile ilgili bir davada Divan, ifade hürriyetinin fonksiyonuna ilişkin olarak, resmi görüşe ve statükoya karşı olan görüşlerin de kendilerine siyasi arenada yer bulabilecekleri yorumunu yapmaktadır<sup>(20)</sup>. Öte yandan Türkiye ile ilgili Sosyalist Parti ve Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararlarında, partilerin demokratik çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak çoğunluğa ters gelen görüşleri de savunabilecekleri ve bunları parti programlarında belirtmek suretiyle halkın onayına sunabilecekleri ileri sürülmektedir<sup>(21)</sup>.

Yapılan değerlendirmelerden ifade hürriyetinin öncelikle bilgi ve fikirlerin karşılıklı değişimine imkan sağlayan bir araç olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır<sup>(22)</sup>. Ayrıca fikir ve görüşlerin serbest kamuoyu rejimini yaratıcı ve geliştirici özelliklerine işaret edilerek tüm kullanım şekilleri açısından sözkonusu hürriyetin, muhalefet hürriyeti olarak değerlendirilmiş olduğu görülmektedir. İfade hürriyetinin böyle değerlendirilmesi ise herşeyden önce kişilerin, Anayasa koyucu gibi düşünmek zorunda olmadıkları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla sadece kurulu düzene uygun olan ifadeler değil, hoş gitmeyen, düzeni sarsabilecek nitelikteki ifadeler de ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmektedirler.

Türk yargı organları arasında ifade hürriyetinin bu anlamda yorumlandığı karar, alt derece Mahkemesine intikal eden bir davada verilmiştir. Basın hürriyetiyle ilgili olan bu davada Mahkeme, ifade hürriyetinin çoğunluğun inandığı ve iktidarı kullananların dile getirdiği görüşlerin açıklanabilmesiyle sınırlı olmadığını, bunlardan farklı ve bunlara zıt görüş ve düşüncelerin de açıklanabilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir<sup>(23)</sup>. Bunun dışında ise Danıştay, devlet dairesinde müdür olarak çalışan birinin, yakınlarına gönderdiği yılbaşı katında dile getirdiği görüşlerinden dolayı, görevinden alınıp başka bir yere tayin edilmesi ile ilgili davada, açık ve somut bir kışkırtma ya da suça iteleme niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesinin, demokratik toplumun temel

(19) Handyside / İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134; Jersild / DANİMARKA, Series A. No. 298, 23.9.1994, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 25; Oberschlick / AVUSTURYA, Series, A. No. 204, 23.5.1991, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 421.

(20) Piermont / FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

(21) 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.

(22) Bkz. MERRILLS, s. 135.

(23) Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, KT. 20.1.1997, Milliyet, 21.1.1997.

ilkelerinde biri olduğunu ve somut olayın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini açıklamıştır<sup>(24)</sup>.

Sözüdedilen örnekler dışında Türk hukuk uygulamasında ifade hürriyetinin, muhalefet hürriyeti anlamına geldiğini gösteren açık ve belirgin nitelikte genel bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Anayasa ve Sözleşme uygulamasındaki bu farklılığın öncelikle her iki belgeye hakim olan felsefe ve ifade hürriyeti alanında benimsenen tercihlerle bağlantısı olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesinde esas itibarıyla Yüksek Sözleşmeci taraflarla ilgili olarak, "... yetki alanlarındaki herkes için bu Sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hak ve hürriyetleri tanırlar" hükmü yer almaktadır. Burada "tanımayı üstlenirler" ibaresi yerine, "tanırlar" ibaresinin kullanılması, Sözleşmenin asıl amacının gerçekte, taraf devletlerin ülkelerindeki herkese Sözleşmede öngörülen hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya tanımak olduğunu ortaya koymaktadır<sup>(25)</sup>. Ayrıca hakların meşru sayılan sınırlarının bulunduğu ve onların görev ve sorumluluk içerdiği belirtilmekte, buna karşılık diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti ihlal edilen herkesin denetim mekanizması aracılığıyla ihlalin giderilmesini talep edebileceği öngörülmektedir. Öte yandan Sözleşmenin Avrupa ülkeleri arasında insan haklarına dayalı ortak kamu düzeni anlayışını kuran bir belge niteliğinde bulunuşu<sup>(26)</sup> ve genel olarak Sözleşmenin değişen sosyal şartlara göre yorumlanması ve yorumda ağırlıklı olarak amaçsal, gelişmeci yorum tekniğinin tercih edilmesi de hürriyetlerin kapsamını bir hayli genişletmektedir<sup>(27)</sup>. Böylelikle genel olarak insan haklarının ve özel olarak da ifade hürriyetinin, iktidarın gücünü sınırlayan ve onun davranışlarına yön veren özelliği gözardı edilmemekte, otorite ile hürriyet arasındaki denge korunmaktadır.

Otorite ile hürriyet arasındaki dengenin korunabilmesi, daha somut olarak insan haklarının devlete karşı öne sürülebilmesi; öncelikle benimsenen hak anlayışı ve devlet ile bireyin karşılıklı konumlarına ilişkin tercihlerin niteliği ile bağ-

<sup>24)</sup> D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, DD, sy. 84-85, s. 321.

<sup>25)</sup> Bkz. FAWCETT, J.E.S., The Application of the European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1987, s.3; Ayrıca bu maddenin devletin objektif koruyucu yükümlülüğünü (hakların herkes için güvence altına alınmasını ve geçerli kılınmasını) gerektirdiğine ilişkin karar için bkz. Airey/IRLANDA, Series A. No. 32, 9.10.1972, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19-20.

<sup>26)</sup> Bkz. SALCEDO, J. Antonio Carrillo, "The Place of the European Convention in International Law", MACDONALD, R. St. J. /MATSCHER, F./PETZOLD, H.(eds.), The European System for the Protection on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s.15-17; Divanın görüşü için bkz. Sosyalist Parti vd. / Türkiye, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s.27 vd.; Ayrıca bkz. BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.2.

<sup>27)</sup> Bkz. MERRILLS, s. 69 vd.; 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. 305 vd.



lantılı bir husustur. Hak anlayışı konusunda Anayasanın 12. maddesinde esas itibarıyla herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu maddeden hürriyetten yana bir ilke çıkarmanın mümkün olduğu ileri sürülebilir. Ancak Başlangıçta yer alan, “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak” ve “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” şeklindeki ibareler, demokrasi ve insan hakları konularının Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmış olduğunu ortaya koymaktadırlar<sup>(28)</sup>.

Öte yandan yine Başlangıçta yer alan ve otorite lehine tercih yapıldığının en açık kanıtlarından biri olan “Kutsal Türk Devleti” ibaresindeki “Kutsal” sözcüğünün, 23.7.1995 günlü 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle çıkarılması, insan haklarının konumu açısından olumlu bir adım olmakla birlikte, pozitif metin düzeyinde gerçekleşen bu değişikliğin aynı ölçüde uygulamaya yansıdığını söylemek mümkün bulunmamaktadır. Her ne kadar bu süreçte bazı olumlu değişikliklerin yapıldığı, (dernek, vakıf, sendika hürriyetlerine yönelik siyasi faaliyet yasaklarının kaldırılması vb.) belirtilebilirse de; siyasi katılma kanallarını açıcı nitelikteki bu değişikliklerin gerçekte, insan hakları ve hukuk devleti anlayışı yansıtan tedbirlerle desteklenmedikleri görülmektedir<sup>(29)</sup>.

Bu genel nitelikteki tercihlerin yanında, ifade hürriyetine yüklenen anlam ve fonksiyon konusundaki bilgi verici en somut hükmün ise, Başlangıcın 5. Paragrafında yer alan, “hiçbir düşünce ve mülahazanın ... karşısında korunma göremeyeceği” şeklindeki hüküm olduğu görülmektedir<sup>(30)</sup>. Böyle bir hükmün ifade hürriyeti açısından uygulamaya yansıyan olumsuz sonucu, çoğulcülüğün gerçekleşmemesi olmaktadır. Çünkü herhangi bir ideolojik tercihin resmileştirilmesi ve koruma altına alınması bireylerin, kültürel, siyasal bütün faaliyetlerinin belli bir kalıba sokulmak istenmesi anlamına gelmektedir<sup>(31)</sup>.

Sözüedilen anlayış maddeler düzeyinde ve ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekilleri açısından ele alındığında ise örneğin, 68/4. maddeye göre, tüzük ve programında Başlangıçta belirtilen temel ilkelerin algılanış şeklini sorgulayan, farklı bir görüş ya da öneri sunan bir parti temelli kapatılabilecektir. Ayrıca aynı nitelikteki fikirler süreli yayın aracılığıyla ifade edilmişse o yayın 28. maddeye

<sup>(28)</sup> Bkz. TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, c.1, 2. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1991, s. 255.

<sup>(29)</sup> Bkz. ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara 1995, s. 111-113.

<sup>(30)</sup> Başlangıç hükümleriyle resmi ideolojinin ortaya konulduğu hususunda bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı c. 7, Ankara 1990, s. 67; ERDOĞAN, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 132-135.

<sup>(31)</sup> Bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s. 58-59.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

göre yasaklanabilecek, 34. maddenin 4. fıkrasına göre de aynı sebepler, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanmasına ve ertelenmesine neden olabilecektir. Yine 27/2. maddede bilim ve sanat hürriyetinin 1., 2. ve 3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasanın Başlangıç hükümleriyle birlikte sözüedilen madde hükümleri ifade hürriyeti konusundaki yasak alanı oluşturmaktadırlar. Bunun anlamı, belirtilen hükümlerde geçen kavramların şu veya bu tarzdaki algılanış şekillerinin dışında kalan farklı görüş açıklamalarının, ciddi ve somut bir zarar, önlenemez ve kaçınılmaz bir tehlike, maddi düzenin bozulması gibi herhangi bir etki meydana getirip getirmediklerine bakılmaksızın salt o nitelikte olmaları nedeniyle suç sayılıp cezalandırılmalarıdır.

Böyle bir sonuç belirtilen madde hükümleri yanında esasen, hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağını öngören 14. madde açısından da ortaya çıkmaktadır. Benzer nitelikteki bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesinde de bulunmakla birlikte, bu maddede hürriyetleri yok etme yasağı gerçekte bireyler yanında devlete de getirilmekte ve devletin, Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri, ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerin dışına çıkarak sınırlayamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla 17. madde bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, Sözleşmenin sınırlama öngören hükümleriyle birlikte uygulanmaktadır<sup>(32)</sup>. Buna karşılık 14. maddede her şeyden önce kötüye kullanma teriminin anlamı gözardı edilmekte ve hak kullanımının fiilen ve doğrudan doğruya başkalarının haklarına zarar verip vermediğine bakılmamaktadır. 14. maddeye göre, yalnızca yanlış olduğu tespit edilen amaçları gütmek hakların kötüye kullanılmış sayılmaları için yeterli olmakta ve bu yönüyle madde genel ve soyut nitelikli bir yasaklamaya sebebiyet vermektedir<sup>(33)</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalar esas itibarıyla demokratik rejimlerde geçerli olan, “hürriyetin asıl sınırlamanın istisna olması” ilkesinin, ifade hürriyetinin Anayasada belirtilen çeşitli kullanım şekilleri açısından tersine çevrilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, genel olarak ifade hürriyetinin ayrıcalıklı konumunu zedelediği gibi, demokratik yönetim fikri ile olan bağlantısı düşünüldüğünde muhalefet hürriyeti olarak beliren asıl fonksiyonunu görebilmesini de engellemektedir.

#### IV- İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI

Anayasa ve Sözleşme uyarınca kişilere istedikleri fikirleri açıklama ve yayma hakları mutlak bir şekilde verilmiş olmayıp, belirli sebeplerin varlığı ha-

(32) Bkz. CLEMENTS, s. 179-180; Van DIJK, P. / Van HOOFF, G. J. H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law International, Dordrecht 1998, s. 750-751.

(33) Bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s. 199-200; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 93.

linde bu hürriyetin sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Fakat ifade hürriyetinin sınırlanabileceğinin kabul edilmiş olması, sınırlama konusundaki tartışmaları sona erdirmemekte aksine; sınırlamanın niteliği, sınırlama sebeplerine verilen anlam, sınırlamaların demokratik rejimle bağdaşıp bağdaşmadığı ya da otorite hürriyet dengesinin sağlanıp sağlanmadığı sorunlarını ortaya çıkarmaktadır.

Bu konuda her iki belgede öncelikle, ifade hürriyetine yönelik bir sınırlamanın meşruluk kazanabilmesi için bazı ölçülere uyulması gerektiği öngörülmektedir. Söz konusu ölçüler sebebe bağlılık, araç ile amaç dengesi (ölçülülük ilkesi), demokratik toplum düzenine aykırı olmama ve kanunilik şartı olarak sıralanmaktadır. Anayasanın 13. maddesinde ayrıca bu ölçülere ilave olarak, sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılacağı belirtilmektedir.

Söz üdedilen ölçütlerden demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kavramı gerçekte, davaların sonucunu belirlemede esas rolü oynayan ölçüt konumunda bulunmaktadır. Demokratik toplumu belirleyen temel unsurlar Sözleşme sisteminde çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak açıklanmakta<sup>(34)</sup> ve bu ölçüt genel olarak “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” şeklinde somutlaştırılmaktadır. Bu kavram gereğince devletlerin ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ve çok önemli nedenlerden kaynaklandığını gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>(35)</sup>. Bununla birlikte, belirtilen yükümlülüğün uygulamada, ulusal makamlara tanınmış olan takdir yetkisi (değerlendirme serbestliği) ile dengelenmiş olduğu da görülmektedir. Sözleşmenin ikincil ve tamamlayıcı niteliğine dayanan bu ilke her ne kadar sınırlı olup Sözleşme organlarının denetimine tabi bulunsa da devletlere, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını tespit etme açısından önemli bir değerlendirme serbestliği getirmektedir<sup>(36)</sup>.

Devletlerin, zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığını gösterme konusundaki yükümlülükleri araştırılırken, esas itibarıyla soyut bir değerlendirme yapılmayıp; ifadenin türü, sınırlama sebepleri ve ifadenin kullanım çeşidi vb. unsurlara göre farklılaşan değerlendirmelerde bulunmaktadır. Örneğin ifadenin siyasi, ticari, sanatsal türleri olduğu düşünüldüğünde, ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti

(34) Otto-Preminger- Institut/ AVUSTURYA, Series A. No. 295-A; 20.9.1994, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 57; Piermont/FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

(35) Bkz. Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/AVUSTURYA, Series A. No. 302, 19.12.1994, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 76; Vogt/ ALMANYA, Series A. No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 234; Goodwin/İNGİLTERE, 27.3.1996, EHRR, Vol. 22, 1996, s. 143.

(36) Bu konuda bkz. MERRILLS, s. 159-160; MACDONALD, R. St. J., “The Margin of Appreciation”, MACDONALD, R. St. J. / MATSCHER, F./PETZOLD, H. (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s. 83-85.

fonksiyonu ve serbest tartışmayı sağlayıcı özelliği dikkate alınarak, siyasi ifadelerin daha çok korunmaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>(37)</sup>.

Sınırlama sebepleri bakımından da farklı ihtimallere göre değerlendirme yapıp karara varılmaktadır. Örneğin genel ahlak<sup>(38)</sup> ya da milli güvenliğin korunması<sup>(39)</sup> sebeplerinde devletlerin takdir alanlarının daha geniş olacağı kabul edilirken; yargılamanın tarafsızlığının korunmasında bütün devletler için geçerli olabilecek, objektif ölçütlerin varlığından sözedilerek değerlendirme serbestliğinin alanı daraltılmaktadır<sup>(40)</sup>. Ayrıca başkalarının haklarını koruma sebebi değerlendirilirken de, resmi sıfatı bulunan ve bulunmayan kişiler arasında ayırım yapılmakta; örneğin, siyasi kimliği olan kişiler ya da hükümet için yapılan eleştirilerin sınırlarının, normal vatandaşlara oranla daha geniş olacağı kabul edilmektedir<sup>(41)</sup>.

Sözüedilen yöntem büyük ölçüde, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerine de uygulanmaktadır. Örneğin basın, toplantı ve örgütlenme hürriyetleri demokratik yönetim fikri ile yakından ilişkin hürriyetler olarak değerlendirilmelerine rağmen, bunların belirli kullanım şekillerine sağlanan güvenceler arasında bazı farklılıklar gözetilmektedir. Örneğin terörle ilgili yayınlar üzerindeki sınırlamalarda zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığının ispat edilmesi, siyasi karar ve uygulamaları eleştiren yayınlardaki sınırlamalara göre daha kolay bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir<sup>(42)</sup>. Aynı şekilde maddi düzeni bozan toplantı ve gösterilerle ilgili sınırlamalarda devlete geniş bir takdir alanı bırakılırken<sup>(43)</sup>, açılan sözlerin muhtevasının etkili olduğu sınırlamalarda alınan tedbirin sınırlı ya da maddi oluşuna, sözlerin şiddet içerip içermediğine, bozulan maddi düzenin daha hafif tedbirlerle önlenip önlenemeyeceği hususlarına bakılmaktadır<sup>(44)</sup>. Öte

<sup>7)</sup> Nitekim İsveç'le ilgili bir davada Komisyon, siyasi fikirleri ifade etmeye tanınan korumanın, ticari nitelikli fikir açıklamalarına tanınan korumadan daha geniş kapsamlı olduğunu açıklamıştır. Bkz. Pastor X vd./İSVEÇ, Başvuru No. 7805/77, 5. 5. 1979, nakl. GOMIEN, Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1995, s. 84.

<sup>8)</sup> Bkz. Handyside/İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134.

<sup>9)</sup> Arrowsmith/İNGİLTERE, Başvuru No. 7050/75, 12.10.1978, nakl. GÖZÜBÜYÜK, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarından Seçme Özetler", İHMD, c. 3, sy. 1, 1995, s. 37-38.

<sup>10)</sup> Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26.4.1979, nakl. MANN, F.A., "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights", The Law Quarterly Review, Vol. 95, July 1979, s. 351-352; Van DIJK/Van HOOFF, s. 583-584.

<sup>11)</sup> Bkz. Lingens/ AVUSTURYA, Series A. No. 103, 8.7.1986, nakl. MERRILLS, s. 137; JANIS/ KAY/ BRADLEY, s. 183 vd.; GOMIEN, s. 87-88.

<sup>12)</sup> Örnek kararlar için bkz. Purcell/ İRLANDA, Başvuru No. 15404/89, 16.4.1991, nakl. HARRIS / O'BOYLE/WARBRICK, s. 385, 408; Oberschlick /AVUSTURYA, Series A. No. 204, 23.5.1991, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 421-424.

<sup>13)</sup> G/ALMANYA, Başvuru No. 13079/87, 6.3.1989, nakl. JACOBS/WHITE, s. 238.

<sup>14)</sup> Bkz. Piermont/FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 340-341.

yandan örgütlenme hürriyeti bakımından 11. maddede belirtilen istisnaların siyasi partiler sözkonusu olduğunda dar yorumlanmaları gerektiği, sadece inandırıcı ve zorunlu nedenlerin örgütlenme hürriyetinin sınırlandırılmasını haklı kılabilceği belirtilmektedir. Sözleşme organları bazı istisnalar dışında, parti kapatma için sadece program ve tüzüğe bakılmasının yeterli olmadığını, varolduğu iddia edilen gizli amaçların faaliyetlerle ortaya konulması gerektiğini ve bu konuda şiddete teşvikin belirleyici unsur olduğunu açıklamaktadırlar<sup>(45)</sup>.

Karara varılmasında belirleyici olan bu unsurlar sebebiyle zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütünün, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılan açık ve mevcut tehlike ölçütü<sup>(46)</sup> ile büyük ölçüde benzerlik taşıdığı görülmektedir. Çünkü davalar sonuca bağlanırken genellikle açıklanan fikir ya da görüşlerin meydana getireceği etki, savaş ya da barış durumu, kamu düzeninde normal bir huzursuzluğu aşacak şekilde açık ve mevcut (önlenemez) bir tehlikeye sebebiyet verilip verilmediği, sözün şiddet içerip içermediği gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

Türk yargı organlarının ifade hürriyeti ile ilgili davalarda esas itibarıyla bu hürriyetin türü, sınırlama sebeplerinin niteliği, ifadenin açıklanma şekli, ortamı, yeri, zamanı vs. gibi unsurlara göre değişen ayrıntılı bir değerlendirme yaptıklarını söyleme imkanı bulunmamaktadır. Herşeyden önce demokratik toplum kavramının anlamı konusunda hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik şeklinde unsurları belli, genel bir tanım ortaya konulmuş değildir. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında genellikle, somut olay çerçevesinde kalarak demokrasinin bazı temel ilkelerine (hürriyetçi olmak, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak, eşitlik ilkesi, katılımcılığın sağlanması vs.) işaret etme yoluna giderken<sup>(47)</sup>, bazı kararlarında da demokratik toplum düzeni kavramının hangi demokrasi anlayışını yansıttığı sorunuyla ilgilenmiş ve farklı sonuçlara varmıştır<sup>(48)</sup>. Bununla birlikte Mahkeme 1986/27 sayılı kararında Sözleşme uygulamasında görüldüğü gibi, hürriyetlerin yalnızca ne ölçüde sınırlandırıldığının değil, sınırlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, sınırlamaya karşı öngörülen kanun yollarının da, demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, somut şartların belirleyici olduğunu

(45) Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. /TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 24-26.

(46) Bu konuda bkz. CAPALDI, Nicholas, Clear and Present Danger the Free Speech Controversy, Western Publishing, New York 1969, s. 71-75.

(47) Bkz. E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1.3.1984, AMKD, sy. 20, s. 196-197; E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365; 1988/14, K. 1988/18, KT. 14.6.1988, AMKD, sy. 24, s. 270-271.

(48) Milli demokratik toplum düzeni yaklaşımının benimsendiği kararlar için bkz. E. 1985/21, K. 1986/23, KT. 6.10.1986, AMKD, sy. 22, s. 224; E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, sy. 25, s.150,152; Ayrıca klasik demokrasi anlayışına atfı yapılan karar için bkz. E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365.

açıklamaktadır<sup>(49)</sup>. Öte yandan aynı kararda hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamaların da gerçekte, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacakları belirtilmektedir<sup>(50)</sup>. Fakat sözü edilen kavramlar ifade hürriyeti ile ilgili uyumsuzluklarda, çeşitli unsurlara göre farklılaşan değerlendirmeler yapılmasını sağlayacak şekilde somutlaştırılmadıkları gibi, öz, kavramı da sürekli bir uygulama alanı bulmamış ve farklı ifade şekilleri açısından geliştirilmemiştir. Oysa sınırlamayı haklı kılan ve çoğulculuk, geniş fikirlik ve hoşgörü unsurları çerçevesinde yorumlanan bir sebebin (ciddi ve somut bir zarar, önlenemez ve kaçınılmaz bir tehlike) varlığı ölçüsünde, sınırlamaların öze dokunup dokunmadıkları yorumu yapıldığı takdirde demokratik toplum kavramının, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütü gibi somutlaştırılması ve güvenceli hale getirilebilmesi mümkün olabilecektir.

Türk yargı organları ile Sözleşme organları arasında belirtilen hususlar açısından ortaya çıkan farklılık, doğal olarak açık ve mevcut tehlike ölçütüne yaklaşım konusunda da ortaya çıkmaktadır. Sözleşme organları esas itibarıyla adını açıkça kullanmamakla beraber açık ve mevcut tehlike ölçütünün unsurlarından yaralanırken, sözkonusu ölçütün Türk yargı organlarının kararlarında oldukça istisnai bir uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Bu konudaki en somut kararı Danıştay'ın yukarıda belirtilen 1991/933 sayılı kararı oluşturmaktadır<sup>(51)</sup>. Bunun dışında Sosyalist Birlik Partisinin kapatılması davasında Anayasa Mahkemesi, parti programında yer alan hususların Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturduğunu belirtmiştir<sup>(52)</sup>.

Demokratik toplum kavramının belirli bir ölçütüyle adlandırılıp somutlaştırılması, (zorlayıcı sosyal ihtiyaç, açık ve mevcut tehlike, öze dokunmama) hiç şüphesiz uygulamaya kolaylık sağlaması açısından önem taşımaktadır. Fakat herhangi bir ad altında somutlaştırma kadar önemli bir sorun, bu kavramların içeriklerinin nasıl doldurulacağıdır. Burada esas itibarıyla ciddi ve somut bir zararın, kaçınılmaz ve önlenemez bir tehlikenin varolup olmadığı tespitinde bir ülkenin içinde bulunduğu şartların gözardı edilmesi gerçekte mümkün değildir. Ancak ifade hürriyetinin korunması bakımından hangi ifade türü, şekli ya da sınırlama sebebi açısından geçerli olursa olsun yine de soyut ve genel bir sınırlandırmaya gidilmesi sözkonusu değildir.

Bunun önlenmesi için öncelikle hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlik unsurları çerçevesinde yorumlanan bir demokratik toplum anlayışının benimsenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemeleri-

(49) E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365-366.

(50) Aynı karar, s. 365.

(51) D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, DD, sy. 84-85, s. 321.

(52) E. 1993/4, K. 1995/1, KT.19.7.1995, AMKD, sy. 33, c.2, s.635.

nin; insan onuru, eşitliği ve hürriyeti kavramlarından kaynaklanan hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi rolleri<sup>(53)</sup>, ifade hürriyetinin güvencesi niteliğindeki bir kavramın dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engellemektedir. Bu kavramlar her şeyden önce, ihtilaf konusu hükümlerin sadece yazılı metinler çerçevesinde değil, hukukun genel ilkelerini kapsayan geniş bir perspektifte ele alınmalarını gerektirmektedirler. Bu anlamda ifade hürriyetine etkinlik kazandırılması açısından Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin önündeki sınırlamaların kaldırılması konusunda devlete belli bir rol yükleyen 5. maddesi ile herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve hürriyetine sahip olduğunu belirten 17/1. maddesi hükmü Mahkemeye büyük ölçüde rehberlik edebilecektir.

İfade hürriyetinin korunması bakımından sözkonusu kavramların ve normatif hükümlerin bir dayanak teşkil edebilmesinde de şüphesiz Mahkemece kullanılacak yorum yönteminin türü önem taşımaktadır. Anayasanın felsefesi ve ifade hürriyeti alanındaki temel tercihlerin niteliği dikkate alındığında, ifade hürriyetinin kapsamı tayin edilirken Anayasa veya kanun koyucunun amacı ya da ilgili kuralın Türkiye açısından ifade ettiği özel anlamdan ziyade, sözkonusu hürriyetin kendine özgü niteliğinin gözönüne alınması gerektiği açıktır. Bu konuda esas itibariyle Sözleşme organlarının değişen sosyal şartları göz önüne aldıkları gelişmeci, dinamik yorum yönetimi örnek alınabilir.

Şüphesiz sadece yorum yöntemi bakımından değil daha genel düzeyde Türk hukuku ile Sözleşme uygulaması arasındaki etkileşimin sağlanması, gerçekte Sözleşmenin taşıdığı özellikler nedeniyle bir zorunluluk teşkil etmektedir. Sözleşmenin kendine özgü niteliği herşeyden önce, Sözleşme ile iç hukuk ilişkisinin anlaşmaların genel düzeni çerçevesinde anlaşılmasına engeldir. Çünkü devletler Sözleşmeyi onaylamakla klasik uluslar arası anlaşmalardan farklı olarak karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzeni kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır<sup>(54)</sup>. Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi hem de devletlere yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, siyasal karar organlarını Sözleşmeye aykırı olabilecek işlem ve eylemlerden kaçınmak durumunda bırakırken; yargı organları da bu süreçte Sözleşmeyi uygulamak ve karar işlemlerinin Sözleşmeye uygun olmasını gözetmek

(53) Bu konuda Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 121-122; ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 3.baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s.82; HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler), Konya 1990, s.83; TUNÇ, Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.27 vd.

(54) Bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s. 83.

durumunda bulunmaktadır<sup>(55)</sup>. Böyle bir gereklilik de sonuç itibariyle demokratik toplum kavramının dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engelleyici bir faktör olmaktadır.

Demokratik toplum kavramının yargı organlarınca bu yönde anlaşılıp uygulanabilmesi sorununun şüphesiz normatif düzenlemeleri ilgilendiren boyutu da bulunmaktadır. Başta Anayasa olmak üzere ifade hürriyeti ile ilgili mevzuatın demokratik toplum anlayışı çerçevesinde ele alınıp düzenlenmesi, farklı düşünce ve inanç alanlarına serbestlik tanınması açısından önem taşımaktadır. Aksine bir tutum devletin kendisini koruma kaygısıyla herhangi bir görüşün yanında yer alıp, bunun dışında kalanlara karşı siyasal tavır almasına neden olacaktır. Gerçekte devletin kendisine yönelik tehditlere karşı korunması gerekli olmakla birlikte, devletin korunması ihtiyacı hiç bir şekilde onun metafiziksel bir kurum olarak güçlendirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Çünkü, güçlü devlet anlayışı devlete göre birey modelinin ortaya çıkmasına neden olmakta, bu da kişilerin Anayasaya uygun düşünmek zorunda olmadıkları şeklindeki demokratik ilkenin uygulanmasını imkansız hale getirmektedir. Oysa böyle bir yorum Anayasa koyucunun görüş ve tercihlerinin mutlak gerçeği temsil ettiği anlamına gelmektedir ki bunu, muhalif kalabilme serbestisi anlamına gelen ifade hürriyetinin özü ile bağdaştırmak mümkün değildir.

## V- SONUÇ

Hürriyetlerin ve demokrasinin korunması esasına dayanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ifade hürriyeti, bilgiye ulaşma serbestisinden açıklama hürriyetine uzanan geniş bir süreç şeklinde ele alınmaktadır. Nitekim Sözleşme organlarının kararlarında da, bilgi edinme ve kanaat hürriyeti önemle vurgulanmakta, fikir ve kanaatlerin açıklanması hürriyeti de kişilerin ve toplumların ilerlemesinin temel şartı olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa yönünden ifade hürriyetinin böylesine geniş kapsamlı olarak ele alındığı yorumunu yapabilmek, Anayasa koyucunun görüşleri esas alındığında mümkün bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 1990/8 sayılı kararı<sup>(56)</sup>, sözkonusu hürriyetin sadece açıklama hürriyeti ile sınırlı olmadığını göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Sözleşme uygulamasında ifade hürriyetinin anlamı ve fonksiyonuna ilişkin genel yorum ise 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

<sup>55)</sup> Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 29-30; POLAKIEWICZ, Jörg, "The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law", HRLJ, Vol. 17, No.11-12, 1996,s.407-408.

<sup>56)</sup> E. 1989/9, K. 1990/8, KT. 18.5.1990, RG. 26.7.1990, sy.20586, s.28.



endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu şeklindedir. İfade hürriyetinin tüm kullanım şekilleri bakımından da tekrarlanan bu yorumla sözkonusu hürriyet, muhalefet hürriyeti olarak değerlendirilmiş olmaktadır. Türk hukuk uygulamasında ise alt derece Mahkemesince verilmiş olan bir karar<sup>(57)</sup> dışında, ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti olduğu anlamına gelen açık ve belirgin nitelikte genel bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Anayasa ve Sözleşme uygulamasındaki bu farklılık ise öncelikle her iki belgeye hakim olan felsefe ve ifade hürriyeti alanında benimsenen tercihlerle bağlantılı bulunmaktadır.

Anayasanın, ifade hürriyetine yüklenen anlam ve fonksiyon konusundaki bilgi verici en somut hükmünün esas itibarıyla Başlangıçta yer alan, "hiç bir düşünce ve mülâhazanın ... karşısında korunma göremeyeceği" şeklindeki hüküm olduğu görülmektedir. Çoğulculuğun gerçekleşmesini engelleyici nitelikteki bu hüküm, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerini de etkilemektedir. Oysa Sözleşme uygulamasında çoğulculuğun sağlanması bakımından, ifade hürriyetinin esash bir fonksiyon ifa ettiği kabul edilmektedir.

İki sistem açısından anlam ve fonksiyon konusunda ortaya çıkan farklılık, esas itibarıyla davaların sonuca bağlanmasında belirleyici ölçüt durumundaki demokratik toplum kavramının yorumlanması açısından da sözkonusu olmaktadır. Demokratik toplum kavramı Sözleşme sisteminde zorlayıcı sosyal ihtiyaç şeklinde somutlaştırılmakta ve bu kavramın varlığı araştırılırken, açık ve mevcut tehlike ölçütünde olduğu gibi ifadenin türü, sınırlama sebepleri ve ifadenin kullanım çeşidi vb. unsurlara göre farklılaşan değerlendirilmelerde bulunmaktadır.

Türk yargı organlarının ifade hürriyeti ile ilgili kararlarında, bu gibi unsurlara göre değişen ayrıntılı bir değerlendirme yaptıklarını söyleme imkanı da bulunmamaktadır. Her şeyden önce demokratik toplum kavramının anlamı konusunda, Sözleşme sisteminde olduğu gibi hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik şeklinde açıklanan genel bir tanım ortaya konulmadığı gibi, açık ve mevcut tehlike ölçütünün de oldukça istisnai bir uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Demokratik toplum kavramının belirli bir ölçütle somutlaştırılması, gerçekte uygulamaya kolaylık sağlaması açısından önem taşımakla birlikte, soyut ve genel bir sınırlandırmaya gidilmemesi de ifade hürriyetinin koruması bakımından bir o kadar önem arz etmektedir.

Bunun için öncelikle hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik unsurları çerçevesinde yorumlanan bir demokratik toplum anlayışının benimsenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sorunun şüphesiz normatif düzenlemeleri ilgilendiren boyutu bulunduğu gibi, demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi şeklinde beliren rolleri, sözkonusu kav-

(57) Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, KT. 20.1.1997, Milliyet, 21.1.1997.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

ramın sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engellemektedir. Öte yandan Sözleşmenin devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren bir belge olması sebebiyle ulusal makamların (bu arada yargı organlarının), karar ve işlemlerinde Sözleşmeyi uygulamak durumunda bulunmaları da, demokratik toplum kavramının esas itibarıyla dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engelleyici bir faktör olmaktadır.

## BİLİŞİM SUÇLARI\*

Dr. Berrin BOZDOĞAN AKBULUT\*\*

### GİRİŞ

İnsanlar bilginin işlenmesi, saklanması ve ona erişilmesiyle uzun yıllardan beri uğraşmaktadırlar. Zaman içinde bu konuda kolaylık sağlayacak çalışmalar yapılmıştır. 20. yüzyılın ortalarına gelindiğinde bilginin işlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda büyük bir gelişme olmuş ve bilgisayarlar üretilmeye başlanmıştır.

Bilgisayarların üretilmesi ve daha sonra suç işlemede kullanılması, bazı menfaatlerin korunması zorunluluğunu ortaya çıkarmış ve ülkeler 1980'li yıllardan itibaren bilişim suçlarıyla ilgili düzenleme yapma yoluna gitmişlerdir. Ancak yapılan düzenlemeler bilişim suçlarının teknikle bağlantılı olması nedeniyle bekleneni verememiş ve kısa süre içinde getirilen hükümlerde değişiklik yapılmıştır.

Türkiye'ye ilk bilgisayar 1960 yılında alınmasına rağmen, bilişim suçlarıyla ilgili hükümler Türk Ceza Kanunu'na 1991 yılında eklenmiştir. Bu durum, bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerin takip edilmesinde yaşanan bazı zorlukların, bilişim suçlarıyla karşılaşılmasını etkilemiş olmasından kaynaklanmıştır.

Bilişim suçlarının ülkemizde yeni bir suçluluk türü olması, dolayısıyla da anılan suçların uygulama ve doktrinde yeterince açıklığa kavuşturulmamış bulunması, bu suçların inceleme konusu olarak seçilmesi sonucunu doğurmuştur. Yapılan incelemeyle bilişim suçlarının yapısal ve teknik özellikleri ile Türk Ceza Kanunu'nun düzenleme şekli açıklanmaya çalışılmıştır.

### I- TEKNİK KAVRAMLAR

#### 1. Bilgisayar

Bilgisayarlar elektronik makinelerdir. Elektronik olan bilgisayarların en önemli özelliği programlanabilir olmalarıdır. Bu özelliği nedeniyle bilgileri işleyebilmekte ve bundan anlamlı sonuçlar üretebilmektedirler. Bilgisayarların programlanabilirliği, bilgisayarların diğer elektronik hesap makinelerinden farkını da belirlemektedir. Ancak farkı ortaya koyan programlanabilirlik kavramı, genel

\* Bu çalışma, Bilişim Suçları isimli doktora tezinin birinci bölüm özetidir.

\*\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

amaçlı programlanabilirliği ifade etmektedir. Yani bir bilgisayar açıkça ifade edilmiş her türlü problemi çözebilmelidir<sup>1</sup>.

Bilgisayarlar yalnız işlem yapmakta ve belirli bir sonuç elde etmekte kullanılmamaktadır. Ayrıca bilgilerin başka yere iletilmesinde veya başka yerdeki bilgilere ulaşılmasında ve bilgilerin alınmasında da yararlanılmaktadır. Bunların dışında haberleşmenin de önemli araçlarından biri durumundadır.

Bu açıklamalardan sonra bilgisayarları, insanlar tarafından hazırlanıp yüklenen programlar yardımıyla bilgileri belirli bir düzende saklamak, işleyerek yeni sonuçlar üretmek, üretilen bilgileri başka yerlere iletmek, başka yerlerdeki bilgilere ulaşmak gibi amaçlarla kullanılan makineler şeklinde tanımlayabiliriz<sup>2</sup>.

### 2. Bilişim

Bilişim, insanların teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin temeli olan bilginin elektronik araçlarla özellikle bilgisayarlar aracılığıyla işlenip, ses, görüntü ve veri taşıyan iletişim hatları aracılığıyla aktarılması bilimi olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Tanımdan anlaşılacağı üzere bilişim hem verilerin işlenmesini, yani bilgi işlemi<sup>4</sup>, hem de bilgi işlemin sonucunun aktarılmasını, yani veri iletişimini ifade eden bir kavramdır.

Veri işlem, veriler üzerinde gerçekleştirilen her tür işlem ve çalışmayı ifade etmektedir.

Veri iletişimi ise, bir bilgisayar ile diğer terminaller arasındaki veri alışverişini karşılamak üzere kullanılan bir kavramdır.

### 3. İnternet

Dünya üzerinde bulunan ağların veya bilgisayarların TCP/IP<sup>5</sup> denilen yöntemle birbirine bağlanmasıyla oluşan, yeryüzündeki en büyük insan ve makine birliğini sağlayan ağa internet denir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Mengüşoğlu, Erhan-İlknur İçke- Teoman Yalçın, Bilgisayar I, Ankara, 1997, s.2.

<sup>2</sup> Ancak hangi tanım yapılırsa yapılsın bilgisayar özelliklerinin tam olarak ifade edilmesi mümkün değildir ve teknik gelişmelere uygun olarak yeterli kalması da düşünülemez. Hattâ bazı yazarlar bilgisayarın tanımını yapmak yerine, onun özelliklerini belirtmenin daha yerinde olacağına inanmaktadırlar: Haft, Fritjof, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, in:EDV und Recht(band 1), Berlin, (J. Schweitzer Verlag), (tarihsiz), s. 16.

<sup>3</sup> Bkz: Kurtaran, Özlem Meltem - Faruk Çubukçu, Ansiklopedik Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul, (Türkmen Kitabevi), 1991, s. 35; Mayda, Gürsel – İhsan Gürsel, Büyük Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, Ankara, (Doruk yayınları), 1991, s. 158; Yarmalı, E. Sabri, Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, İstanbul, (Birsen yayınevi), 1995, s. 143.

<sup>4</sup> Kavram her iki anlamda da kullanıldığından, biz de eş anlamlı kullandık.

<sup>5</sup> Veri alışverişini sağlayan ağlar birbirleriyle bir protokol çerçevesinde iletişim kurabilirler. Dolayısıyla çok farklı protokollere sahip ağların ortak bir değer olmadan anlaşabilmeleri mümkün

Başlangıçta askerî amaçla kurulan bu ağa zamanla yeni bilgisayarların kalıtılmasına izin verilmiş ve ağ daha sonra bir çok katılımla büyüdüğüce büyümüştür. İnternetin büyümesi ve büyümeye devam etmesinin nedeni, sınırsız bir özgürlüğe sahip bulunmasıdır. Onun sahibi olan herhangi bir kişi veya kurum bulunmadığı gibi, yöneten bir birim de yoktur. İnternete bağlı her ağ kendi kendini yönetmektedir.

İnternetin bir sahibi veya yöneteni olmadığından bilgisayar sistemine sahip olunmak şartıyla, herhangi birinden izin almadan bu ağa bağlanılır ve dünyanın herhangi bir yerindeki insanla veri alışverişinde bulunulur. Yani dosya araştırılır (Archie), elektronik mektup yollanır (E-Mail), dosya transferi yapılır (File Transfer Protocol - FTP), kaynak tarama işlemi bulunulur (Gopher), aynı anda birden fazla kişiyle konuşulur (Internet Relay Chat - IRC) veya yalnız karşılıklı konuşma yapılır (Talk), başka bilgisayarla bağlantı kurularak bu bilgisayar kullanılır (Telnet) ya da her konu için ayrılmış haber grubuna mesaj gönderilir ve istenen sorulara cevap bulunulur (Usenet)<sup>7</sup>.

## II- BİLİŞİM TEKNOLOJİSİNDEKİ GELİŞMELERİN CEZA HUKUKUNA ETKİSİ

Bilgisayarların üretilerek insanlığın hizmetine sunulması, veri ağlarının gelişimi ve internetin kurulmasıyla dünyada büyük bir değişim yaşanmaya başlanmış; sanayi devrimi bitmiş, teknoloji devrimi ve bilgi çağı dönemi açılmıştır. Bu gelişmelerin sonucu olarak, insanların ekonomik ve sosyal hayatında bir çok değişiklikler olmuştur.

Bilişim teknolojisi ekonomik ve sosyal hayatı değiştirdiği gibi, Ceza Hukukunu da bazı menfaatlerin ihlâl edilmesinde araç olarak kullanılmasıyla etkilemiştir. Bilişim sistemlerinin kötüye kullanılarak kişilik haklarının ihlâl edilmesi, kişi ve kuruluşlara maddî zarar verilmesi, iş sırlarının ve programlarının çalınması gibi bazı fiillerin gerçekleştirilmesi bu konuda önlem alınması zorun-

---

değildir. İnternette ise bunu sağlayan, iki protokolün bir araya gelmesiyle oluşan TCP/IP (Transport Control Protocol/ Internet Protocol) protokolüdür. İnternete bağlı tüm ağlar bu protokolü kullanmak durumundadırlar. TCP mesajların doğru yere ulaştırılmasından, IP ise adresleme sisteminden sorumludur. İnternette bu protokolden başka protokoller de kullanılmaktadır. Yalnız bu protokoller yaygın olarak kullanılmadıklarından şu an için geçerli olan protokol TCP/IP protokolüdür: Akın, Cahit, İnternet, Windows 95 için, İstanbul, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), 1998, s. 23, 24.

<sup>6</sup> Barron, Billy - Jill H. Ellsworth - Kevin M. Savetz, İnternet Unleashed (Çev. : Nezihe Bahar - Devrim Türkmen), İstanbul, (Sistem Yayıncılık), 1998, s. 4.

<sup>7</sup> İnternetin bunlar gibi daha birçok hizmeti bulunmaktadır. Biz burada bazılarını kısaca belirtmeye çalıştık. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. : Hoeren, Thomas, "Das İnternet für Juristen - eine Einführung", NJW, 1995, Heft 50, s. 3296 vd. ; Barron - Ellsworth - Savetz, s. 162vd. ; Sieber, Ulrich, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (1)", JZ, 1996, Heft 9, s. 431 vd.

luluğunu doğurmuştur. Bunun sonucu olarak bilişim teknolojisi alanında suçluluğun önlenmesine yönelik çalışmalar ve düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Bilişim teknolojisinde yaşanan gelişmelerin Ceza Hukukuna etkisi, ilk olarak özel hayatın<sup>8</sup> korunması açısından olmuştur. Zira bilgisayarların güçlü hafızalara sahip olmaları, hızlı işlem yapabilmeleri ve sonuçları çok kısa zaman içinde vermeleri nedeniyle ilk başlarda daha çok verilerin toplanmasında, değerlendirilmesinde ve saklanmasında, başka bir söyleyişle bilgi bankalarının<sup>9</sup> oluşturulmasında kullanılmıştır

Ceza Hukukunda bilişim ihlalleriyle ilgili ikinci etki, 1980'li yılların başında bilişim suçlarının düzenlenmesiyle yaşanmıştır. Bu değişikliğe, bilişim suçlarının o zamana kadar korunan hukukî değerler yanında maddî olmayan değerlere de zarar vermiş olması ve söz konusu suçların işlenmesinde yeni yöntemlerin (insanlar yerine bilgisayarların kandırılması gibi) kullanılması etkili olmuştur. Birçok ülke mevcut hükümlerin geniş yorumlanması yerine, mevzuatlarında değişiklik yapma yolunu seçerek bilişim suçlarını hükme bağlamışlardır<sup>10</sup>.

Aynı yıllarda, bilgisayar teknolojisi alanındaki ürünlerin telif hakkının korunması için de kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Dünyada bilgisayar programlarına patent koruması uygulanmadığı için<sup>11</sup>, birçok ülke programların fikrî

<sup>8</sup> Özel hayatın hukukî düzeyde kullanılabilir genel bir tanımı yapılamadığı gibi, zamana, mekâna ve kişiye göre değiştiğinden kapsamı da belirlenmemektedir. Ancak genel olarak bireylerin kişisel ve ailevi hayatını ilgilendiren konuların bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir : Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya, (Selçuk Üniversitesi Yayınları No : 99), 1991, s. 2, 7. Özel hayat ve korunması ayrıca bakınız: Özdemir, Salim, "Ordinatör (Bilgisayar) ve Hukuk Enformatiği (Bilişimi)", AD, 1974, C. 65, S. 1-12, s. 345 vd. ; Dinç, Güney, "Bilgisayar Çağında Özel Yaşamın Korunması", ABD, 1987, S. 2, s. 195 vd. ; Özbudun, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", AÜHF 50. Yıl Armağanı, 1977, C. 1-2, s. 265 vd. ; Özdeş, Orhan, "Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği", DD, Yıl 4, S. 14-15, s. 87 vd.

<sup>9</sup> Veri bankası ibaresiyle de belirtilen bu kavram, "verilerin sürekli olarak gelip toplandığı, bir sistematik dahilinde ayrılıp sıralandığı ve birleştirildiği, depolandığı ve icap ettiği zaman toplanan ve depolanan verilerden bilgi üreten merkezleri" ifade etmektedir. Bilgi bankaları, genel amaçlı bilgi bankaları-özel amaçlı bilgi bankaları veya açık bilgi bankaları - kapalı bilgi bankaları veya bölgesel bilgi bankaları-merkezî bilgi bankaları gibi sınıflara ayrılmaktadır: Coşar, Ertan, "Bilgi Bankaları ve Hukuk Uygulaması", DD, Yıl 4, S. 14-15, s. 27, 29.

<sup>10</sup> Sieber, Ulrich, "Der strafrechtliche Schutz der Information", ZStW, 1991, Heft 3, s. 784.

<sup>11</sup> Çünkü 1973 tarihli Avrupa Patent sözleşmesinin 52. maddesi bilgisayar programlarına patent verilmesini yasaklıyordu. Ancak 1980'li yıllarda patent korumasının sağlanması için yapılan taleplerin artması üzerine (çünkü birçok ülkenin kanununda bu maddeye aykırı düzenlemeler bulunuyordu), 1985 yılında sözleşme değiştirilerek teknik nitelikte sayılabilecek yazılım bağlantılı buluşların patent olabileceği yönünde yönlendirici ilkeler kabul edilmiştir. 1994 yılı itibarıyla Avrupa Patent Ofisi tarafından yazılım bağlantılı buluşlar için 11. 000 den fazla patent verilmiştir. Bu nedenle patent kanunu halen programların korunmasında önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin Amerika Birle-

hukuk çerçevesinde korunması yönünde düzenleme yapmak zorunda kalmıştır<sup>12</sup>. Ülkelerin değişikliğe gittiği bu dönemde, değişik hukuk sistemlerinde fikrî hakların cezaî yönüyle ilgili hükümler de yürürlüğe konmuştur<sup>13</sup>. Daha sonraları ise yarı iletkenlerin topografyasının<sup>14</sup> korunması için düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır<sup>15</sup>.

Bilişim teknolojileriyle ilgili yeni reform dalgaları ise, Usul Hukuku alanında gerçekleşmektedir. Bu hükümler, bilgisayarlar aracılığıyla gerçekleştirilen fiillerin kovuşturulması sırasında soruşturma makamlarının yeni ihtiyaçlarına cevap vermek amacı taşımaktadır.

### III- BİLİŞİM SUÇLARI

#### 1. Bilişim suçlarının tanımı

Bilişim suçları, ülkelerin mevzuatlarında tanımlanmış bir suç şekli değildir. Uluslararası alanda yapılan çalışmalarda da (OECD tarafından hazırlanan rapor dışında), bilişim suçları konusunda yapılmış bir tanıma rastlanmamaktadır. Yapılan hareketlerin heterojenliği nedeniyle olaya daha çok kriminolojik açıdan yaklaşmış ve bilişim suçlarını oluşturan fiillerin sayılması yoluna gidilmiştir<sup>16</sup>.

Doktrinde ise, bilişim suçları tanımlanmaya çalışılmışsa da üzerinde anlaşılmış ortak bir tanım bulunmamaktadır. Suçların işlenmesinde bilişim teknoloji-

---

şik Devletleri birçok programı patentle korumaktadır. Dolayısıyla programların korunması konusunda dünyada bir belirsizliğin olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bkz. : Keyder, Virginia Brown, Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği, Intellectual Property Rights and Customs Union (Çev. : Ayşe Berkay Hacimirzaoğlu), İstanbul, (Türk Ekonomik Bankası Katkılarıyla Intermedia), 1996, s. 58, 59, 79.

12 Değişiklik yapan ülkeler için bkz. : Sieber, s. 785, 786, dipnot 18.

13 Almanya 1985 yılında Fikrî Haklarda Değişiklik Yapan Kanunu, Finlandiya 1984 yılında Edebi ve Sanat Eserleri Hakkındaki Fikrî Haklar Kanununda Değişiklik Yapan Kanunu, Fransa 1985 yılında 85 numaralı Kanunu, İtalya 1981 yılında 406 numaralı Kanunu, İsveç 1982 yılında 284 numaralı Kanunu, Çin 1985 yılında Fikrî Haklar Kanununu kabul etmiştir : Sieber, s. 786, dipnot 19. Türkiye ise her iki hususu da içine alan düzenlemeyi 1995 yılında FSEK.nda değişiklik yaparak sağlamıştır. Bu değişiklikler için bkz. : Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişiklikler", ABD, 1995, Yıl 52, S. 4, s. 13 vd. 1995 yılından önceki durum için bkz. : Erel, Şafak, "Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", AÜSBFD, 1994, C. 49, S. 1-6, s. 141 vd.

14 Yarı iletkenlerin topoğrafyası, yarı-iletken malzemeye gömülmüş üç boyutlu tasarımları ifade etmektedir. Yani burada korunan, katmanlar halindeki devrelerin oluşturduğu üç boyutlu düzendir: Keyder, s. 54, 55.

15 1984 yılında Amerika Birleşik Devletleri, "Yarı - İletken Çiplerin Korunması Kanunu" adıyla yeni bir kanun kabul etti. Bunu 1985 (Japonya), 1986 ( İsveç) ve 1987'de (Danimarka, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya) değişiklik yapan diğer ülkeler izlemiştir: Sieber, s. 786.

16 Ippolito, Carlo Sarzana di S., "Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması, İtalyada'daki Durum" (Çev.: Vesile Sonay Daragenli), Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, İstanbul, 1997, s. 393.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

sinin getirdiği yenilikler ortak özellikse de, bilişim suçlarının klâsik suç tiplerinden ayırıcı özelliğini belirlemek o kadar kolay olmamaktadır. Bu belirlemeyi yapabilmek için yazarlar, çeşitli kriterleri esas alarak bilişim suçlarını tanımlamaya çalışmışlardır. Yapılan tanımlarda ilk başlarda, bilgisayarla bağlantılı olarak gerçekleştirilen tüm fiiller bilişim suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Bunun nedeni, bilişim suçlarıyla ilgili henüz kanunlaşmaya gidilmemesi ve günümüzdeki gibi özel kanunların olmamasıdır. Zamanla bu konuda korunan menfaate göre farklılaşmaya gidilerek, ceza kanununda düzenlenen fiillerin dar anlamda bilişim suçlarını, özel ceza kanunlarındaki fiillerin ise geniş anlamda bilişim suçlarını oluşturduğu kabul edilmiştir (program hırsızlığı gibi)<sup>17</sup>.

Şimdi bilişim suçlarını tanımlamada ileri sürülen kriterlerin neler olduğunu inceleyelim.

Bu kriterlerden ilki, bilgisayarın amaç veya araç olmasını arayanların ileri sürdüğü görüştür. Bu görüş, bilgisayarın fiilin aracı ya da hedefi olduğu davranışları bilişim suçları olarak tanımlamaktadır<sup>18</sup>.

İkincisi suçları malvarlığı ihlalleriyle sınırlayan kriterdir. Bu görüşe göre, bilişim suçları elektronik veri işlem tesisi verileriyle konu bağlantısı olan, kasıtlı ve hukuka aykırı malvarlığı ihlalleridir<sup>19</sup>.

Üçüncüsü, bilişim sistemleriyle herhangi bir şekilde bağlantılı olan suçları esas alan kriterdir. Bu kriteri ileri süren Parker'e göre, bilişim suçları bilgisayarla ve veri iletişimiyle bağlantılı mağdur veya mağdurların zarar gördüğü veya görme ihtimali olduğu her tür suçu kapsamaktadır<sup>20</sup>.

Dördüncüsü, bilgisayar kullanımını esas alan kriterdir. Bu kriteri esas alan görüş, bilişim suçlarının işlenmesinde bilgisayar kullanımının zorunlu olmasını suçların belirleyici özelliği olarak kabul etmektedir<sup>21</sup>.

Beşincisi, suçu işleyen faili esas alan kriterdir. Bilişim suçlarını belirleyebilmek için ileri sürülen bu kriterde, sınırlandırma bilgisayar bilgisine sahip olanların işledikleri suçlar açısından yapılmaktadır<sup>22</sup>.

---

Hilgendorf, Eric, "Grundfälle zum Computerstrafrecht", JuS. 1996, Heft 6, s. 510 ; Möhrensclager, Manfred, "Computerstraftaten und ihre Bekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland", wistra, 1991, Heft 9, s. 322.

Mühlen, Rainer A. H. von zur, Computer-Kriminalität, Gefahren und Abwehrmaßnahmen, Neuwied/ Berlin, (Hermann Luchterhand Verlag), 1973, s.17.

Sieber, Ulrich, Computerkriminalität und Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, (Carl Heymanns Verlag KG), 1980, 2. , um einen Nachtrag ergänzte Auflage, s.188.

Parker/Nycum/Oura, s. 5. ebenso s.111; Sieber, s.186.

Lenckner, Theodor, Computerkriminalität und Vermögensdelikte, Heidelberg, (C. F. Müller Juristischer Verlag), 1981, s.15; İppolito, s.390; Frey, Silvia, Computerkriminalität in eigentums- und vermögensstrafrechtlicher Sicht, München, (Verlag V. Florentz GmbH), 1987, s.8.



Biz ise bilişim suçlarını karma bir tespitle, verilerle veya veri işleme konu bağlantısı olan ve bilişim sistemleriyle veya bilişim sistemine karşı işlenen suçlar şeklinde tanımlıyoruz.

## 2. Bilişim suçlarının işlenme şekilleri

Başlangıçta hukuka aykırı menfaat sağlamak amacıyla işlenen bilişim suçlarının, daha sonraları değişik amaçlarla gerçekleştirilmeleri ve internetin ortaya çıkmasıyla birlikte suç oranının artması, fiillerin yerine getirilmesinde çok farklı yöntemlerin kullanılması sonucunu doğurmuştur.

Suçlar sistemde bulunan soyut unsurlara yönelik olarak işlendiğinden, amacı gerçekleştirmeye yönelik fiiller de programların veya verilerin kullanılması suretiyle icra edilmektedir. Özel yapılmış programlar veya yanlış girilmiş veriler aracılığıyla maddî menfaatler elde edilebilmekte veya sistem çökertilerek intikam alınabilmekte veya şifreler öğrenilerek giriş bilgilerine ulaşılabilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen bir olayda banka programcısı olarak çalışan bir kişi, faiz hesaplarının müşteriler tarafından kontrol edilme-yeceğini düşünerek geliştirdiği özel bir program aracılığıyla her 50 doları geçen faiz miktarından bir dolar keserek kendi hesabında toplar ve bu suretle önemli miktarda maddî menfaat sağlar<sup>23</sup>.

Bugün suçların çoğu internet aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, fiiller de daha ziyade amaçlanan işi yerine getirmeye yönelik olarak yapılmış programlar yardımıyla icra edilmektedir. Bunun için birçok program kullanılmaktadır. Uygulamada bilişim suçlarını gerçekleştirmek için yapılmış zarar verici bu tür programlara "vandalware" (yıkıcı yazılımlar) adı verilmektedir. Truva atı, solucanlar, tavşanlar, virüsler gibi. Programların dışında bu alanda "hacker"ların fiilleri de özellikle sisteme yetkisiz girişlerin önemli işlenme şekillerinden biridir.

## IV- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

### 1. Bilişim suçlarıyla ilgili ayrı düzenleme ihtiyacı

Bilgisayarların gelişmesi ve birtakım menfaatlerin ihlâl edildiğinin ortaya çıkmasından sonra, ilk etapta bilgisayarla ilgili bir düzenlemenin gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Bilgisayarlarla ilgili özel bir düzenlemenin yapılmasını gereksiz görenler, bilgisayarların yeni bir şey getirmediğini, bilgisayarlardan önce de arşivlerin tutulduğunu ve bir düzenlemeye gitmenin bilgisayarların gelişmesini engelleyeceğini ifade etmişlerdir. Düzenlemeden yana olanlar ise, nicel deği-

22 Masse, "Droit penal et informatique, in Emergence du droit de l'informatique", Acts des deuxiemes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre (11-12 Mayıs, 1982), 1983, s.159; Aydın, Öykü Didem, "Bilişim Suçları", Bilişim '93 Bildiriler, Türkiye Bilişim Derneği Bilişim '93 Etkinlikleri, 28 Eylül -1 Ekim 1993, İnterpro Yayıncılık, İstanbul, s.74, 81.

23 Mühlen, s. 51, 52.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

şiklik getiren bilgisayarların, nitel farklılık da doğurduğunu, dolayısıyla böyle bir düzenlemeye gitmenin zorunluluğunu ifade etmişlerdir. Bu görüşü savunanlara göre bilgisayarlar verilerin toplanması, toplanan bilgilerin işlenmesi ve elde edilen bilgilerin açığa vurulması konularında oldukça fazla nicel değişiklik getirdiğinden düzenleme yapılması gerekmektedir<sup>24</sup>.

İlk görüş, yani metinlerin geniş yorumlanması esaslı Ceza Hukuku bakımından kabul görmemiş ve birçok ülke (Şili, Danimarka, Almanya, Fransa, Yunanistan, İngiltere, İtalya, Japonya, Kanada, Avusturya, Norveç, İsveç, Amerika Birleşik Devletleri) bu suçları düzenleme yoluna gitmiştir. Çünkü aksi tutum Ceza Hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırılık niteliği taşımaktadır.

### 2. Suçların düzenleniş şekli

Ülkelerin düzenleme altına aldıkları suç tipleri bazı değişiklikler dışında genel olarak birbirine benzemektedir. Hemen hemen çoğu ülkede şu fiillerin suç olarak tespit edildiği görülmektedir: Bilgisayar aracılığıyla dolandırıcılık, verilere zarar vermek (nâsı ızrar), sabotaj, verilerde sahtekârlık, sisteme yetkisiz girme, verilerin ele geçirilmesi ve zaman hırsızlığı.

Verilerde sahtekârlık Fransa, Almanya, Portekiz, Finlandiya, Lüksemburg, Avustralya'nın güneyindeki ülkeler, Kanada, Yunanistan ve Japonya'da; verilere zarar vermek (nâsı ızrar) Avusturya, Kanada, Fransa, Almanya, İsveç, Finlandiya, Portekiz, İtalya, Amerika Birleşik Devletleri, Belçika, Lüksemburg ve İrlanda'da; bilgisayar sabotajı Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, Norveç, Yunanistan, İngiltere, Portekiz, Lüksemburg ve Avustralya'da; bilgisayar aracılığıyla dolandırıcılık Avusturya, Danimarka, Norveç, Almanya, İsveç, Finlandiya, İtalya ve Portekiz'de; verilerin ele geçirilmesi Yunanistan, Almanya, Finlandiya, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri, İtalya, Danimarka ve Portekiz'de; sisteme yetkisiz girme Danimarka, Fransa, Yunanistan, İngiltere, Portekiz, Norveç, İsveç, Güney ülkeler, Lüksembourg, İrlanda, Avustralya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde; zaman hırsızlığı ise Kanada, Norveç ve Finlandiya'da hüküm altına alınmıştır<sup>25</sup>.

## V- TÜRK CEZA HUKUKU

Bilişim suçları TCK.na 6.6.1991 tarihinde 3756 sayılı Kanun'la eklenmiştir. 525 a, 525 b, 525 c ve 525 d olmak üzere dört maddeden oluşan bu suçlar, 1989 tarihli TCKÖ.ndan birkaç fark dışında aynen alınarak kanunlaştırılmıştır<sup>26</sup>.

---

Danışman, s. 39.

Ippolito, s. 394, 395.

1987 yılında hazırlanan TCKÖ.nda bilişim suçları ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu öntasarı, kamuoyunun değerlendirilmesine sunulmuş ve çeşitli görüş ve eleştirilere

Bilişim suçları, 1989 TCKÖ.nün “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Bilişim Alanında Suçlar” ismini taşıyan dokuzuncu bölümünde 342-346 maddeler arasında düzenlenmiştir<sup>27</sup>.

Kanunlaştırmada yapılan ilk fark, sahtekârlık fiilinde olmuştur. 1989 TCKÖ.nün 344. maddesinde verileri veya diğer unsurları tahrif eden kişi ile tahrif edilmiş verileri kullanan kişiye aynı ceza verileceği öngörülürken, kanunlaşan metinde her iki kişinin fiilinin cezası arasında ayırım yapılmıştır. Başka bir söyleyişle, hem sahte veri oluşturmak hem de sahte olarak oluşturulmuş verileri kullanmak 1989 TCKÖ.nda ve TCK.nda suç olarak kabul edilmiş, ancak kanunlaşan 525 c maddesinde cezalar arasında fark yaratılmıştır<sup>28</sup>.

İkinci fark, teşebbüs ve tüzel kişilerin sorumluluğuyla ilgilidir. 346. maddenin 2. fıkrasında düzenleme kapsamına alınan “bu bölüme giren suçlara teşebbüs halinde tamamlanmış suçun cezası verilir” hükmü meclis alt komisyonunda çıkarılarak kanunlaştırılmamıştır.

Üçüncü fark, 346. maddenin 1. fıkrasında belirtilen “bu bölüme giren suçlardan tüzel kişiler de sorumludur” hükmüyle ilgili olarak yaşanmış ve bu hüküm de meclis alt komisyonu tarafından metne alınmamıştır<sup>29</sup>.

Diğer bir fark ise, 1989 TCKÖ.nün 345. maddesinin 2. ve 3. cümlelerinde öngörülen müsadereye ve kurumların kapatılmasına ilişkin hükümlerle ilgili olarak gerçekleştirilmiştir. Her iki hüküm de kanunlaştırılan metin kapsamına alınmamış, yalnız meslekten yasaklanmaya ilişkin 1. cümle fer’î ceza olarak kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

---

rin ışığında 1989 yılında ikinci öntasarı hazırlanmıştır. İşte bilişim suçları da bu öntasarıda düzenleme kapsamına alınmıştır. 1987 yılındaki Öntasarı için bkz. : Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara, (Öztek Ofset), 1987 ; Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara, (Öztek Ofset), 1987.

Öntasarı için bkz. : Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, (Yarı Açık Cezaevi Matbaası), 1989 ; Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Gerekçesi, Ankara, (Yarı Açık Cezaevi Matbaası), 1989.

344. madde: “Hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tâbi tutan bir sisteme verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden veya tahrif edilmiş olanları kullanan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” hükmünü taşımaktadır.

346. madde, “Bu bölüme giren suçlardan dolayı tüzel kişiler de sorumludur. Bu bölüme giren suçlara teşebbüs halinde tamamlanmış suçun cezası verilir” hükmü yer almaktadır.

1989 TCKÖ.nün fer’î cezalara ilişkin 345. maddesi, “342. ve 343. madde hükümlerini ihlâl eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak aşağıdaki fer’î cezalar da verilir : 1. İcrası sırasında veya icrası dolayısıyla suçun işlendiği bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten altı aydan üç yıla kadar yasaklanma, 2. Suçun işlenmesinde kullanılan veya bu maksada tahsis edilmiş bulunan veya suçtan meydana gelen şeylerin müsaderesi, 3. Suç teşkil eden fiillerin işlenmesinde kullanılan kurumların veya teşebbüse ait bir veya birden çok kurumun iki aydan bir yıla kadar kapatılması” hükmünü içermektedir.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Farkları belirttikten sonra şimdi düzenlemenin nasıl olduğunu inceleyelim. Ceza Kanunumuz 525 a/1 maddesinde, “Bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemden programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçirme...”nin; 525 a/2 maddesinde, “Bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimse...”nin; 525 b/1 maddesinde, “Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla, bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlenmesine engel olan veya yanlış biçimde işlenmesini sağlayan kimse...”nin; 525 b/2 maddesinde, “Bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimse...”nin; 525 c maddesinde, “Hukuk alanında delil olarak kullanılmak amacıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tâbi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden kimse...”nin ve ayrıca “tahrif edilmiş olanları bilerek kullananların...” cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

TCK.nun 525 a, 525 b, 525 c maddelerinde düzenleme kapsamına alınan bu suçlar konusunda genel olarak birbirine benzemekle beraber iki değişik ayırım yapılmaktadır.

İlk ayırım her fıkrada ayrı suç düzenlendiği esastan hareket edenlerin kabul ettiği sınıflandırmadır. Bu sınıflandırmayı yapanlar, suçların isimlerini değişik olarak ifade etseler de bilişim alanında suçlar babında 5 ayrı suçun düzenlendiğini kabul etmektedirler<sup>31</sup>.

İkinci ayırım, suçları dört gruba ayıranların yaptığı sınıflandırmadır. Bu şekilde sınıflandırmaya gidenler 525 a/2 maddesindeki fiili ayrı bir suç olarak öngörmektedirler<sup>32</sup>.

Biz ise kanunun açık ifadesinden her fıkrada ayrı bir suç düzenlendiğinin ortaya çıkması ve suçların niteliğinin bir kavram altında birleşmeyi mümkün kılmaması nedeniyle Ceza Kanunumuzun 5 ayrı suçu düzenlediğini kabul ediyoruz. Bunlar verilerin ele geçirilmesi suçu (m. 525 a/1), başkasına zarar vermek

---

Bkz.: Ersoy, Yüksel, “Genel Hukukî Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara, 1994, C. 49, S. 6-12, s.163; Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, (Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş.), 1998, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onbeşinci Bası, s.523; Aydın, Emin D., Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Ankara, (Doruk yayınları), 1992, s.131, 132; Yazıcıoğlu, Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukukî Boyutları İle, İstanbul, (Alfâ Basım Yayım Dağıtım), 1997, s.222,223.

Bkz.: Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, (Filiz Kitabevi ), 1994, s.506 vd.; Erem, Faruk, “Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu”, İBD, 1993, C. 69, S. 10-12, 1993, s.730 vd.; Yücel, Mustafa T., “Bilişim Suçları”, ABD, 1992, Yıl 49, S. 1-6, s.510.

için verileri kullanmak, nakletmek veya çoğaltmak suçu (m. 525 a/2), verilere veya veri işleme zarar vermek suçu (m. 525 b/1), bilgisayar aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak suçu (m. 525 b/2) ve verilerde sahtekârlık suçudur (m. 525 c).

## SONUÇ

Bilişim suçlarının yeni bir suçluluk şekli olması, teknikle bağlantısının bulunması ve sürekli gelişen bir nitelik göstermesi kapsamının ve sınırının belirlenmesinde güçlük doğurmaktadır. Bu durum, hem bilişim suçlarının anlamının belirlenmesi hem de uygulama alanının tespit edilmesi açısından geçerlidir. Ülkelerin bilişim suçlarını düzenleme altına aldıktan kısa bir süre sonra değişikliğe gitmeleri de bunu göstermektedir.



## MÜŞTEREK MÜLKİYETİN SONA ERMESİ\*

Arş. Gör. B. Banu SARIHAN\*\*

### GİRİŞ

Müşterek mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının üzerinde, tasarruf edilmesi mümkün paylara ayrılmış olarak birden fazla kişiye ait olmasıdır. Müşterek mülkiyet ilişkisi tarafların iradesiyle veya kanun hükmü gereği yahut yetkili bir makamın kararı sonucunda ortaya çıkabilir.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde paydaşlar arasında şahsi bir bağ yoktur. Her paydaş kendi payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ferdi mülkiyette olduğu gibi, müşterek mülkiyette de paydaşlar mülkiyet hakkından doğan yetki ve yükümlere sahiptirler. Her paydaşın pay oranı, onun müşterek mülkiyete ilişkin yetki ve ödevlere katılma oranını belirtir. Ancak mülkiyetten doğan yetkilere her paydaşın aynı anda ve birlikte sahip olması, menfaat çatışmalarına sebebiyet vermektedir. Çünkü, insan tabiatının özelliği gereği fert için asıl olan münferit hak sahipliğidir. Paydaşlar arası ilişkilerden doğan bazı uyumsuzluklar, müşterek mülkiyet birliğinin çözülerek münferit hak sahipliği durumuna geçilmesine sebep olmuştur.

Müşterek mülkiyet ilişkisinin diğer toplu mülkiyet hallerinden farklı en önemli özelliği sürekli olmayışıdır. Bundan dolayı kanun koyucu ilgililere her zaman için bu ilişkiyi ortadan kaldırma imkanını tanımıştır. Türk toplumunun sosyal yapısı itibarıyla müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi meselesi güncel bir öneme sahiptir. Kanun koyucu da bu özelliği dikkate alarak Medeni Kanundaki bazı boşlukları doldurmak, meselelere daha kolay çözümler bulmak amacıyla birtakım değişiklikler yapmaktadır. 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla, hukuk düzenine bazı değişiklik ve ilaveler getiren kanun koyucu, Medeni Kanuna da MK. md. 626/a ve MK. md. 626/b'yi ekleyerek "paydaşlıktan çıkarılma" kavramını kabul etmiştir.

Müşterek mülkiyet, paydaşlar arasında yapılacak anlaşma veya mahkeme kararı ile tek kişi mülkiyetine çevrilir. Türk Hukuk uygulaması müşterek mülkiyet açısından içtihat zenginidir. Bu çalışmada, "Müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi" konusu, kanun hükümleri ile uygulamadaki içtihatlar birlikte göz önüne alınarak incelenecektir.

\* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalında hazırlanan ve 25.8.94 tarihinde tez jürisi önünde savunulan aynı adlı yüksek lisans tezinin özetidir.

\*\* S.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

## I. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN SONA ERME ŞEKİLLERİ

### A. GENEL AÇIKLAMA

Müşterek mülkiyet ilişkisi içerisinde, paydaşlara her zaman paylı halin giderilmesini istemek yetkisi tanınmıştır. İştirak halindeki mülkiyetten farklı olarak, burada, müşterek malın idare ve tasarrufu hakkında eşyaya bağlı ve ekonomik amaçlı ilişkiler doğuran bir mülkiyet şekli görmekteyiz<sup>(1)</sup>.

Müşterek mülkiyet ilişkisi, yalnızca bir ya da birkaç paydaş için sona ermişse, bu kimseler müşterek mülkiyet birliğinden çıkmış olurlar. Müşterek mülkiyet ilişkisi bütün paydaşlar için sona ermişse, “müşterek mülkiyet birliği” ortadan kalkmış olur<sup>(2)</sup>. Halbuki, ilk halde birlik devam etmekte, yalnızca müşterek mülkiyet ilişkisi sona eren paydaşların payı net olarak ya aynen ya da para olarak verilmektedir<sup>(3)</sup>.

Müşterek mülkiyetin sadece paydaşlardan bir ya da birkaçı için sona ermesi, payın temlik, paydan feragat edilmesi, taşınmazlarda iyi niyetli bir üçüncü şahsın payı iktisap etmesi (MK. 931). payın cebri icra ile satılması veya paydaşın ihracı (müşterek mülkiyet ilişkisi dışına çıkarılması) halleri ile söz konusu olmaktadır<sup>(4)</sup>.

Müşterek mülkün, bütün paydaşlar tarafından bir paydaşa veya üçüncü şahsa temlik edilmesi ile müşterek mülkiyet bütün paydaşlar için sona erecektir<sup>(5)</sup>. Bunların yanı sıra, müşterek mülkiyet konusu malın terk edilmesi, cebri icra yolu ile satılması, kamulaştırılması, hüsnüniyetli bir üçüncü kişinin başlangıçta MK. 901, 931 veya zamanaşımı ile malın mülkiyetini iktisap etmesi, ya da paydaşların iradesi dışında malın tamamen yok olması hallerinde de tüm paydaşlar için sona erme söz konusudur<sup>(6)</sup>. Bütün bu sebeplerin, tek kişi mülkiyetini de sona erdirdiği bir gerçektir. Kanunumuz, müşterek mülkiyet sona erdiren özel bir sebebi daha hükme bağlamıştır. MK. md. 627 ve 628. maddeleri “taksim” diye adlandırdığımız bu özel sebebi düzenlemektedirler<sup>(7)</sup>

- 
- (1) Esmer, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 171.
  - (2) Oğuzman, Kemal M./Seliçi, Özer, Eşya Hukuku 6. Baskı, İstanbul 1992, s.102.
  - (3) Akipek, Jale G. Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973 (Akipek II), s. 35.
  - (4) Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, C.II/2, Konya 1993, s.51.
  - (5) Esmer, s. 172.
  - (6) Bk., Akipek, II,s 37; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 136; Oğuzman-Seliçi, s. 193, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı İstanbul, 1999, s.580.
  - (7) Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 136.



Ortaklığa son verilmesindeki nihai gaye, paydaşların müşterek mülkiyet sıfatından müstakil hak sahibi durumuna geçmeleridir<sup>(8)</sup>

Taksim, müşterek mülkiyet ilişkisinin ya tarafların aralarında anlaşarak yaptıkları rızai bir işlemle, ya da mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir. Her paydaş, taksim işlemi ile; müşterek eşya parçalara bölünmeye müsait ise payını bölünerek aynen değilse, satılarak bedelini nakden alır ve böylece toplu mülkiyetten ferdi mülkiyet ilişkisine geçilmiş olur<sup>(9)</sup>

Özetle; müşterek maliklerin aralarında anlaşarak yaptıkları taksime “rızaî taksim”, mahkeme kararıyla yapılan taksime de “kazai taksim” adı verilmektedir. Yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen taksim hakkı, tek başına kullanılmakla müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdirmez. Öteki paydaşlar için taksimi gerçekleştirme borcunu doğurur. Taksim yapıldıktan sonra ise müşterek mülkiyet ilişkisi tamamen ortadan kalkacaktır<sup>(10)</sup>

## B. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN BAZI PAYDAŞLAR İÇİN SONA ERMESİ

### 1. Genel Açıklama

Müşterek mülkiyet yalnızca bir paydaş veya bazı paydaşlar için sona ermiş sınırlı sona ermeden bahsetmek gerekecektir. Müşterek maliklerden biri payını bir başkasına temlik ederse, payından feragat ederse veya pay cebri icra yolu ile satılır yahut paydaş müşterek mülkiyet ilişkisinden ihraç edilirse, diğer paydaşlar arasında devam etmekle birlikte, bu paydaş için müşterek maliklik sıfatı ortadan kalkmıştır<sup>(11)</sup>

Paydaşlardan biri ya da birkaçının payını üçüncü bir şahsa devretmesi ile, devralan şahıs müşterek mülkiyet ilişkisine girmekte, devreden ise ortaklıktan çıkmaktadır<sup>(12)</sup>. Her paydaş diğer paydaşların iznine gerek olmaksızın, kendi hissesini veya hissesinin bir bölümünü temlik edebilir. Temlik işleminin, izne ya da muvafakata bağlı olarak yapılacağı hususunda yapılan akitler, yalnızca taraflar ve külli halefleri arasında hüküm ifade edecektir. Yoksa üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez<sup>(13)</sup>.

(8) Aybay, Aydın, Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966, s.7.

(9) Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 420.

(10) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 422; Akipek II, s. 38; Oğuzman/Seliçi, s. 294; Aybay/Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 150.

(11) Esener, Turhan, Eşya Hukuku, Ankara 1971, Son baskı, s. 119.

(12) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 449.

(13) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.581.

## Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi

Müşterek malikler, aralarında yaptıkları bir anlaşma ile her birinin yararlanacağı kısmı fiili olarak belirlerlerse, her müşterek malik, kendisine tahsis edilen kısmı bağımsız olarak kiraya verebilir veya kira sözleşmesini tek başına feshedebilir<sup>(14)</sup>. Müşterek mülkiyet konusu eşyanın tamamının veya bir bölümünün üçüncü bir kişiye kiralanması ise önemli yönetim işlerindedir. Bu nedenle ancak pay ve paydaş çoğunluğu ile karara bağlanabilir<sup>(15)</sup>.

Müşterek mülkiyet ilişkisini yalnızca bazı paydaşlar açısından sona erdiren diğer sebepleri payın terki, kamulaştırılması, cebri icra yolu ile haczi, zamaşımı, iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabı olarak sıralayabiliriz.

### 2. Payın Terki

Terk, yâni paydaşın payından feragat etmesi halinde, terkedilen payın ve müşterek mülkiyet durumunun ne olacağı tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre, mülkiyet ilişkisinden bir paydaşın payını terk etmesi halinde, diğer paydaşların hakları, payları nispetinde büyür. Diğer bir görüş ise, paydaşların terkedilen hisseye payları oranında değil de eşit olarak malik olacakları sonucunu kabul etmektedir<sup>(16)</sup>.

Taşınmaz mallarda, müşterek malikin hissesine ilişkin feragatinin geçerli olabilmesi için, MK. md. 643/1 gereğince, paydaşın yazılı talebi ve bu talebe istinaden sicil kaydının terkinin gerekmektedir. Paydaş, feragat işlemi hüküm doğuruncaya kadar muaccel olan yükümlülüklerinden kurtulamaz<sup>(17)</sup>.

Menkullerde ise, müşterek mülkiyet konusu malın zilyedliği terk niyetiyle bırakılmadıkça, paydaş hissesinden feragat etmiş sayılmaz<sup>(18)</sup>.

### 3. Payın Temliki

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, paydaşlardan herbirinin müşterek mülkle ilgili olarak yararlanma, kullanma ve tasarruf işlemi yapma yetkisi mevcuttur<sup>(19)</sup>. Bu konu, MK. md. 625 ile kanunda hükme bağlanmıştır.

MK. md. 623'e göre ise, paydaşlardan herbiri kendi hissesi üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Söz konusu hükme göre, hissedarlardan herbiri

(14) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 413; Ayan, 38; 1. HD., 27.05.1985, E. 1985/6776, K. 1985/6721 (YKD., C. 12, S. 3, 1986, 339-3740); 1. HD., 27.9.1993, E. 1993/10997 (YKD., C. 20, S. 1, 1994, s.25).

(15) Oğuzman/Seliçi, s.303; Ayan, s.38; 1 HD., 18.2.1985, E. 1985/1588, K. 1985/1770 (YKD., C. 11, S. 11, 1985, s.1611-1612).

(16) Oğuzman/Seliçi, s. 293; Esmer, s. 449; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 58; Akipek, s. 36; Aybay, s. 11.

(17) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 51.

(18) Oğuzman/Seliçi, s. 620.

(19) Esmer, s. 163.

kendi hissesi hakkında malik hak ve mükellefiyetlerini haiz olup, hissesini temlik veya terhin edebilir. Alacaklıları da bu hisseyi haczettirebilirler. Bu ifadeden yola çıkarak, her paydaşın müşterek mülkiyet payını, diğer maliklerin izin yada icazetine bağlı olmadan, dilediği kişiye temlik etmesinin mümkün olduğu sonucuna varmaktayız. Bu şekilde payını devreden kişinin, müşterek maliklik sıfatı ortadan kalkar. Payı devralan yeni malik müşterek mülkiyet birliğine katılmış olur<sup>(20)</sup>. Kural olarak (aksine anlaşma yoksa) müşterek eşyanın kullanılması, faydalanılması, idaresi, konusunda önceden yapılmış anlaşmalar yeni maliki bağlamayacaktır. Yeni paydaş bu hususlarda kanın hükümlerine tabi olur<sup>(21)</sup>.

Borçlandırıcı işlem tapu memurunca yapılmalıdır. MK. md. 924/1 gereğince paydaş taşınmaz malın tescil işlemini yaptırırken, tasarruf hakkı ile tescilin hukuki sebebini ispatlamalıdır<sup>(22)</sup>. Her paydaşın diğer paydaşların izin veya muvafakat almasına lüzum olmaksızın hissesinin tamamını yada yalnızca bir kısmını, dilediği şahsa temlik edebileceğini belirtmiştik. Devralan şahıs üçüncü bir kişi olabileceği gibi halen paydaş da olabilir. Bu halde üçüncü kişi; müşterek mülkiyet birliğine girmiş olur ve paydaş sıfatını kazanır. Devralan şahıs paydaş ise, payı devraldığı pay oranında artar<sup>(23)</sup>.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, müşterek maliklerin paydaşın yaptığı tasarruf işlemlerine müdahale edememekle beraber, sadece taşınmaz mallarda, müşterek maliklerden biri payını üçüncü bir kişiye temlik ederse, diğer müşterek maliklerin devredilen payı öncelikle satın alabilme hakkı vardır<sup>(24)</sup>. MK. md. 659'a göre, "Bir gayrimenkulun hissedarları onun şayi bir payını satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haizdir." Kanuni şuf'a hakkı, gayrimenkullerde, müşterek mülkiyet hakkının temlikinde kanuni bir sınırlamadır<sup>(25)</sup>. Kanuni şufa hakkı "müşterek mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birinin payını 3. şahsa satması durumunda, diğer paydaşlara satılan bu payı aynı şartlarla, tek taraflı, yöneltmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu haktır." şeklinde tanımlanmaktadır<sup>(26)</sup>. Kanuni şuf'a hakkına ilişkin hüküm emredici olmadığı için bundan feragat mümkündür<sup>(27)</sup>.

(20) Ayan, s. 51.

(21) Akipek, s. 36.

(22) Gürsoy/Eren/Cansel s.405.

(23) Gürsoy/Eren/Cansel s.432; Kısagün, Adli, İştirak Halinde ve Müşterek Mülkiyet Davaları, Ankara 1960, s.164-165

(24) Gürsoy/Eren/Cansel s.433; Ayan s.31; Akipek, s.36.

(25) Oğuzman-Seliçi, s. 280. HGK., 17.3.1982, E.6981/6-299, K.1982/270, (YKD., C.9,S.1,1983,23-26)

(26) Ayan, s. 242; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 614.

(27) Tekinay, Selahattin, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C.II/1, İstanbul 1988, s.39 Akipek, II. s.215; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 433; Oğuzman s.469.

## Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi

Kanuni şuf'a ile amaçlanan, iktisadi olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlık yaratan müşterek mülkiyetin ortadan kalkmasını kolaylaştırmak, paydaşlar topluluğuna yabancıların girmesini önlemek ve ayrıca arazilerin çok fazla bölünmesini engellemektir.

Kamulaştırmalarda ve cebri icra yolu ile olan satışlarda şuf'a hakkı kullanılamaz.<sup>(28)</sup>

Hukuki işleme dayanan şuf'a hakkı menkul mallar için de kurulabileceği halde, kanuni şuf'a bakımından buna imkan yoktur. Bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi, şuf'a hakkının kullanılmasında da dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu vardır. Şuf'a hakkının kullanılmasında feragat halinde, dava hakkı sona erer<sup>(29)</sup>.

Kanuni şuf'a hakkı, doğrudan doğruya kanundan doğan bir haktır. Müşterek mülkiyet payının iktisap edilmesi ile tapu siciline tescil aranmaksızın kendiliğinden kazanılır<sup>(30)</sup>.

Özetle, kanuni şuf'a hakkı şahsa değil paya bağlı bir haktır. İki kişiden oluşan bir müşterek mülkiyet ilişkisi varsa, bir paydaş kanuni şuf'a hakkını kullanınca tek kişi mülkiyeti doğar. Birden fazla paydaş, şuf'a hakkının kullanırsa, kazanılan payı her biri payları nispetinde orantılı olarak paylaşılır<sup>(31)</sup>

Kanuni şuf'a hakkının kullanılması tek taraflı, muhataba ulaşması gereken bir beyanla olur. Uygulamalarda kanuni şuf'a hakkı doğrudan doğruya dava açılarak kullanılmaktadır<sup>(32)</sup>.

Paydaşlar kendi aralarında müşterek mülkiyet payının temlikini sınırlayan sözleşmeler yapmış olabilir. Bu sözleşmeler sadece taraflar ve onların külli halefleri arasında borç doğurucu hüküm ifade ederler, cüz'î haleflere karşı ise hüküm ifade etmezler<sup>(33)</sup>. Bu şekilde anlaşmaların, kanun tarafından açıkça imkan tanınmadığı için, tapu siciline şerh edilerek de üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>(34)</sup>.

(28) 6.HD.,2.6.1980, E.1980/5679 (YKD., 1981, C.I, s.1, 42)

(29) Gürsoy/Eren/Cansel s.614; Saymen- Elbir, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963, s.379; Tekinay, Takyitler, s.46; Ertaş, Şeref Eşya Hukuku, Ankara, 1989, s. 279.

(30) Feyzioğlu, Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar, İ.H.F.M., C. 19-1-2, 1953, s.224; Gürsoy/Eren/Cansel. s.615; Ayan, s.245.

(31) Gürsoy/Eren/Cansel, s.433.

(32) Tekinay/Takyitler, s.48.

(33) Gürsoy/Eren/Cansel, s.433; Oğuzhan/Seliçi, s.280; Ayan, s.32.

(34) Oğuzhan/Seliçi, s.180; Ayan, s.32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.581.

Müşterek maliklerden her biri kendi hissesi üzerinde temlik tasarruflar yapabileceği gibi, her biri kendi hissesi üzerinde müstakilen rehin tesis edebilir veya sınırlı bir aynı hak kurabilir<sup>(35)</sup>.

Müşterek mülkiyet payı, maddi kullanmayı gerektiren irtifak haklarına konu olmaz. Bu irtifaklara örnek olarak geçit irtifakını verebiliriz. Zira hakkına tahsis edilecek yerin her cüzünü diğer paydaşların hakları vardır, bu hakların ihlali söz konusu olmadan o yerden geçmek mümkün olmayacaktır. Bunun gibi inşaat hakkı, kaynak hakkı, sükna hakkı ve MK. md. 753 çerçevesinde düzenlenen irtifak hakları pay üzerinde kurulamaz<sup>(36)</sup>.

#### 4-Payın Kamulaştırılması

Kamulaştırma, kamu menfaatinin gerekli kıldığı hallerde, bir taşınmazın, kamu tüzel kişilerince, kanundaki usullere uygun olarak sahibinin elinden rızası hilafına alınmasıdır.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, paydaşlardan birinin veya birkaçının payına devlet tarafından el konulması halinde paydaşlar açısından payları üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecek, kamulaştırma yapan açısından ise mülkiyet hakkı aslı olarak doğacaktır. Kamulaştırmada kamulaştırma bedelinin malike ödenmesi veya onun adına milli bir bankaya yatırılması yani kamulaştırmanın tamamlanması anında mülkiyet hakkı kaybedilmiş olur<sup>(37)</sup>.

#### 5-Payın Haczi

Müşterek mülkiyet ilişkisinde paydaşlardan birinin veya birkaçının payı cebri icra yolu el değiştirirse, ilgili paydaşlar mülkiyet birliğinden çıkmış olurlar.

Taşınır mülkiyetinin sona ermesi, mülkiyetin devir ve terki hallerinde malikin rızasına dayanır. Diğer hallerde ise mülkiyet, malikin rızası dışında sona erer. Buna dayanarak, taşınır mallarda payın haczedilmesi, malikin rızası dışında sona ermedir<sup>(38)</sup>.

#### 6-Paydaşlıktan Çıkarılma

##### a) Genel Olarak Paydaşlıktan Çıkarılma Kavramı

Müşterek mülkiyet sınırlı olarak sona erdiren sebeplerden biri olan “paydaşlıktan çıkarılma (ihraç)” konusunun mevzuatımıza girişi oldukça yenidir. Medeni Kanunda yapılan değişiklikle getirilen bu yeni düzenleme ile önemli bazı

(35) Saymen/Elbir, s.262.

(36) Oğuzhan/Seliçi, s.279.

(37) Ayan, s.281; Gürsoy/Eren/Cansel, s.557.

(38) Oğuzhan/Seliçi, s.619.

ihtiyaçların karşılanması amaçlanmıştır. Şöyle ki; 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunun kabulüne kadar paydaşlardan birinin müşterek mülkiyet ilişkisinden ihracı konusunda Medeni Kanunda bir hüküm mevcut değildi. Bu kanunun kabulü ile mevzuatımıza girmiştir<sup>(39)</sup>.

Bu hükümlerde, yoruma bağlı çok sayıda boşluk ile hakimın takdir hakkının oldukça geniş tutulduğunu görmekteyiz. Getirilen yeni hükümler, oldukça fazla eleştiri almış ve bazı düzeltme ve eklemelere gerek duyulduğu sonucuna varılmıştır<sup>(40)</sup>.

### b) Paydaşlıktan Çıkarılma Davasına İlişkin Hükümler

Paydaşlıktan çıkarılma davasının uygulama alanına baktığımızda hem taşınurlar hem de taşınmazlar bakımından geçerli olduğunu görmekteyiz. Ancak düzenlemelerin lafzi yorumlanması sonucu, taşınurların taşınmazlar karşısında ekonomik açıdan önemsiz olduğu ve bunun sonucunda kanun koyucunun, taşınurlardaki müşterek mülkiyet birliğini önemsemeyerek, düzenleme amacı taşımadığı öne sürülemez. Çünkü ekonomik açıdan oldukça değerli olan öyle taşınurlar uyumsuzluk konusu olabilir ki, taşınmazlar bunların yanında sönük kalabilir. Mesela antika bir tabloya müştereken sahip olan ortakların durumu böyledir<sup>(41)</sup>. Müşterek mülkiyet birliğinin devamının çekilmez olması şartı, taşınurlarda daha ağır yükümlülük ihlallerine bağlıdır. Çünkü taşınır mallarda kişisel

<sup>39)</sup> Madde 626/a'ya göre, "Kendi tutum ve davranışları veya malın kullanılmasını bıraktığı yada fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışları ile diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlal eden hissedar, bu yüzden onlar için müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmişse mahkeme kararıyla hissedarlıktan çıkarılabilir.

Davanın açılması, aksine bir anlaşma yoksa, hissedarların hem hisse hem de sayı bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlıdır.

Hakim açılma talebini haklı gördüğü takdirde, çıkarılacak hissedarın hissesini karşılayacak kısmı maldan ayırmak mümkün ise bu ayırmayı yaparak ayrılan parçanın müşterek mülkiyetten çıkarılana tahsisine karar verir.

Aynen ayırımı mümkün bulunmayan maldaki hissenin dava tarihindeki değeri ile kendilerine devrini isteyen hissedar veya hissedarlar bunu hissedarlıktan çıkarılma talebi ile birlikte istemek zorundadırlar. Hakim, hükümden önce re'sen tayin edeceği münasip bir mehil içinde hisse değerinin tespiti veya tevdiine karar verir. Davanın kabulü halinde hissenin talep eden adına tesciline hükümlenir.

Hisseyi karşılayacak kısmın maldan aynen ayrılması mümkün olmaz ve bu hisseye talip olan hissedar bulunmazsa hakim, davalıya hissesini temlik etmesi için bir süre tayin eder ve bu süre içinde temlik edilmeyen hissenin açık artırma ile satışına karar verir. Satış kararı cebri icra yoluyla paraya çevirmeye dair hükümler uyarınca yerine getirilir".

Madde 626/b'ye göre ise, "Bir hissedarın çıkarılmasına dair hükümler, kıyas yoluyla intifa veya diğer bir aynî hak veya tapuya şerh edilmiş kira gibi şahsi hak sahibine de uygulanır. Şu kadar ki, devri caiz olmayan hakkın uygun bir tazminat karşılığında sona ermesine karar verilir."

<sup>40)</sup> Bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, s.136.

<sup>41)</sup> Özmen, Ethem Saba, Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarılma Davası, Ankara 1992, s. 55.

uyum içinde olma zorunluluğu taşınmazlara oranla daha sınırlı anlam ifade etmektedir<sup>(42)</sup>.

Paydaşıktan çıkarma talebi bir şahsi alacak hakkına dayanmaktadır. Bu talebin yükümlüsü, talebe konu olan davranışı yani paydaşıktan ayrılmayı çeşitli erdemlerle yerine getirecek olan paydaştır. Şayet paydaş bu yükümlülüğü iradesi ile yerine getirmezse, paydaşıktan çıkarma davası açmak kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla paydaşıktan çıkarma yolunda diğer paydaşlar için bir subjektif hak olarak ortaya çıkan bu gereği yerine getirmekle yükümlü borçlu kişi, davalı olacaktır. Yani, davalı taraf yükümlülüklerini ağır surette ihlâl ederek müşterek mülkiyet ilişkisini çekilmez hale getiren kişidir.

Davalı tarafta tek bir paydaşın bulunması halinde husumet bu kişiye yönelilecektir. Ancak, davalı tarafta birden fazla paydaşın bulunması halinde sorun maddi hukuka ilişkin hükümlere çözümlenecektir. Bu durumda, HMUK. md. 43'de yer alan ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır<sup>(43)</sup>. Böylece aynı vakıa ve aynı hukuki nedenden doğmuş olma olgusu ile davacılar ihtiyari olarak her bir davalıya birlikte dava açabilecektir. Ancak, kural olarak bölünmesi mümkün olmayan hak ve taleplerde, paydaşların tümü bakımından aynı ve tek bir hüküm verilmesi gerektiği için, mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır<sup>(44)</sup>.

Paydaşıktan çıkarma davası; taşınmazlarda mutlak yetki kuralı olarak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde (HMUK, md. 13/1), taşınırlarda ise genel yetki kuralları gereğince davalı paydaşın ikametgahı mahkemesinde görülecektir. Paydaşıktan çıkarma davası, HMUK. md. 8 gereğince dava konusu olan şeyin değerine bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesinde açılacaktır.

MK. md. 626/a hükmünde paydaşıktan çıkarma davası hakkında herhangi bir süre belirtilmemiştir. Ancak paydaşıktan çıkarma talebini şahsi nitelikte bir alacak hakkı olarak kabul ettiğimiz için zamanaşımına bağlı olmalıdır (Bk. 125). Paydaşıktan çıkarma davasında da altı ay ve beş yıllık sürelerin MK. md. 25/sonla kıyasen uygulanması mümkün olur<sup>(45)</sup>.

Medeni Kanunun 626/a madde hükmünün 4. fıkrası, aynen ayrımı mümkün olmayan maldaki hissenin dava tarihindeki değeri ile davacı paydaş ve paydaşlara verilmesi imkanını tanımıştır. Kanaatimizce, çoğunluğu teşkil eden hissedarların, azınlığı, birlikten tasfiye etmek için bu hükme dayanmalarını önlemek gereklidir. Bunun için hakimin, aynen ayrımı mümkün olmayan mallar açısından

(42) Özmen, s.56.

(43) Bu konuda bk., Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s.108-137.

(44) Bu konuda bk, Ulukapı, s.43-105.

(45) Feyzioğlu, C. II, s.521-522.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

paydaşa temlik için süre vermesi ve bu süre sonucunda temlik söz konusu olmazsa payın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi gereklidir<sup>(46)</sup>.

Görüldüğü gibi bazı düzeltme ve eklemelere ihtiyaç duyan MK. md. 626/a ve bu hükümleri genel olarak ele alındığında alınması gerekli olan düzenlemelerin ilk adımı olarak düşünülebilir. Bu hükümler çerçevesinde, müşterek mülkiyet birliğinden çıkarılan paydaş açısından müşterek mülkiyet ilişkisi sona erecektir. Böylelikle; müşterek mülkiyet ilişkisinin ahengini bozan paydaşlar tasfiye edilerek diğer paydaşların müşterek mülkiyet birliğinin düzenli bir biçimde devamını sağlamaları mümkün olacaktır.

### **C-MÜŞTEREK MÜLKİYETİN BÜTÜN PAYDAŞLAR İÇİN SONA ERMESİ**

#### **1. Genel Sebepler**

Müşterek mülkiyet ilişkisini bütün paydaşlar bakımından sona erdiren sebepler incelendiği zaman, mülkiyet hakkının sona ermesine ilişkin genel hükümlerin burada da geçerli olduğu görülmektedir<sup>(47)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu malın tabii olaylar sonucu yok olması halinde artık bütün paydaşlar açısından müşterek mülkiyet birliği ortadan kalkmış olacaktır<sup>(48)</sup>.

Mülkiyetin mutlak olarak kaybı, taşınır yada taşınmaz eşyanın terk edilmesi durumunda da karşımıza çıkmaktadır. Taşınırlarda terk; mülkiyetten feragat iradesiyle, taşınır eşya zilyetliğinin bırakılmasıdır<sup>(49)</sup>. Taşınmazlarda da, çok sık rastlanılmamakla beraber, terk, mülkiyeti, dolayısıyla müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisidir<sup>(50)</sup>.

Menkul mülkiyetinin sona ermesi mülkiyetin devri ve terki hallerinde müşterek maliklerin rızasına dayanır. Bu halde taşınır sahipsiz eşya haline gelmekte ve üzerindeki mülkiyet hakkı mutlak olarak sona ermektedir.

Müşterek mülkiyet konusu eşya kamulaştırılması halinde de, müşterek maliklerin tümü açısından mülkiyet ortadan kaldırılmaktadır. Mülkiyet hakkı,

<sup>5)</sup> Özmen, s.103-104.

<sup>7)</sup> 6. HD., 24.12.1992, E. 1992/14169, K. 1992/14944 (YKD., C. 20 S. 1, 1994, s.41-42)

<sup>3)</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.79-341.

<sup>2)</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.341.

<sup>1)</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.79.



müşterek malikleri açısından sona ermekte, kamulaştırma işlemini yapan idare açısından ise doğmaktadır<sup>(51)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu mal, haciz yoluyla yapılan bir icra takibi sonucunda icra dairesi tarafından açık arttırma yoluyla paraya çevrilirse, artık müşterek ilişkisi bütün paydaşlar bakımından sona ermiş olacaktır<sup>(52)</sup>.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, her paydaş yalnızca kendi payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Temlik veya rehin gibi malın tamamını kapsayan tasarrufi muameleler için bütün paydaşların rızalarını beyan etmeleri gerekir<sup>(53)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu malın, satış trampa, bağışlama gibi temlik muamelelere konu olması halinde bu işlemlerin geçerliliği bütün hissedarların oybirliği ile karar almış olmalarına bağlıdır. Tek bir hissedar dahi muhalefette bulunursa bu işlemler yapılamaz<sup>(54)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu mal üzerinde oybirliği ile yapılması gereken bir tasarruf işlemi (temlik vs.), paydaşlardan yalnız biri için dahi şekil bakımından sakatlanmış olsa, hükümsüzlük yalnız o paydaşın payına değil, tasarrufun tamamına şamil olur<sup>(55)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu olan mal zamanaşımı yolu ile iktisap edildiği zaman, müşterek maliklerin tamamı açısından müşterek mülkiyet ilişkisi ortadan kalkmış olacaktır<sup>(56)</sup>.

Müşterek mülkiyet konusu eşyanın mülkiyetini üçüncü bir kişinin iyi niyetle kazanması halinde, müşterek maliklerin tamamı için müşterek mülkiyeti ilişkisi sona ermiş olacaktır<sup>(57)</sup>.

## 2. Taksim

Medeni Kanunumuz müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdiren özel bir sebep getirmiştir. Kanundaki deyimiyile “taksim” olarak ifade edilen bu sebep md. 627 ve 628’de düzenlenmiştir.

- 
- (51) Akipek, II, 156; Gürsoy/Eren-Cansel, s.500; Ertaş, s.111.  
 (52) Ayan, 137. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.715.  
 (53) Oğuzhan/Seliçi, s.189.  
 (54) Çekişmeli taşınmaz, müşterek mülkiyet konusu olduğuna göre, temlikten tescil davasında husumet tüm paydaşlara yöneltilmelidir” (YKD., C.11, S. 6, 1986, s.939).  
 (55) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.585.  
 (56) Ertaş, s.226.  
 (57) Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.184-185.  
 Selçuk Üniversitesi  
 Hukuk Fakültesi Dergisi  
 Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

**a) Taksim İsteme Hakkı ve Hukuki Niteliği**

Taksim isteme hakkı, müşterek mülkiyet ilişkisinin paydaşlarına tanınmış bir haktır. Her paydaş, müşterek mülkiyetin sona erdirilmesini diğer paydaşlardan isteyebilir. Taksim isteme hakkı paya bağlı bir haktır. Hisselerini temlik eden hissedarın bu hakkı da ortadan kalkar<sup>(58)</sup>. Payı devralan kişi, kendiliğinden taksimi talep hakkını da devralmış olur. Dolayısıyla, taksim isteme hakkı zamanaşımına uğramaz<sup>(59)</sup>.

Paydaşlardan her birinin, müşterek mülkiyet ilişkisinde, diğer paydaşlardan taksim yapılmasını isteme hakkının olduğu belirtmiştik. Bu hakkın kullanılması tek başına müşterek mülkiyet ilişkisini sone erdirmez<sup>(60)</sup>. Bütün diğer müşterek maliklere ve onların külli haleflerine karşı kullanılan taksim isteme hakkı, onlara ulaştığı anda, hissedarların tümü için müşterek mülkiyeti sona erdirmeye borcu doğurur<sup>(61)</sup>. Müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi sonucu ancak taksim ile hasıl olur<sup>(62)</sup>. Bu açıdan doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. İlk olarak müşterek mülkiyetin ortadan kalkarak paydaşların müşterek hak sahipliğinden münferit hak sahipliğine geçmeleri olayında birbirine bağlı olarak iki ayrı safhanın bulunduğu görüşü ortaya atılmıştır. Buna göre; hissedarlar önce aralarındaki hukuki ilişkiyi ortadan kaldıracaklardır. “Müşterek mülkiyet ilişkisinin çözülmesi safhası” olarak nitelendirilen bu ilk safha herhangi bir borç ilişkisinin ortadan kalkması niteliğindedir<sup>(63)</sup>. Bu konuda paydaşı tanınan hakka “paylı halin giderilmesi hakkı” denir. İkinci safha ise, müşterek mülkiyet konusu eşya olmaktan çıkarılan şeyin akibetini tayin eder. Bu halde, müşterek mülkiyet konusu olmaktan çıkan eşya üzerindeki hak sahipliği tasfiye edilir<sup>(64)</sup>. İlgililerin, sona eren borç ilişkisi dolayısıyla ortada kalan şeyin akibetini tayin edecekleri bu safhaya da “taksim” adı verilmektedir<sup>(65)</sup>. Bu görüşe göre, kanunda, ilk safha gerçekleşmiş farz edilerek hükümler düzenlenmiştir.

58) Saymen / Elbir, s.271.

59) Akipek, II, s.38; Saymen / Elbir, s.271; Ayan, s.54.

60) Ayan, II, s.54.

61) Gürsoy / Eren / Cansel, s.422.

62) HGK, 2.11.1988, E. 88/6585, K. 88/870, “...Paydaşlardan biri bu hakkı kullanınca diğer paydaşlar taksimi yerine getirme borcu altına girerler. Ancak bu hak kullanılınca müşterek mülkiyet kendiliğinden ortada kalkmaz; bu sonuç ancak taksim ile hasıl olur...” (YKD., C.15, S.8, 1989, s.1076-1078).

63) (119) Aybay, Taksim, s.2.3; Aybay, Aydın, Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi, İHFM., C.I.

64) Akipek, II, s.37; Acemoğlu, Meseleler, s.93.

65) Aybay, Taksim, 2,3; Akipek, II, s.37.

Ancak bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre; “taksim ile müşterek mülkiyetin sona erdirilmesinde, mal müşterek mülkiyetten çıkıncaya kadar (aynen taksim, üçüncü bir şahsa satış) müşterek mülkiyet birliği devam eder. Bu iki sonucun ayrı ayrı sağlanması söz konusu olamaz. MK. md. 627’nin birinci safhayı, MK. md. 628’in ikinci safhayı düzenlediği, müşterek maliklerin yapacakları bir kısım anlaşmaların birinci safhayı, bir kısım anlaşmaların ikinci safhayı ilgilendirdiği öne sürülerek, önce müşterek mülkiyet birliğinin çözüldüğü, sonra tasfiyeye geçildiği görüşü ileri sürülemez. Zira, MK. md. 627 taksim isteme hakkını ve buna ilişkin meseleleri, MK. md. 628 taksim hakkının kullanılmasının sonuçlarını düzenlemektedir. İdame-i şuyu mukavelesi gibi anlaşmalar taksim isteme hakkının kullanılmasında şartına, taksim tarzı ile ilgili anlaşmalar taksim istenmesinin sonuçlarına ilişkindir. Bunlardan, taksim istenmesi ile müşterek mülkiyet birliğinin sona erdiği, bundan sonra tasfiyeye geçileceği anlamı çıkarılamaz. Kaldı ki, ortada müşterek malın başka tasfiye konusu bulunmadığına göre tasfiye döneminde malın malikleri arasındaki münasebete müşterek mülkiyet münasebetine ilişkin hükümlerden (MK. md. 623-625) başka hükümler de uygulanamaz”<sup>(66)</sup>.

Müşterek mülkiyet ilişkisinde her müşterek paydaşın diğer paydaşlardan taksimin yapılmasını isteme hakkı vardır. Bu hak, hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir hakır<sup>(67)</sup>. Bu konu da doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Taksim isteme hakkının hukuki niteliği konusunda üç görüş ileri sürülmüştür. Bunlarda ilki, Alman Hukukunda kabul edilen Borçlar Hukukuna ilişkin (nispi nitelikte) bir talep hakkı olduğu görüşüdür<sup>(68)</sup>. İsviçre Hukukunda ise, hisseli mülkiyetin sona erdirilmesini talep hakkının aynı nitelikte bir talep hakkı olduğu görüşü savunulmaktadır<sup>(69)</sup>. Üçüncü görüş ise bizde hakim olan görüştür ki, taksim isteme hakkını yenilik doğuran bir hak olduğu görüşüdür<sup>(70)</sup>.

Müşterek mülkiyet sona erdirmeyi talep hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu için bütün hissedarlara yönelmelidir<sup>(71)</sup>. Müşterek mülkiyet payına bağlı bir

(66) Oğuzman/Seliçi, 312, dn. s.128.

(67) Oğuzman/Seliçi, s.312; Akipek, II, s.38; Ayiter, s.93; Gürsoy/Eren/Cansel, s.422; Aybay/Hatemi, s.149; Ayan, s.54.

(68) Aynı fikirde bk, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.604. Hatemi/Serozan/Arpacı ise, nispi hak niteliğinde bir talep hakkı olarak nitelendirdiği taksim isteme hakkının zamanaşımına uğradığı, dolayısıyla bu hakkın suigeneris bir hak olduğunu kabulün en doğrusu olduğunu savunmaktadır.

(69) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 604.

(70) Oğuzman/Seliçi, s.312; Gürsoy/Eren/Cansel, s.422, Aybay/Hatemi, s.149, Ayiter, s.93, Akipek, II, s.38, Ayan, s.54; Aybay’a göre, “... Taksim hakkı tasfiye şekli bakımından mahkeme vasıtasıyla kullanılan bir yenilik doğuran hakır”, Taksim, s. 16.

(71) Gürsoy/eren/Cansel, s.422.

haktır ve payın devri ile kendiliğinden yeni müşterek malike geçer<sup>(72)</sup>. Bu nedenle ki zamanaşımına uğraması söz konusu olmaz.

### **b-Taksim İsteme Hakkının Kullanılmayacağı Haller**

Kural olarak, müşterek maliklerden her biri taksim isteme hakkını her zaman kullanabilir. Ancak bu hakkın da akitten ve kanundan doğan bir takım sınırları vardır ve bu hallerde taksim talebinde bulunulamaz.

MK. md. 627'e göre; üç halde taksim talebinde bulunulmaz. Bunlardan ilki "taksim belirlenmiş bir süre istemeyeceği hususunda anlaşılması", ikincisi "eşyanın devamlı bir amaca tahsis edilmiş olması" ve sonuncusu "taksim münasip bir zamanda talep edilmemesi" dir.

Müşterek malikler, hukuki işlem yapma özgürlüklerinin bir sonucu olarak, aralarında yapacakları bir hukuki muamele ile müşterek mülkiyetin sona ermesini geciktirebilirler. Bu imkan, paydaşlara, on yıllık bir süre ile sınırlandırılarak tanınmıştır. On yıllık süre dolunca işlem hükümden düşer, işlem öncesi hukuki durum yeniden doğar<sup>(73)</sup>.

Uygulamada, paydaşların, taksim isteme hakkının kullanılmasının on sene için bertaraf ettikleri bu anlaşmaya "idame-i şüyu mukavelesi" denmektedir. Kanun, idame-i şüyu mukavelesi ile paylı halin giderilmesini isteme hakkına getirilen sınırın en çok on yıl olabileceğini vurgulamıştır (MK. md. 627)<sup>(74)</sup>. Fakat bu hakkı daha uzun süre ile sınırlayan işlemler hükümsüz değildir, on yıllık süreye indirilerek geçerli sayılır<sup>(75)</sup>. Bu süre dolunca, akdin kendiliğinden yenileneceği hakkında önceden kararlaştırılan bir kayıt geçerli olmaz<sup>(76)</sup>. İdame-i şüyu sözleşmesi, yalnızca sözleşmenin tarafları ile onların külli haleflerine karşı etkilidir. Cüz-i halefleri ise, kural olarak bağlamayacaktır.

MK. md. 627, müşterek şeyin devamlı bir amaca tahsis edilmesi halinde taksim istenemeyeceğini belirtmiştir. "Devamlı amaca tahsis" ifadesinden ne anlaşılacağı konusunda açıklık olmadığından, müşterek nesnenin devamlı bir amaca tahsis edilip edilmediği paydaşların müşterek iradesine bakılarak anlaşılabilir<sup>(77)</sup>. İki taşınmaz arasındaki müşterek duvar, çit, parmaklık ve benzeri sınır işaret ve yapıları (MK. md. 647) ile birden çok binayı ısıtmaya yönelik kalorifer

<sup>72)</sup> Ayan, s.54; HGK., 2.11.1988, E. 88/6585, K. 88/870 8YKD., C. 15, S. 8, 1989, 1076,1078).

<sup>73)</sup> Aybay, Aydın, Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması, AD., S. 10, 1965, s. 1206-1224).

<sup>74)</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.140.

<sup>75)</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 607, Aybay, Paylı Halin Sınırlandırılması, s.1212.

<sup>76)</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 607, Reisoğlu, 16. Aksi görüş için bk. Aybay, Paylı Halin Sınırlandırılması, s.1213.

<sup>77)</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 140.

tesisatı, ortak avlu, ortak garaj, çocuk bahçesi, yol ve kuyu, çeşme devamlı bir amaca tahsis edilmiş müşterek mala örnek olarak gösterilebilir<sup>(78)</sup>. Bunlar üzerindeki şuyû'un giderilmesi istenemez.

MK. md. 627/3'e göre "uygun olmayan bir zamanda" taksim talep edilemez. Zamanın uygun olup olmadığı her olayın özellikleri nazara alınarak dürüstlük kuralına (MK. md. 2) göre tayin edilmelidir<sup>(79)</sup>.

### c. Taksim İsteme Hakkının Kullanılması

Taksim isteme hakkı, tarafların aralarında anlaşmaları sonucu kullanılabilceği gibi, anlaşma sağlanamadığı zaman dava yoluyla da kullanılabilir. İlk hale "rızaî taksim", ikinci hale ise "kazai taksim" adı verilmektedir.

#### aa. Taksim İsteme Hakkının Anlaşma Yolu İle Kullanılması (Rızaî Taksim)

Müşterek malikler, hisseli mülkiyeti sona erdirmek amacıyla aralarında anlaşabilirler. İşte müşterek maliklerin taksimin yapılması amacıyla oybirliği ile aralarında yaptıkları bu anlaşmaya "taksim sözleşmesi" adı verilir<sup>(80)</sup>.

Taksim sözleşmesi, paydaşların oybirliği ile aldıkları karar sonucu yapılır. Eğer paydaşlardan birisi muhalefet ediyorsa, paydaşlar arasındaki sözleşme gerçekleşmez ve çoğunluk kararı ile taksim söz konusu olmaz. (MK. md. 625/II)<sup>(81)</sup>.

Ancak doktrinde, taksim sözleşmesinin paydaşların hepsi veya bir kısmının muvafakatiyle yapılabileceğini savunan yazarlar vardır. "Böyle bir akit, paydaşların bir kısmı arasında yapılırsa bile geçersiz değildir; fakat bu akde katılmayan paydaşlar hisseli mülkiyetin rızaen sona erdirmesini engelleyebilir; bu takdirde şuyû'un giderilmesi veya taksim davası açmaktan başka çare kalmaz"<sup>(82)</sup>.

Kanaatimizce, taksim sözleşmesinin, paydaşların oy birliği ile alacakları karar sonucunda yapıldığının kabulü gerekir. Paydaşların sadece bir kısmının katılması ile MK. md. 625/II gereğince taksim sözleşmesi yapılamaz. MK. md. 625/II "Müşterek mülkü temlik etmek, onun üzerinde aynı bir hak tesis eylemek

(78) Bertan, Suad, Aynı Haklar (Medeni Kanununun 618-764. maddelerinin şerhi), Ankara, 1976, s. 411; Ayan, s.57.

(79) Hatemi/Serozan/Arpacı, s.141; Aybay, Sınırlandırma, s.1224; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 425.

(80) Aybay, Taksim, s.19; Gürsoy/Eren/ Cansel, s.426. Ayan, s.58.

(81) Gürsoy/Eren/ Cansel, s.426.

(82) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 616. Aybay'a göre ise, "... Sözleşmenin muteber olması için bu muameleye bütün paydaşların katılması şart değildir...", "...Taksim işinin tamamen yapıлып bitirilmesini sağlayacak sözleşmelerin ise bütün paydaşların iştirakine bağlı olacağı tabiidir.", Taksim, s.22.

ve onun intifa tarzını değiştirmek için bu bapta bilittifak başka bir kaide kabul edilmediği takdirde bütün hissedarların muvafakatı şarttır” ifadesini taşımaktadır.

Taksim sözleşmesi bir borç muamelesidir. Dolayısıyla, taksim sözleşmesine katılan paydaşın medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması yeterlidir, ayrıca tasarruf yetkisine sahip olması gerekli değildir<sup>(83)</sup>. Taksim sözleşmesi yalnızca paydaşlar arasında hüküm doğurur, cüz’i haleflerle karşı ileri sürülemez<sup>(84)</sup>.

Taksim sözleşmenin şekli, taksim edilecek eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasına göre değişiklik arz eder. Taksim edilecek eşya taşınır ise veya tapusuz taşınmaz ise taksim sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekilde bağlı değildir. Buna karşılık, taksime konu olacak eşya tapulu bir taşınmaz ise, taksim sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekecektir. MK. md. 634’e göre, tapulu taşınmazlar hakkında yapılacak taksim sözleşmesinin tapu memuru tarafından (resmi şekilde) (Tapu K., md. 26) düzenlenmesi her payın diğerinden bağımsız olarak tapu kütüğüne kayıt ve daha sonra paydaş adına tescil edilmesi gerekir. Aksi halde haricen yapılan taksim geçersiz olur ve kendisinden beklenen sonuçları yaratmaz<sup>(85)</sup>. Paydaşların tescil talebinden kaçınmaları halinde onlara karşı MK. md. 642’ye dayanılarak dava açılabilir.

#### **bb. Taksim İsteme Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması (Taksim Davası)**

Paydaşların, taksim yapılması veya taksim tarzı hususunda anlaşmalarını halinde, taksim yapılması için mahkemeye başvurulur. Mahkeme kanalıyla yapılacak taksime “kazai taksim”, bu amaçla açılacak davaya ise “taksim davası (izale-i şüyû davası)” denir.

Taksim davası müşterek mülkiyetten doğan ve müşterek malikler aleyhine açılan bir davadır<sup>(86)</sup>. Taksim davasının amacı, taraflar arasında taksim konusunda çıkan ihtilafın, mahkeme tarafından çözümlenmesidir<sup>(87)</sup>. Hakim, paydaşlar arasında müşterek malın taksim tarzını belirler ve taksim işlemini sonuca bağlar<sup>(88)</sup>. Taksim davası, hukuki niteliği itibarıyla bir eda davasıdır<sup>(89)</sup>. Taksim edilecek olan şey müşterek mülkiyet konusu eşyanın tamamıdır, kısmen taksim

(83) Aybay, Taksim, s.23.

(84) Gürsoy/Eren/ Cansel, s.426.

(85) Ayan, s.59.

(86) Karakayalı, Bekir Sıtkı, Müşterek Mülkiyeti Sona Erdiren Sebepler ve Taksim Davası hakkında İzahat, AD, 1949, S.7-12,1736 vd..

(87) Aybay, Taksim, s.28.

(88) Aybay, Taksim, s.28.

(89) Akipek, II, s.42; Oğuzman/Seliçi, s.298; Ayan, s.60.

istenemez. Paydaşlar birden fazla şey üzerinde müşterek malik iseler, bu eşyalardan her biri için ayrı ayrı taksim davası açılacak ve sonuçlandırılacaktır<sup>(90)</sup>.

Taksim davası çift yönlü nitelik taşıyan (actio duplex) bir davadır, yani taraflar hem davacı hem de davalı sıfatını taşırlar.

HUMK, md.8/561/569 uyarınca, dava konusu taşınır ya da taşınmazın kıymeti ne olursa olsun, taksim davasına bakmak Sulh Hukuk Mahkemesinin görevidir.

Tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz mallarda MK. md. 627 mucibince ortaklığın giderilmesi istenmez<sup>(91)</sup>. Bir kısım paylar tapuda kayıtlı değilse o taşınmaz malın şüyunun giderilmesi istenemez<sup>(92)</sup>. Bu halde tescil davası açmak üzere davacıya süre verilmesi gerekir<sup>(93)</sup>.

Paydaşlar ortaklığın devamı için sözleşme yapabilirler. Ancak sözleşmenin süresi on seneyi geçmez. On sene dolmadan da, haklı sebeplerin varlığı halinde bu sözleşmenin feshi ve ortaklığın giderilmesi dava konusu edilebilir<sup>(94)</sup>. Ortaklığın giderilmesi münasip olmayan bir zamanda istenemez (MK. md. 627). Müşterek eşyanın devamlı bir maksada tahsis edilmesi halinde, maksat devam ettiği sürece ortaklığın giderilmesi istenemez.

Ortaklığın giderilmesi davalarında, davaya konu olan taşınmaz malın hacizli veya ipotekli bulunması, üzerinde irtifak hakkı olması satış vaadi sözleşmesi ile veya haricen satılmış olması davanın açılmasına engel teşkil etmez. Nitekim Yargıtay da bu doğrultuda görüş bildirmiştir<sup>(95)</sup>.

Taksim sözleşmesine dayanılarak açılmış bir dava varsa ve bu sözleşmede taksimin nasıl yapılacağı açıkça ve teferruatlı olarak düzenlenmişse, hakim bu sözleşme çerçevesinde taksim hükmü verecektir. Bu halde MK. md. 628'deki takdir yetkisini kullanamaz. Fakat sözleşme, taksim meselesinin yalnız geri kalan

(90) Aybay, Taksim, s.31.

(91) 6.HD.,3.3.1960, E.791, K. 1663; "Şüyun giderilmesi istenilen gayrimenkul tapuda kayıtlı olmadığına göre davanın reddi gerekir". (Malatyaloğlu-Ertaş, Paylaşırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları, Ankara 1971,67 vd.)

(92) 6. HD., 3.10.1963, E. 3282, K. 3839; "Şüyunun giderilmesi istenilen taşınmaz malın 2/4 hissesinin tapu kaydının bulunduğu anlaşılması, geri kalan yarı hissenin kayıtlı olduğu tesbit edilememiş olduğundan, tamamın tapusu bulunmayan bir taşınmaz malın Şüyunun giderilmesi istenmez. Bu yarı hisseye ait tapu kaydı bulunur veya sonradan tesbit edilir veyahut hak sahipleri tapuda kayıtlı olmadığından bahisle namlarına tescil ettirilirse yeniden şüyunun giderilmesi davası açabileceklerinden davanın reddi gerekir". (Malatyaloğlu-Ertaş, s.69).

(93) 6. HD. 16.3.1967, E. 5334, K. 1242, (Malatyaloğlu-Ertaş, s.70).

(94) 6.HD.20.9.1963, E.1026, K,5122, (Malatyaloğlu-Ertaş, s.69).

(95) 6.HD. 20.1.1972, E. 6170, K. 189 (Malatyaloğlu-Ertaş, s.79).

kısımlarını düzenliyorsa, hakim takdir yetkisini kullanarak bazı hususları çözüme kavuşturacaktır. İlgililer yalnızca aynen taksimi kararlaştırmışlarsa, satış yoluna gidemeyecektir. Paydaşlar, aynen taksim yoluna müracaat edilmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, arttırmanın paydaşlar arasında mı, yoksa aleni mi olacağı meselesi MK. md. 628/II ve III'üncü fıkralarından yararlanılarak çözümlenecektir. İlgililer arasında yapılan taksim sözleşmesi, kanunda belirtilen taksim şekillerinden hiçbirine uymuyor ve gerekli ayrıntıları da içermiyorsa, mümkün olduğunca tarafların müşterek arzuları esas alınmalı, bunun yanında BK. Md. 2/II hükmü ile MK. md. 628 arasında denge sağlanarak sorun çözümlenmelidir.

Taksim davasından önce ya da dava esnasında paydaşlar arasında yapılan anlaşmalar, hakime tanınan yetkiyi kısıtlamakla beraber, taksim hükmünün tarafların müşterek arzularına daha uygun olmasını temin eder<sup>(96)</sup>.

## II. TAKSİMİ GERÇEKLEŞTİRME YÖNTEMLERİ

### A. GENEL AÇIKLAMA

Müşterek mülkiyet ilişkisinde, her paydaşın dilediği zaman müşterek malın hissedarlığından çıkmayı istemeğe hakkı vardır. Her bir hissedar, kendi hissesi bakımından dilediği zaman müşterek mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesini isteyebilir.

Taksim: “her paydaşa, müşterek eşya paylara bölünmeye müsait ise; payının bölünerek aynen, değilse satılarak bedelinin nakden verilmesi ve böylece ferdi mülkiyet ilişkisinin kurulmasıdır<sup>(97)</sup>.”

MK. md. 628'de işaret edildiği gibi, taksim, ya paydaşların anlaşmalarıyla ya da bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilir. İlk halde “rızaî taksim”, ikinci halde ise “kazai taksim” söz konusudur.

“Hissedarlar, hepsinin anlaşması halinde, diledikleri zaman müşterek malın diledikleri şekilde satılmasını veya bir hissedarın hissesinin geri kalan hissedarlar arasında paylaşılmasını veya yalnız bir veya birkaç hissedara müşterek malın bırakılmasını kararlaştırabilirler. Böylece, müşterek malda hissedarlık durumuna son vermek isteyen hissedarlar veya hissedarların da mülkiyette müştereklik hali bitmiş olur<sup>(98)</sup>.”

Görüldüğü üzere, bir veya birkaç paydaşın taksim istemeleri ile taksim borcu doğunca, bu borç oybirliği ile bütün paydaşlarca rızaen yerine getirilirse, taksim rızaen yapılarak müşterek mülkiyet ilişkisi sona erdirilmiş olur. Rızaî taksimde taksimin nasıl yapılacağı MK. md. 628/I'de gösterilmiştir. Buna göre,

(96) Aybay, s.61,62.

(97) Gürsoy/Eren/Cansel, s.426.

(98) Bertan, s.407.



paydaşlar, taksimi, malı parçalara ayırarak (aynen taksim) veya içlerinden birine veya üçüncü bir şahsa atarak (bedelin taksimi) yapabilirler<sup>(99)</sup>.

Müşterek maliklerin, taksiminin yapılması veya taksimin tarzında uyuşmamaları halinde, taksimin mahkeme tarafından yapılması için dava açılır. Bu davaya “taksim davası” adı verilir<sup>(100)</sup>. Kazai taksimde, taksimin yapılış şekli MK. md. 628/II de gösterilmiştir. Hakim, taraflar aralarında anlaşarak özel bir tercih yapmamışlarsa, taksimi gerçekleştiren iki şekilde hareket edebilir. Eşyanın kıymetine önemli bir zarar gelmeksizin aynen taksimin mümkün olduğu hallerde veya bu şekilde taksimi engelleyen bir kural mevcut değilse “aynen taksime” karar verir. Aynen taksimin mümkün olduğu hallerde “nakden taksim” yoluna gidilemez<sup>(101)</sup>. Yargıtayın da bu doğrultuda kararları vardır<sup>(102)</sup>.

Aynen taksimin mümkün olmaması halinde veya paydaşların tümü taksimin aynen yapılmasını istemiyorlarsa, hakim “nakden taksim”e karar verir. Nakden taksimde, açık yada malikler arasında yapılacak arttırma ile satış suretiyle müşterek mülkiyet ilişkisi sona erdirilir. Hakimin kararı uyarınca mal fiilen taksim edilinceye veya mal satılıp mülkiyet nakledilinceye kadar müşterek mülkiyet sona ermez<sup>(103)</sup> Hakim pazarlıkla satışa karar vermez<sup>(104)</sup>.

## B.RIZAI TAKSİM YÖNTEMLERİ

Hissedarlar, kendi aralarında oy birliği ile aldıkları bir karar sonucunda, mahkeme dışında, hakim müdahalesi olmaksızın, müşterek mülkiyet konusu

(99) Oğuzman/Seliçi, s.298.

(100) Oğuzman/Seliçi, s.298; Ayan, s.60.

(101) Ayan, 63. dn. 317. İsviçre Doktrinde geçerli olan veya aynen taksimin mümkün olduğu hallerde de hakime nakden taksim veya arttırma yoluyla satımdan birini seçebilme hususunda takdir yetkisi verilmesine ilişkin aksi kanaat için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 617-618; Aybay/Taksim. 67 vd.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 138.

(102) 6. HD. 3.12.1984.11937/12229; “... Dava konusu taşınmazın son malikleri itibariyle zemin olarak taksimin mümkün olduğu birlikişi ve belediye tarafından bildirilmiştir. Ancak bu belirtmeler üzerindeki binalar nazara alınmaksızın yapılmıştır. Halbuki taşınmazın üzerinde zeminden ayrılması mümkün olmayan Medeni Kanununun 619. Maddesi uyarınca mütemmim cüz’ü durumunda bulunan binalar vardır. Binalarda nazara alınarak hiçbir tadilat yapılmaksızın mevcut durumu itibariyle paydaşlar arasında payları itibariyle taksim imkanı olup olmadığı hususunda yeniden birlikişi incelemesi yapılması, taksim mümkünse buna ilişkin proje düzenletirilmesi, taksim projesi Belediye Fen İşleri Müdürlüğü’ne gönderilerek buna göre imar yönünden taksim imkanı olup olmadığı sorularak saptanması, varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken bundan zuhul ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...” (YKD., C. 12.S.1. 1986. s.47-48).

(103) Oğuzman/Seliçi, s.299; HGK. 17.3.1982.6-299/270 “Müşterek mülkiyet henüz sona ermediği için paydaşlardan birinin müşterek malda hissesini bir üçüncü şahsa satması halinde şuf’a kullanılabilir”. (YKD.1983.S.1.C.12. s.23).

(104) Oğuzman/Seliçi, s.299, Ayan, s.65.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

taşınır veya taşınmaz malı MK. md. 628/1 uyarınca bir sözleşme ile taksim edebilirler.

Taksim sözleşmesi taşınmaz mala ilişkinse, tapuda resmi şekilde yapılması ve anlaşma doğrultusunda parselasyon yapılarak her parselin tapu kütüğüne kaydedilmesi gerekir. Daha sonra söz konusu sayfanın mülkiyet sütununa ilgili paydaşın malik olarak tescili gerekecektir. Taşınırlarda ise zilyedliğin nakli şarttır<sup>(105)</sup>. Taksim sözleşmesi, borç doğuran bir sözleşme olduğu içindir ki Borçlar kanunundaki kuralların genel geçerlilik şartlarına tabidir.

Rızai taksimde, taksimin yapılaş tarzı MK. md. 628'de ifade bulmuştur. "Müşterek mülkiyet, aynen taksim ile nihayet bulacağı gibi, bedeli hissedarlar arasında tevzi olunmak üzere pazarlık veya müzayede suretiyle satım ile ve hissedarlardan biri veya bir kaç tarafından diğerlerine ait hisselerin iktisabıyla de nihayet bulur." Buna göre, paydaşlar rızai taksimde "aynen taksim" veya "nakden taksim" (bedelin taksimi) yöntemlerinden birini benimseyebilirler.

Rızai taksim yöntemleri tahdidi değildir. Mesela, müşterek mülkiyete konu olan şey bir bina ise, bunu paydaşların payı oranında kat mülkiyetine çevrilmesi de bir taksim tarzıdır. Yine müşterek eşyanın başka bir şeyle trampa edilmesi veya adi şirkete sermaye şeklinde konularak iştirak halinde mülkiyete çevrilmesi, vakıf vücuda getirilerek bu vakfa tahsisi vb. müşterek mülkiyeti sona erdirmeyi amaçlayan diğer hukuki işlemlerdir<sup>(106)</sup>.

Müşterek mülkiyet söz konusu mal aynen taksime elverişli ise, paydaşlar hisseleri nisbetinde aynen taksime giderler<sup>(107)</sup>. Aynen taksimin mümkün olması halinde, taksim sözleşmesinde, müşterek eşyanın her paydaşa tahsis edilecek kısmı belirtilir<sup>(108)</sup>. Görüldüğü üzere, aynen taksimin geçerli olarak yapılabilmesi için iki temel şart vardır. Bunlardan ilki, eşyanın maddi ve hukuki bakımdan bölünmeye elverişli olması, ikincisi bu bölünmenin şeyde önemli bir değer düşük-

---

(105) Gürsoy/Eren/Cansel, s.426. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre; "Hisseli mülkiyetin taksim yoluyla sona erdirilmesini hedef tutan bir akit, gayrimenkule ilişkin bulunması halinde, resmi şekilde yapılmalıdır. Bununla beraber, 766 sayılı Tapulama Kanununun 34. Maddesine (3402 sayılı yeni kadastro Kanununun 15. Maddesine) göre taşınmaz, tapuda kayıtlı olsun veya olmasın, paydaşlar ya da müşterek zilyedler arasında, tapulama tesbiti yapılmadan önce rızaen taksim edilmişse, bu taksim şekli şartlarına uygun olmasa bile geçerli sayılır. Ne var ki, bu geçerlilik sadece Tapulama (Kadastro) Kanununun uygulamasına münhasır kalır"(615). I.HD. 31.1.1980. 681/967 "... Çekişmeli taşınmaz önceden tek bir taşınmaz halinde müşterek mülkiyet konusu iken kayıt sahipleri tapu dışı bölüşmüşler ve personellerden biri ilişik sahiplerinden biri tarafından davacıya tapu kaydı üzerinden satılmış, diğer davalıya tapu dışı satılmış olup, tapu sahipleri arasında yapılan tapu dışı bölüşme Tapulama yasası uyarınca geçerli olduğuna göre artık davacının davalı parseli üzerinde bir hakkı olamaz". (YKD. 1980. C. 7.S. 10.s. 1324.1325).

(106) Ayan, s. 59.

(107) Gürsoy/Eren/Cansel, s.427.

(108) Akipek.II, s.43.

lüğüne yol açmamasıdır. “Menkuller küçük parçalara ayrılabilirlerse; gayrimenkuller yatay ve düşey olarak çizilen hatlarla bölünebiliyorsa fiziki bakımdan taksim edilebilir demektir”<sup>(109)</sup>. Fiziki bakımdan bölünebiliyor olma aynen taksim için yeterli değildir. Müşterek şeyin, maddi ve hukuki bakımdan da bölünebilir olması gerekir. Maddi bakımdan bölünebilme fiziki bölünmenin, hissedarların sayısına eşit sayıda, aynı vasıfta cüzlere ayrılabilir şekilde yapılmasına bağlıdır. Bir hayvanın ya da bir makinenin maddi bakımdan bölünmeye elverişli olmadığı açıktır. Bu halde ikinci şarta bakılmaksızın, aynen taksim, maddi bakımdan bölünmenin imkansız olması nedeniyle yapılamaz<sup>(110)</sup>. Taşınır nitelikteki tüketim malları (misli eşya) yönünden aynen taksim mümkündür. Meselâ, buğday, arpa, pamuk, ot, üzüm, vs. maddi bakımdan bölünmeye elverişli oldukları için aynen taksime konu olabilirler. Eğer müşterek mülkiyet para, hisse senedi gibi birden çok şey üzerinde mevcutsa, bu halde de aynen taksim yolu uygulanabilir<sup>(111)</sup>. Müşterek malikler aynen taksim yolunu tercih etmezler veya eşya aynen taksime elverişli olmadığı için bu yola gidilemezse, müşterek mülkiyete konu olan eşyanın taksimi için nakden taksim yöntemine başvurulur. Bu halde eşya paraya çevrilerek elde edilen bedel paylaşılır. Nakden taksim pazarlık yoluyla yapabileceği gibi, paydaşlar arasında veya aleni açık arttırma yoluyla da gerçekleştirilebilir. Paydaşların aralarında anlaşarak malı aralarında birine yada bir kaçına tahsis etmeleri de mümkündür.

Nakden taksim paydaşlar arasında sağlanması amaçlanan eşitliği tam olarak gerçekleştirir. Aynen taksimde ortaya çıkmasında endişe edilen dengesizlik tehlikesi bu yöntemde söz konusu olmaz<sup>(112)</sup>.

<sup>(109)</sup> Aybay, Taksim, s. 70.

<sup>(110)</sup> Aybay’a göre, “BGB §752’de, değer düşüklüğünden ayrı olarak “pay sayısına uygun, aynı vasıfta parçalara bölünebilme” de şart olarak zikredilmektedir. Bu şart Medeni Kanunda ayrıca gösterilmiş değildir. İsviçreli yazarların bunu “maddi bölünme” nin içinde mütalâa ettikleri ve üzerinde fazla durmadıkları görülmektedir”. Taksim, s.70, dn 181.

<sup>(111)</sup> Gürsoy/Eren/ Cansel.437; Aybay’a göre, “Kat Mülkiyeti Kanunu ise müşterek mülkte kat veya daire mülkiyetleri kurularak taksim yoluna gidilmesini kabul etmektedir. Bunun gerçek bir taksim olmadığı aşikardır. Zira bu halde paydaşlar arasındaki müşterek mülkiyet münasebetinin sona ermesi değil, bilakis kuvvetlenmesi söz konusudur”. Taksim, 71, dn, 182.

6. HD.15.5.1959. 5484/1475 (Malatyaloğlu-Ertaş 104). 6.HD. 29.6.1962. 4109/4606 “Taşınmaz malın kat kat taksimine imkan yoktur. Şüyunun giderilmesi istenilen taşınmaz mal, arsali bir bab hanedan ibaret olup, müşterek malikleri de üçüncü kişi bulunduğuna göre, taşınmaz malın kat kat taksimine imkan olmadığı gibi, taksim şeklini gösterir kroki de yapılmadığından bu taksimin tapu sicil muhafızlığınca tescili de imkansızdır. Mahkemenin taksime karar vermezden önce, bu şekildeki işlemin imâr kanun ve talimatnamasına ve mahallin imar planına uygun olup olmadığı hususunu da Belediyedensormalıdır. Esasen davacı dilekçesinde taksim değil, müşterek taşınmaz malın satılarak şüyunun giderilmesini istemiştir” (Malatyaloğlu- Ertaş. 104).

<sup>(112)</sup> Aybay, Takim, 84.

MK. md. 628/I'e göre, "Müşterek mülkiyet, aynen taksim ile nihayet bulacağı gibi bedeli hissedarlar arasında tevzi olunmak üzere pazarlık veya müzayedede suretiyle satım ile ve hissedarlardan bir veya bir kaç tarafında diğerlerine ait hisselerin iktisabıyla da nihayet bulur".

### C. KAZAI TAKSİM YÖNTEMLERİ

MK. md. 628/II'ye göre, "Hissedarlar taksimin nasıl yapılacağına ittifak edemedikleri takdirde, müşterek mülkün kıymetine ehemmiyetli bir noksan arız olmaksızın taksimi kabil ise, hakim aynen taksimi ve kabil değilse hissedarlar beyninde veya umum arasında müzayedede ile satılmasını emreder".

Müşterek malikler, taksimin yapılması veya taksimin tarzı hususunda anlaşmazlarsa, taksimi yapması için mahkemeye başvurularak "taksim davası" açılması gerekir.

Taksim davası, paydaşların taksim tarzında ittifak edememeleri halinde açılabilmesi gibi, taksimin nasıl yapılacağı konusunda oy birliği ile karar almış olsalar daha paydaşlardan biri veya bir kısmının ifadan kaçınmaları halinde de açılacaktır<sup>(113)</sup>.

MK. md. 628/II hükmü kazai taksim yöntemlerini belirtmiştir. Buna göre, eğer taraflar aralarında anlaşarak özel bir tercih yapmamışlarsa<sup>(114)</sup>, hakim taksimi iki şekilde yapabilir. Eşyanın kıymetine önemli bir zarar gelmeksizin aynen taksimi mümkünse veya bu şekilde taksimi engelleyen bir kural mevcut değilse "aynen taksim" suretiyle müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdirir. Eşyanın aynen taksimi mümkün değilse veya paydaşların hepsi taksimin aynen yapılmaması hususunda anlaşmışlarsa, bu halde hakim "nakden taksim" yani "arttırma ile satış" yöntemine başvurarak taksim davasını sonuca bağlayacaktır.

Görüldüğü üzere, Medeni Kanun hakime taksim tarzı hususunda sınırlı bir yetki sağlamıştır. Hakim öncelikle aynen taksim imkanının bulunup bulunmadığını araştırarak, aynen taksime maddi veya hukuki bir engel yoksa bu yolla meseleyi çözümleme yoluna gidecektir. Eğer aynen taksim imkanı yoksa, ancak bu halde arttırma ile satışa karar verebilecektir<sup>(115)</sup>.

(113) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 616; Aybay, Taksim, 60.

(114) Paydaşlar taksim yöntemine ilişkin teklifte bulunmuşlarsa, mesela taksimin arttırma yoluyla satış şeklinde yapılmasını istemişlerse, hakim aynen taksime karar veremez. O, sadece paydaşlar arasında anlaşmazlık varsa, satışın herkese açık veya paydaşlar arasında yapılmasına karar verebilir" (bk., Ayan II, 63. Dn. 314).

(115) Doktrinde baskın olan görüş, madde metninden çıkan bu yorumu eleştirmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.617. Hatemi/Serozan/Arpacı. 138; Gürsoy/Eren/Cansel s. 429; "Aybay, hakim aynen taksimin, mümkün olup olmadığını araştırdıktan sonra diğer taksim yöntemlerinden, birini seçebilmesi hakkındaki MK.md.628/II hükmünün, mehaza uygun tercüme edilmemiş olmasının bir sonucu olduğunu savunmaktadır. (570); Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altıp ise, madde metinleri arasında bir fark olmadığını belirtmiştir". (bk., a.g.e., 617, dn.56).

Özetle; kazai taksim yöntemleri kanunda “aynen taksim” ve “arttırma ile satış” olarak gösterilmiştir. Rızaî taksimdeki “pazarlıkla satış” yöntemi burada kabul edilmemiştir. Ancak dürüstlük kurallarının gerekli kıldığı hallerde bu yöntemin de uygulanması gerektiği yönünde fikir beyan eden yazarlar vardır<sup>(116)</sup>.

Aynen taksim, müşterek mülkiyet konusu eşyanın, hissedar sayısı kadar belirli parçalara bölünerek her parçanın bir paydaşa tahsisi suretiyle taksim edilmesidir<sup>(117)</sup>. Aynen taksimin yapılabilmesi için müşterek eşyanın maddi ve hukuki bakımdan bölünebilir olması ve bu bölünmenin eşyanın kıymetine önemli zarar vermesi gerekir<sup>(118)</sup>. Mesela bir mücevherin, bir otomobilin veyahut canlı bir hayvanın bölünmesi mümkün olmadığından, bir pul ve para koleksiyonunun kıymeti taksim ile azalacağından, aynen taksime konu olmaları söz konusu olmaz<sup>(119)</sup>.

Müşterek şey aynen taksime elverişli değilse veya herhangi bir sebepten bu yola gidilmekten vazgeçilmiş bulunuyorsa, paylaşma işi bu şeyin paraya çevrilmesi suretiyle yapılır<sup>(120)</sup>. “Müşterek şeyin paraya çevrilmesi, pay nisbetlerine kesin olarak bölünebilen bir objeyle değiştirilmesi demektir”<sup>(121)</sup>.

Hakim, kazaî taksimde, rızaî taksimden farklı olarak pazarlık yoluyla satışa karar veremez. MK.md.628/II hükmü arttırma yoluyla satışın iki tarzda olabileceğini belirtmiştir. Buna göre arttırma ya sadece paydaşlar arasında ya da herkesin katılacağı (aleni, umuma açık) şekilde olur. Satışın özel ya da umumi açık arttırma şekillerinden hangisi ile olacağını hakim takdir eder. “Hakimin paydaşlar arasında satışa karar verebilmesi için satışın bütün paydaşların menfaatine uygun olması ve her paydaşın satın alma kabiliyetini haiz olması gerekir”<sup>(122)</sup>.

MK. md. 628’de, müşterek mülkiyette taksimin nasıl yapılacağı açıklanmış olmakla birlikte, taşınmaza ilişkin bir taksim davasına bakmakta olan mahkeme, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 10. maddesinin beşinci fıkrası gereğince

(116) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp’a göre; “... müşterek malın değeri arttırma masraflarını karşılamayacak kadar az ise yargıcın pazarlıkla satışa karar vermesi dürüstlük kurallarının tabii bir gereğidir.” (619).

(117) Gürsoy/Eren/Cansel, s.430.

(118) Aybay/Taksim/ s.70; Gürsoy/Eren/Cansel, s.430; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.139; Ayan s.63; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altıp, s.620.

(119) Saymen/Elbir, s.275

(120) Aybay/Taksim/ s.84.

(121) Aybay/Taksim/ s.84.

(122) Akipek. II, s. 44.

## Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi

ce, diğer şartların mevcut olması kaydıyla taksimin kat mülkiyeti kurularak gerçekleştirilmesi yönünde de karar verebilir<sup>(123)</sup>.

Eğer taşınmaz üzerindeki yapı, ortaklar arasında hisse oranlarına göre bölünmesi mümkün bağımsız bölümler içeriyorsa bu bölümlerden her birinin bir paydaşa taksimi suretiyle de taksim kararı verilebilir. Böylece taksim kararı kat mülkiyetinin kuruluş sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Binanın inşa halinde olması durumunda ise yargıç, her paydaş lehine bir bağımsız bölüm üzerinde kat irtifakı kurmak suretiyle şüyun giderilmesine karar verebilecektir.

Müşterek mülkiyet ilişkisi, kat mülkiyeti kurulması yönündeki ilânın kesinleşmesi ile birlikte sona erer. Kat mülkiyeti tesisine imkân olmayan hallerde satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekir<sup>(124)</sup>.

### SONUÇ

Müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi, bir şey üzerinde birlikte hak sahibi olan kimselerin bu hukuki durumların sona erdirilerek, münferit hak sahipliğine geçilmesidir.

Kanun, müşterek mülkiyet maliklerine her zaman paylı hali gidermek hakkını tanımıştır. Çünkü iştirak halinde mülkiyetten farklı olarak, müşterek mülkiyette paydaşlar arasında kişisel bir ilişki veya ortak amaç söz konusu değildir. Müşterek maliklerin bir araya gelmeleri ekonomik amaçlıdır. Müşterek mül-

(123) 6. HD.. 18.2.1985. E. 1984/11727. K. 1985/1676. "...davalının kat mülkiyeti tesisi suretiyle taksimin mümkün olduğu savunması nazara alınarak bu yolda; inceleme yapılması zorunludur..." (YKD., C. 11. S.8.1985.1174-1175); 6. HD.,15.1.1992. E1991/16525. K.1992/293. "... Davada taksim suretiyle ortaklığın giderilmesi istendiğine göre, bu istek içinde kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesi isteminin de varlığını kabul etmek gerekir. Hal böyle olunca, özellikle keşif yaparak, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 50. Maddesi uyarınca binada kat mülkiyetinin kurulup kurulamayacağını araştırılması, şayet bu mümkünse ikinci aşamada aynı yasanın 10. Maddesi uyarınca pay ve paydaş adedine göre, gerektiğinde ivaz ilavesi de göz önünde tutularak her bir paydaşa ve hisseli kalması konusunda anlaştıkları takdirde anlaşılan paydaşlara birer bağımsız bölüm, isabet edecek şekilde taksim olanağının bulunup bulunmadığının tasbiti icabet eder. Payların denkleştirilmesi, gerektiğinde ivaz edilmesi ve gruplama, ortaklar anlaşmazlarsa kur'a çekmek suretiyle hangi bağımsız bölümün hangi ortağa isabetinin belirlenmesi sadece muristan kalan taşınmazlar için mümkündür. Yoksa müşterek paydaşlarının her biri arsa payına karşılık belirli bir bağımsız bölüm almış, onu kullanıyorsa paydaşların diğerlerinin kullandığı bağımsız bölümde hakkı yoksa ivaz edilmesi, pay denkleştirilmesi, kur'a çekmek gerekmez. O bölümün paydaşa verilmesi icab eder. Bundan sonra aynı kanunun 3. maddesi uyarınca değerle oranlı olarak bağımsız bölümlere arsa payı tahsis gerekir. Bölümlere arsa payı tahsis edilirken daha önce gelişmiş bölümlere arsa paylarına nazara alınmaz. Bu işlemler için bir hukukçu ve iki teknik elemanın seçilmesinde yarar vardır. Bu aşamadan sonra taksimi isteyen taraf Kat Mülkiyeti Kanununun 12. Maddesinde sayılan belgeler tamamlattırır. Ondan sonra arsa payları, bu paylara verilen bağımsız bölüm numaraları ve sahipleri belirtilerek kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilir... (YKD., C. 18.S.5.1992, s.697-698).

(124) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 623.

kiyet ilişkisine girmek için sadece bir payın iktisabı yeterli olup, paydaşlarla önceden şahsi ilişki içinde bulunulması gerekmez.

Müşterek mülkiyet ya bir ya da birkaç paydaş için sona erer, ya da bütün hissedarlar için ortadan kalkar. Paydaşlardan biri ya da bir kaçını açısından sona erme haline "sınırlı sona erme" adı verilmektedir. Zira burada müşterek mülkiyet ilişkisi sadece paylı mülkiyet ortaklığından ayrılan paydaş yönünden sona ermekte, diğer paydaşlar arasında ise devam etmektedir. Şayet ortak eşya üzerindeki müşterek mülkiyet ilişkisi bütün paydaşlar için sona ermişse, müşterek mülkiyet birliği de ortadan kalkmış olur.

Müşterek mülkiyetinin, sınırlı olarak sona ermesi, paydaşlardan biri veya birkaçının payını diğer paydaşlara veya üçüncü bir şahsa temlik, paydaşın payından feragat etmesi (terk) ve paydaşlıktan çıkarılma şeklinde karşımıza çıkar. Paydaşlıktan çıkarılma kavramı, mevzuata 14.11.1990 tarih ve 3678 Sayılı Kanunla girmiştir. Uygulamadaki ihtiyaca cevap vermek amacıyla yapılan bu düzenlemelerle, görev ve sorumluluklarını ihmal eden, müşterek mülkiyet ilişkisinin düzen içinde yürümesini önleyecek tutum ve davranışlar içinde olan paydaşın mülkiyet hakkı elinden alınarak müşterek mülkiyet birliğinden ihracı imkanı getirilmiştir.

Müşterek mülkiyetin bütün paydaşlar açısından sona ermesi halinde müşterek mülkiyet birliği de ortadan kalkmaktadır. Müşterek mülkiyet konusu malın paydaşlardan birine veya üçüncü şahsa temlik, terk edilmesi, kamulaştırılması, cebri icra yolu ile satılması, eşyanın yok olması, iyiniyetli bir üçüncü şahsın kazanması veya zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması hallerinde müşterek mülkiyetin tam olarak (bütün hissedarlar açısından) sona ermesi söz konusudur. Kanun bu genel sebeplerin yanında, önemi dolayısıyla, "taksim" olarak ifade ettiği bir özel sona erme hali düzenlemiştir. Taksim, müşterek mülkiyet ilişkisinin ya paydaşlardan birinin talebi üzerine anlaşarak ya da bir mahkeme kararına istinaden sona erdirilmesidir. Müşterek maliklerin aralarında anlaşarak yaptıkları taksime "rızaî taksim", mahkeme kararı ile yapılan taksime ise "kazai taksim" denilmektedir.

Rızaî taksimde, taksim işlemi, müşterek mal parçalara ayrılarak "aynen" veya bedeli aralarında paylaşılacak üzere pazarlık veya arttırma ile içlerinden birine veya üçüncü şahsa satılarak "nakden" yapılır. Kazai taksimde ise, taraflar anlaşarak aralarında özel bir tercih yapmamışlarsa, hakim ya "aynen" ya da "nakden" taksime hükmedebilir.

Eşyanın kıymetine önemli bir zarar gelmeksizin aynen taksim mümkünse, hakim öncelikle aynen taksime karar verecektir. Ancak bu tarz taksimi engelleyen bir kuralın da olmaması gerekir. Aynen taksimde, müşterek eşya hissedar sayısı kadar parçalara ayrılır ve her paydaşa hissesi nisbetinde tahsis yapılır. Bununla beraber aynen taksim mümkün değilse veya bütün hissedarlar tarafından

ittifakla bu yöntem istenmiyorsa hakim “nakden taksim”e karar verir. Rızâ taksimden farklı olarak burada yalnızca arttırma ile satış söz konusu olur.

Hakim ya sadece paydaşlar arasında ya da aleni olarak arttırma ile satışa karar verir, pazarlıkla satış imkanı yoktur. Taksim işleminin tamamlanması ile müşterek mülkiyet ilişkisi sona erdirilmiş olur.

“Müşterek mülkiyet ilişkisinin sona ermesi” hukuki kavramı hakkında uygulamada da fazlaca içtihatla karşılaşmaktayız. Kanun koyucunun, uyuşmazlıkların çözümlenmesi açısından da oldukça faydalı olmuştur. Çünkü, insan tabiatının bir gereği olarak her müşterek mülkiyet ilişkisinde paydaşlar arasında ferdi mülkiyete geçiş yönünde bir eğilim vardır.



## ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA VEKALET SÖZLEŞMESİ\*

Arş. Gör. Abdurrahman SAVAŞ\*\*

### GİRİŞ

Bir iş görme borcu doğuran vekalet sözleşmesi, Roma hukukundaki en ilginç ve önemli sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşme, Roma hukukunun gelişim süreci içerisinde zamanla değişikliğe uğramış, Roma hukukundan etkilenen modern hukuk sistemlerinde de bu değişiklik devam etmiştir. İnsanlar günlük hayatlarında başkalarının istekleri doğrultusunda belli bir iş yapmayı üstlenirler. Bu iş görme borcu, hizmet yada istisna sözleşmelerinde olduğu gibi, ücret karşılığında veya bazen de vekalet sözleşmesinde olduğu gibi ücretsiz olarak yerine getirilebilir. Roma hukukunda bu sözleşmenin ücretsiz olması asıl iken Türk hukukunda ücretli de olabilir.

Vekalet sözleşmesi ile bir kimse çeşitli nedenlerden dolayı bizzat yapamadığı veya yapmak istemediği bir işi başkasına yaptırmaktadır. Bu çalışmamızda bu sözleşmenin taraflarını, kuruluşunu, taraflara yüklediği borçları ve sözleşmenin sona ermesini Roma ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı olarak ele alacağız.

### I. Kavram, Terminoloji ve Tarihçe

#### A. Kavram

Roma hukukunda mandatum olarak isimlendirilen ve iş görme borcu doğuran vekalet sözleşmesi rızai sözleşmeler arasında yer alır. Dolayısıyla tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları sözleşmenin oluşması için yeterlidir<sup>1</sup>. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet veren kimsenin (müvekkil) kendisine verdiği işi ücretsiz olarak yapmayı kabul etmektedir<sup>2</sup>.

\* Bu çalışma 1998 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI'nın danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve oy birliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

\*\* S.Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

1 Koschaker, Paul, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları İzmir 1993, s. 224, Oğuz, Arzu, Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFĐ., C.41, Y.1989-1990, S.1-4, s. 260, Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İst.1992, s. 63.

2 Rado, 150; Oğuz, 260; Koschaker 244; Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2.Baskı, İst.1959, s. 449; Buckland, Roman and Common Law, 308; Watson, Alan, Law of Obligations, In The Later Roman Republic, Oxford 1965, s. 148; Buckland, William H., A Text Book, Of Roman Law From Augustus to Justinian, 2.B, Cambridge 1950, s. 514; Leage, R.W., Roman Private Law, Durban 1962, s. 367; Berger, Adolf, Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1954, s. 574; Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

## B. Terminoloji

Mandatum, terim olarak manum ve dare kelimelerinden türetilmiştir<sup>3</sup>. Manus: el<sup>4</sup> ve do (dare): vermek<sup>5</sup> kelimeleri birleşerek mandatum kelimesini oluşturmuşlardır. Bu yeni kelime de “iş vermek”, “bir şey emanet etmek”, “bir iş vermek”, “yetkilendirmek” ve “emir vermek” anlamlarına gelmektedir<sup>6</sup>. İşi ücretsiz olarak yapacak olan kimseye mandatarius (vekil), işin yapılması görevini yükleyen kimseye de mandator veya mandans (müvekkil) denir<sup>7</sup>.

### I. Vekalet (mandatum) Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

#### A. Vekalet Sözleşmesinin Tanımı

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi, Mandator olarak isimlendirilen müvekkil ile mandatarius olarak isimlendirilen vekil arasında yapılan ve vekilin müvekkilin veya üçüncü bir kişinin yararına bir iş yapmayı veya bir hizmet görmeyi ücretsiz olarak üstlendiği rızai bir sözleşmedir<sup>8</sup>.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi müvekkil tarafından gelen bir talep ile gündeme gelir. Çünkü genellikle sözleşmenin konusu teşkil eden için görülmesinde asıl menfaat sahibi müvekkildir. Bu durum Gaius'un Institutionesinde kullanmış olduğu ifade tarzından da anlaşılmaktadır. Bu sözleşme rızai sözleşmeler grubuna girdiği için vekilin kabulü ile meydana gelir.

Türk hukukunda ise vekalet sözleşmesi Borçlar Kanununun 386-398 maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 386. maddesinin birinci fıkrasında vekalet sözleşmesi şöyle tarif edilmiştir: “Vekalet bir akittir ki onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyley.”

Ancak kanunun yapmış olduğu bu tanım oldukça karışık ve geniştir. Karışıklığın sebebinin İsviçre Borçlar Kanununun konu ile ilgili 394.maddesinin yanlış tercüme edilmesi olduğu ve doğru tercümenin şu şekilde olması gerektiği

---

Nicholas, Barry, An Introduction To Roman Law, Oxford 1962, s. 187; Umur, Ziya, Ders Notları 1.Bası, İst.1987,s. 373; Umur, Ziya, Roma Hukuku Lugati, İst.1983,s. 137.

3 Oğuz, 261.

4 Umur, Lugat, 134.

5 Umur, Lugat, 54, 60.

6 Di Marzo, 449; Oğuz, 261; Watson, Alan, Contract Of Mandate In Roman Law, Oxford 1961, s.13; kelimesinin teknik anlamda kullanımı için Bkz. Watson, Mandate, s. 11-13.

7 Di Marzo, 449; Nicholas, 187; Rado, 150, Berger 574.; Oğuz, 261; Leage, 367.

8 Rado, 15; Oğuz, 260; Buckland, Atext book, 514; Buckland, Roman and common Law, 308; Watson, Law of obligations, 308; Berger, 574; Nicholas, 187; Leage, 367; Di Marzo, 449; Umur, Lugat, 132; Koschaker – Ayiter, 244.

ifade edilmektedir. “Bir vekaletin kabulüyle vekil kendisine verilen işleri ya da hizmetleri akit uyarınca görme borcun altına girer. (Vekalet, vekilin sözleşme dairesinde, yükümlendiği işi idareyi ya da taahhüt ettiği hizmeti yapmayı borçlandığı bir akittir). –Diğer sözleşmeleri düzenleyen kanun hükümlerine tabi olmayan (bu kanunda düzenlenen hiçbir sözleşme çeşidine girmeyen) işlerde vekalet kuralları uygulanır. –Vekile sözleşmenin ya da adetin sağlaması durumunda bir ücret borçlanılır”<sup>9</sup>.

## B. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

### 1. Vekilin, Müvekkile Karşı Bir İş Görme veya Hizmet Yapma Borcu Altına Girmesi

Roma Hukukunda, vekalet sözleşmesi ile vekil müvekkilinin kendisinden yapmasını istediği işi kabul edince artık bu işi yapma borcu altına girer. Bu herhangi bir ticaret işi olabileceği gibi<sup>10</sup> hukuki mahiyetteki bir iş mesela müvekkilin davada temsil edilmesi de olabilir<sup>11</sup>. Diğer taraftan vekilin müvekkiline karşı yapmayı borçlandığı iş maddi fiillere ilişkin de olabilir<sup>12</sup>.

Türk Hukukunda da vekil, vekalet sözleşmesi ile üzerine aldığı işi yapmakla yükümlü olur. Zaten gerek Roma Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda sözleşmenin en önemli unsuru budur<sup>13</sup>. Çünkü sözleşmenin oluşmasındaki temel nokta bir işin görülmesini bir başkasına vermektir.

Vekalet sözleşmesinin konusunu herhangi bir hukuki işlem, veya hukuki işleme benzeyen bir işlem yahut da maddi bir eylemin yapılması oluşturmaktadır<sup>14</sup>.

Vekaletin Konusunu oluşturabilecek hukuki işlemler satım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler olabilir. Ancak nişanlanma, evlenme, vasiyet, evlilik dışı surette bağlı haklar ve yükümlülükler vekalet verilerek yerine getirilemez<sup>15</sup>.

Maddi fiillere ilişkin vekaletin konusu hukuki mütalaa verme, hekimin hastasını muayene ve ameliyat etmesi, ders verme, mimar veya mühendisin yapı-

<sup>9</sup> Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 42, 2. Baskı, İstanbul 1993, s. 158.

<sup>10</sup> Watson, Mandate, 22; Buckland, Atext book, 514.

<sup>11</sup> Buckland, Atext book, 514.

<sup>12</sup> Rado, 153.

<sup>13</sup> Özkaya, 21.

<sup>14</sup> Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.II, İst 1987, s. 356.

<sup>15</sup> Özkaya, 21; Tandoğan, 359; Yavuz, 162.

yı kontrol etmesi, şarkıcının şarkı söylemesi, bir bankanın veya istihbarat bürosunun bir kimsenin mali durumunu araştırması gibi fiiller oluşturabilir<sup>16</sup>.

Maddi fiillere ilişkin vekalette vekil müvekkili adına veya hesabına hukuki işlemler yapamayacağı gibi haklar kazanamaz ve borçlar altına giremez<sup>17</sup>.

## 2. Vekilin İş veya Hizmeti Müvekkilin Menfaatine Uygun Olarak Yapması

Menfaat meselesi Roma Hukukunda vekalet sözleşmesi içerisinde çok önemli bir yer işgal eder. Vekalet sözleşmesinin konusu olan işin görülmesi sonucu elde edilecek yararın kime veya kimlere ait olduğu sorunu bu sözleşme gereğince dava açma hakkı olan kimseleri de belirleyecektir. Çünkü menfaati olmayan kişinin dava açma hakkı da yoktur<sup>18</sup>. Vekalet sözleşmesi genellikle müvekkilin menfaatinedir. Bu kural Roma Hukukunda da geçerlidir. Roma Hukukunda işin görülmesinden elde edilecek olan menfaat müvekkile, vekile veya üçüncü bir kişiye ya da bunlardan bir kaçına birden ait olabilir<sup>19</sup>. Ancak sadece vekilin lehine olarak verilen vekalet geçerli olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda sadece bir tavsiye vardır. Çünkü kimse kendi menfaati bir şey yapmaya zorlanamaz<sup>20</sup>.

Nitekim Türk Hukukunda da vekalet sözleşmesinin müvekkilin menfaatine olabileceği<sup>21</sup> gibi bunun yanında vekilinde menfaatine<sup>22</sup> hatta üçüncü kişinin menfaatine<sup>23</sup> de olması mümkündür.

## 3. Beklenen Menfaatin Gerçekleşmemesi Rizikosunun Müvekkile Ait Olması

Vekalet sözleşmesinin bu unsuru Borçlar Kanunumuzda yer almamaktadır. Ancak 386.maddedin ikinci fıkrasının karşıt anlamından böyle bir sonuç çıkarılabilir<sup>24</sup>.

16 Tandoğan, 360, Özkaya, 21; Yavuz, 159; Canyürek, Murat, Özellikle maddi fiillere ilişkin vekalet yönünden vekalet sözleşmelerinin Bazı özellikleri, Argumentum, C.1, s. 10, Mayıs 1991 s. 142.

17 Tandoğan, 359; Canyürek, 142.

18 Watson, Mandate, 116; Buckland, A text book, 515.

19 Buckland, A text book, 515; Berger 575;

20 Rado, 153-154.

21 Tandoğan, 360; Yavuz, 164; Özkaya, 23. Canyürek 142.

22 Tandoğan, 361; Yavuz 164; Özkaya, 23, Canyürek, 142.

23 Canyürek, 142-143; Yavuz, 164-165; Özkaya, 23, Tandoğan, 362-363.

24 Yavuz, 165; Tandoğan, 363-364.

Roma hukukunda da müvekkilin kâr edeceğini düşürerek kendi adına Titius'a bir tarla satın alması için vekalet vermesi durumunda beklediği karın gerçekleşmemesi müvekkili ilgilendiren bir konudur. Çünkü vekil belirtilen tarlayı alarak vekaleti başarı ile ifa etmiştir. Ancak vekilin vekaletin ifası sırasında üzerine düşen görevleri yapmaması ve dolayısı ile müvekkilin zarar görmesi durumunda vekilde kusurundan dolayı sorumludur<sup>25</sup>.

#### 4. Ücret

Roma hukukunda, vekalet sözleşmesi gereğince vekile bir ücret ödenip ödenmeyeceği meselesi çok önemli bir yer işgal etmekte ve neredeyse bu sözleşmenin bel kemiğini oluşturmaktadır. Çünkü ücret, olup olmaması durumuna göre sözleşmenin mahiyetini tamamen değiştirmektedir.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin en büyük özelliği ücretsiz olması idi<sup>26</sup>.

Gaius, Institutiones'inde 3.162 de bu konu hakkında şunları söylemektedir: "Nihayet bilinmelidir ki bir işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir locatio conductio akdedilmiş olurdu vekalet davası açılabilir, mesela temizleyiciye temizlemesi ve gözden geçirmesi ve yahutta terziye tamir etmesi için bir elbise vermem gibi."

Görüldüğü gibi Gaius, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması gerektiğini ve eğer yapılan iş için bir ücret belirlenmiş ise bu durumda sözleşmenin mahiyetinin değişeceğini ve bir hizmet sözleşmesi veya Eser sözleşmesi (locatio conductio) haline geleceğini söylemektedir.

Vekalet sözleşmesinin ücretsiz olmasının nedenlerine gelince, bu sözleşmenin çok fazla zaman almayan ve özel bir hüneri gerektirmeyen işlerin yapıldığı bir arkadaşlık ilişkisi temeline dayandığı söylenmektedir<sup>27</sup>.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması gerektiğini ilk defa ileri süren kişinin Javolenus olduğu ve bu görüşün daha sonra Gaius ve Paul tarafından da benimsendiği ifade edilmektedir<sup>28</sup>.

Roma hukukunda bir diğer iş görme sözleşmesi de locatio conductio operarum (hizmet sözleşmesi) idi. ancak bu sözleşmenin konusu olan işler operae illiberales denilen aşağı hizmetlerdi. Romalıların düşüncesine göre hür bir Ro-

<sup>25</sup> Watson, Mandate, 187.

<sup>26</sup> Watson, Law of obligations, 150; Watson, Mandate, 102 vd; Buckland, A text book, 515; Leage, 368; Nicholas, 187; Berger 374; Di Marzo, 449; Koschaker, 244; Rado, 151-152; Umur, Lugat, 132; Watson, Ders notları, 373; Tandoğan, 365; Oğuz, 262; Yavuz, 167.

<sup>27</sup> Watson, Mandate, 104; Oğuz, 262.

<sup>28</sup> Watson, Mandate, 104.

man vatandaşı ücret için çalışmazdı. Fikri bir çalışmayı gerektiren mesela bir profesörün bir avukatın veya bir doktorun yapacağı işler yüksek hizmetler (opera liberales) olarak kabul edilir ve bunlar asla bir hizmet sözleşmesine konu olamazlardı. Bunlar ancak ücretsiz olarak yapılan vekalet sözleşmesine konu olabilirlerdi<sup>29</sup>. Burada da vekile honorarium diye isimlendirilen bir şeref ücreti verilebiliyordu<sup>30</sup>. Ancak bu honorarium eğer sözleşmede kararlaştırılmışsa istenebiliyordu<sup>31</sup>. Ayrıca vekil kararlaştırılan bu ücreti vekaletten doğan ve normal usule tabi bir actio mandati ile değil bir cognitio extra ordinem usulü ile isteyebiliyordu<sup>32</sup>. Klasik hukuk döneminde operae liberales (yüksek işler) locatio conductio sözleşmesine konu olamayacağı için bunlar ücretsiz olan vekalet sözleşmesi ile yapılmaktaydı. Ancak zamanla sadece bu işlerle uğraşan kimseler, bu işlere bir maddi karşılık verilemediği için ve başka işlerle uğraşmaya da vakit kalmadığı için zor durumda kaldılar. Bu durum da bu kişilerin vakit kayıplarının para ile giderilmesinin gerekeceği düşüncesinin doğmasına yol açtı ilk zamanlarda tamamıyla ücretsiz olan liberales (yüksek) işlerin zamanla ücret karşılığı yapılmaya başlanması ile bu ücretlerin alınabilmesi için bir cognitio ekstra ordinem usul geliştirildi<sup>33</sup>. Ayrıca dikkat çeken bir diğer önemli hususta kaynaklarda operae liberales olarak isimlendirilen yüksek işler için öngörülen karşılığın ücret veya bedel anlamına gelen “merces” ile değil, şeref ücreti yada şeref armağanı anlamına gelen “honorarium” kelimesi ile ifade edilmiş olmasıdır<sup>34</sup>.

Türk hukukunda vekalet sözleşmesi gereğince vekile ödenecek kanuni unsurları arasında yer alamamaktadır<sup>35</sup>. Borçlar Kanununun 386. Maddesinin 2.fıkrasına göre ücret hususunda taraflar anlaşmışlarsa veya ücretin ödenmesi yönünde bir teamül var ise vekil ücret alabilecektir.

29 Rado, 140, 152; Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku 6. Bası, Ankara 1997, s. 211. Roma hukukunda opera liberales sayılan faaliyetlerin kesin bir listesini ya da bunların ayırdedici özelliklerini saptamaya imkan sağlayacak bir metin elimizde mevcut değildir. Bu da operae liberales sayılan işlerin hangileri olduğunda görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Genellikle “operae liberales” sayıldığı kabul edilen faaliyetler, grammatica (dilbilgisi), rhetorica (hitabet sanatı), geometria (geometri), philosophia (felsefe) ve Özel hukuk öğretimidir. Avukatlığın, yargıçlığın, arazi ölçücülüğün ve hekimliğin “operae liberales” sayılıp sayılmadığı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır ancak bunlarında operae liberales oldukları genelde kabul edilmektedir. Bu konuda bkz: Karadeniz, İş İlişkileri, 64 vd.

30 Rado, 152; Oğuz, 262; Nicholas, 187; Leage, 367.

31 Rado, 152; Nicholas, 187; Leage, 367; Buckland, A text book, 515; Karadeniz, 211; Oğuz, 262.

32 Rado, 152; Oğuz, 262; Karadeniz, 211; Buckland, A text book, 515; Nicholas, 187.

33 Karadeniz, 82-83.

34 Karadeniz, 84; Erdoğan / Tarihoğlu, 32.

35 Yavuz, 166; Tandoğan, 364.

Vekaletin ücret karşılığı olup olmadığı hususu sözleşme ile kararlaştırılabilir<sup>36</sup>. Tarafların ücrete ilişkin anlaşması başlangıçta esas sözleşme ile birlikte yapılabileceği gibi işin görülmesinden sonra da yapılabilir<sup>37</sup>.

Vekalet ücretinin götürü olarak veya yaklaşık olarak belirlenmesi, haftalık, aylık veya yıllık olarak tespit edilmesi mümkündür<sup>38</sup>.

## II. Vekalet Sözleşmesinin Kurulması

### A. Taraflar

#### a. Müvekkil (Mandator)

Mandator, kelime anlamı itibari ile bir başkasına yapması için göre teklif eden kimseyi ifade eder<sup>39</sup>.

Ceza hukuku alanında da bir başkasından suç işlemesini isteyen kimseye mandator denilmektedir<sup>40</sup>. Terim anlamı ile mandator (müvekkil) rızair bir sözleşme olan mandatumda karşılıksız olarak bir şeyi ifa etme görevini üzerine alan kimseye (vekil = Mandatorius) bu görevi teklif eden kimsedir<sup>41</sup>.

#### b. Vekil (Mandatorius)

Vekalet sözleşmesinin diğer tarafı olarak vekil (mandatorius), müvekkil tarafından kendisine verilen görevi ücretsiz olarak yerine getirmeyi kabul eden kimsedir<sup>42</sup>. Roma hukukunda ayrıca procurator olarak isimlendirilen ve vekil gibi başkasının işlerini yöneten bir kimse daha vardı. Ancak bunun vekilden farkı bir sözleşme ile atanmaması, tek taraflı bir temsil yetkisi ile göreve gelmesiydi<sup>43</sup>. Ayrıca vekil müvekkil tarafından kendisine verilen tek bir işi yapmakla görevli iken procurator tüm bir mameleki yönetmekle görevli idi<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Zevkililer, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 4. Bası, Ankara 1994, s. 225; Tandoğan, 365, Yavuz, 167.

<sup>37</sup> Yavuz, 167; Tandoğan, 365.

<sup>38</sup> Tandoğan, 367; Yavuz, 168.

<sup>39</sup> Berger, 574.

<sup>40</sup> Berger, 574.

<sup>41</sup> Berger, 574; Buckland, A text book, 514.

<sup>42</sup> Leage, 367.

<sup>43</sup> Rado, 153.

<sup>44</sup> Rado, 153.

## B. Tarafların Anlaşması

Romalıların ifade ettiklerine göre vekalet bir rızai sözleşmeydi<sup>45</sup>. Rızai bir sözleşme olduğu için tarafların anlaşmaları ile yani birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları ile akit oluşmaktaydı<sup>46</sup>. Vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı akitlerdendir<sup>47</sup>. İrade beyanı, ilke olarak hukuki işlemin temel kurucu unsurudur<sup>48</sup>. Karşılıklı hukuki işlemlerde taraflardan birinin iradesini açıklaması hukuki işlemin kuruluşu için yeterli değildir. Hukuki işlemi oluşturmak için beyan edilen bu iradenin karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. İcaba uygun bir kabul beyanı olmadan sözleşme kurulamaz<sup>49</sup>. Vekalet de bir sözleşme olduğu için tarafların icap ve kabulüne ihtiyaç vardır. İcap ve kabul sarîh olabileceği gibi zımni de olabilir. Hatta kabul beyanı susma ile de yapılabilir<sup>50</sup>. Ancak burada susma ilke olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Romalı ve modern yazarlar birisinin bir başkasına bir şey isteyerek yazdığı bir mektuba mektubu alanın cevap vermemesini “susmasını” bir kabul beyanı olarak görmemektedirler<sup>51</sup>.

Bu konuda Borçlar Kanununun 387.maddesi şöyle demektedir. “Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabı ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.” Buna göre hukuken cevap vermek mecburiyetinde olan muhatap susmuşsa kabul etmiş demektir<sup>52</sup>.

## C. Vekalet Sözleşmesinin Şekli

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi rızai sözleşmeler grubunda yer almaktadır. Bu nedenle sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın serbestçe kurulabilir<sup>53</sup>. Vekalet sözleşmesinin bir şekle bağlı olmadığı Gaius’un su ifadesinden de anlaşılmaktadır<sup>54</sup>. “Keza bu akitler de (rızai akitlerde) her iki tarafta birbirine karşı borçlanır, her biri diğerine hüsnüniyet ve hakkaniyet icabı gerekeni ifa ile mükellef olur, halbuki sözlü borç münasebetlerinde bir taraf

45 Watson, Mandate, 61; Bkz. Gaius, Institutiones. 3. 135 (Çev: Rado, 43)

46 Rado, 63; Leage, 367.

47 Nicholas, 187; Umur, Lugat, 132.

48 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, c.3, İst 1994, s. 169.

49 Eren, 170.

50 Eren, 318.

51 Watson, Mandate, 64.

52 Zembulidis, Temiztokli, Vekalet, İBD, y.1942, c.16, s. 286; Akgün, M.Zerrin, Vekalet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, AD, y.44, S.12, Aralık 1953, s. 1401-1402.

53 Leage, 367; Rado, 151.

54 Gaius, 3.137 (Çev. Rado, 43).



stipulatio'yu yaptırır. Diğer taraf vaadeder, yazılılarda ise biri borç verilmiştir diye borçlandırır diğeri ise borç altına girer.”

Türk hukukunda da vekalet sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Doktrinde kabul edilen bir fikre göre şekle bağlı bir hukuki işlemin yapılması için verilen vekaletin de şekilsiz olarak geçerli bir tarzda verilmesi imkanı vardır<sup>56</sup>.

Vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olmadığı Yargıtayca da kabul edilmektedir<sup>57</sup>.

### III. Vekalet Sözleşmesinin Konusu

#### A. Genel Olarak

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin çok geniş bir tatbik sahası vardır. bu çerçevede vekalet sözleşmesinin konusu bir maddi fiil olabileceği gibi bir hukuki işlemin yapılması da olabilir. Vekalet sözleşmesi Roma hukukunda genellikle üçüncü bir kişi ile hukuki bir ilişkiye girmeyi ifade etmektedir<sup>58</sup>.

Ancak bütün durumlar üçüncü bir kişi ile akdi bir ilişkiye girmeyi gerektirmeyebilir. Gaius bu konuda şöyle demektedir<sup>59</sup>: “Nihayet bilinmelidir ki işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem – ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir locatio conductio akdedilmiş olurdu – vekalet davası açılabilir, mesela temizleyiciye temizlemesi ve gözden geçirmesi veyahutta terziye tamer etmesi için bir elbise vermem gibi.”

Bu metinde ifade edildiğine göre elbiseler banyo bekçisine beklemesi ve göz kulak olması için verilmiştir. Eğer bunlara bakılması karşılığında ücret verilmişse locatio conductio'nun bir türü vardır. Eğer elbiselerin beklenmesi karşılığında bir ücret verilmemişse depositum (vedia) sözleşmesi oluşmaktadır. Bu

55 Akgün, 1401; Tandoğan, 364; Yavuz, 171; Zevkililer, 226.

56 Yavuz, 171 ve dn. 75.

57 Y.2HD. 13.10.1972 T. 5981 E. 5777 K. “Vekalet akdi şekle bağlı tutulmamıştır. (B.K. m.386) Usulün 65.maddesinde davaya vekalet sebebiyle vekaletnameler için gerekli görülen şekil, geçerlik şartı olarak değil ispat bakımından öngörülmüştür (Y.H.G.K. 30.4.1959 günlü 4/2-26 sayılı karar). Onun için müvekkil duruşmada bulunarak temsil hususundaki maddesini açığa vurunca vekaletname mevcut her çeşit aksaklık giderilmiş olur. Yani artık bu vekaletnameye ve dolayısıyla temsil yetkisine itiraz olmaz. Bu usulün 60.maddesi delaletiyle Borçlar Kanununun 32, 38, 386.maddeleri icabıdır.”

58 Watson, Mandate, 78; Buckland, A text book, 514; Nicholas, 187.

59 G.3.162 (Çev: Rado, 61).

nedenle ya Gaius'un hatalı olduğu ya da metnin yeniden düzenlenişinde bir yanlışlık olduğu ifade edilmektedir<sup>60</sup>.

Verilen vekaletin konusu eğer imkansız ise bu vekalet geçerli bir vekalet sözleşmesi olarak doğmazdı. Konusu imkansız olan bir vekaletin geçersiz olduğunu direk olarak ifade eden bir metin elimizde mevcut değildir. Ancak Celsus<sup>61</sup> bu konuda genel kuralı ortaya koymaktadır: “*impossibilium nulla obligatio est*” yani konusu imkansız olan bir sözleşme borç doğurmaz. Diğer sözleşmelerle ilgili olarak eğer konuları imkansız ise hüküm ifade etmeyeceğine dair metinler vardır<sup>62</sup>.

Yine hukuki işlemlere konu teşkil edemeyecek nitelikteki bir malı konu edinen (almak veya satmak için verilen) bir vekalet de geçersiz olacaktır. Bu mallar, *res in patrimonio*'nun (malvarlığına dahil olan mallar) dışında kalan *res extra patrimonium* mallardır. Bu mallar üzerinde aynı bir hak tesis edilemeyeceği gibi bu mallar ticari muamelelerin konusunu da oluşturmazdı<sup>63</sup>.

Vekalet sözleşmesinin konusunu hukuka ahlaka veya adaba aykırı bir fiil oluşturamaz<sup>64</sup>. Dolayısı ile bir *iniura*<sup>65</sup> veya *furtum*<sup>66</sup> işlemek için vekalet vermek geçerli bir sözleşmenin doğumuna imkan vermezdi<sup>67</sup>.

Vekalet sözleşmesinin konusu maddi olarak imkansız ise yine geçerli bir borç ilişkisi doğmayacaktır. Gaius genel olarak sözleşmelerin konusuna değinirken şart olarak maddi imkansızlık hususunda şöyle demektedir<sup>68</sup>. “Keza bir kimse “parmağınla gökyüzüne dokunabilirsen” gibi tahakkuku imkansız bir şart altında *stipulatio* yaptırmış ise *stipulatio* hükümsüzdür...”.

0 Bu hususta bkz. Watson, *Mandate*, 78-79.

1 Celsus (8 dig.) D. 50.17.185. Bkz. Watson, *Mandate*, 87.

2 6.3.97 (Çev: Rado, 15) “Eğer, *stipulatio* ile verilmesini taahhüt ettiğimiz şey, verilmesi imkansız bir şey ise, *stipulatio* hükümsüzdür (*Inutilis*), mesela bir kimsenin köle zannettiği hür bir insanın, veya hayatta zannettiği ölmüş bir kölenin veya beşeri hukuka tabi olduğunu zannettiği mukaddes veya dini bir yerin kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi gibi.” 6.3.97 a (Çev: Rado, 17): Keza bir kimse tabiatı eşya icabı mevcut olmayan bir şeyi, mesela bir şantor (mitoljideki insan başlı at) bir *stipulatio* ile taahhüt ettirmişse, yine *stipulatio* hükümsüzdür”.

3 Umur, *Ziya, Roma Hukuku, Eşya Hukuku*, İst.1985, s. 7; Erdoğan, *Belgin, Roma Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İst.1989, s. 3; Koschaker, 104-105; Umur, *Ders notları*, 405; Akıncı, Şahin, *Roma Hukukunda ve Çağdaş Hukukta Kazandırıcı Zaman Aşımı*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1988, s. 11.

4 Watson, *Mandate*, 88, 92.

5 Bu konuda bkz: Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul 1969.

6 Bu konuda bkz. Erdoğan, *Belgin, Roma Hukukunda Furtum*, İstanbul, 1975.

7 Gaius: 3.157 (Çev: Rado, 59).

8 Gaius: 3.98 (Çev: Rado, 17).

Bunun gibi daha önceden ifa edilmiş olan bir şeyi yapmaya ilişkin verilen vekalet de geçersizdir<sup>69</sup>.

Türk hukukunda da vekalet sözleşmesinin konusu oldukça geniştir. Fransız, Avusturya ve İtalyan hukuklarında farklı olarak İsviçre-Türk ve Alman hukuklarında vekalet sözleşmesinin konusunu hukuki işlemlerin yanında maddi fiiller de oluşturabilmektedir.

Buna göre vekalet sözleşmesinin konusunu satım, kira gibi sözleşmelerin yapılması oluşturabilir. Ancak sıkı şekilde kişiye bağlı olan hakların kullanılması veya yükümlülüklerin ifası hukuki işlemlere ilişkin bir vekalet sözleşmesine konu teşkil etmez. Mesel nişanlanma, evlenme, vasiyet, evlilik dışı çocuğa tanıma işlemlerindeki irade beyanı vekil aracılığı ile kullanılmaz, velayet vekil aracılığı ile icra edilemez<sup>70</sup>.

Maddi fiiller de vekalet sözleşmesine konu olabilirler. Mesela, bir hukukçunun mütalaa vermesi, bir hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesi, özellikle ameliyat etmesi<sup>71</sup> fiilleri vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir<sup>72</sup>.

Ayrıca bir vekalet sözleşmesinin konusu hukuka ahlaka ve adaba aykırı olamaz. Bu konuda Borçlar Kanununun 19. Ve 20. Maddeleri göz önünde tutulmalıdır.

Kanun kuralları incelendiğinde, emredici türden kurallarla karşılaşılabilecektir. Hukuka aykırılık dendiğinde bu emredici kurallara olan aykırılık kastedilir<sup>73</sup>. B.K. m.19'daki "Kanunun kati surette emreylemediği" ifadesinden maksat bu emredici kurallardır. Yine konuda geçen "aksine sözleşme yapılamaz" şeklinde ifadelerde o kuralın emredici olduğunu gösterir<sup>74</sup>. Ayrıca B.K. m.19'da kullanılan bir diğer ölçüt "umumi intizam" yani kamu düzenidir. Dolayısı ile bir sözleşmenin konusu kamu düzenine de aykırı olamaz<sup>75</sup>.

Buna göre haksız bir fiilin işlenmesi geçerli bir vekalet akdinin oluşmasına imkan tanımaz<sup>76</sup>.

69 Watson, Mandate, 88.

70 Tandoğan, 359; Canyürek, 142; Zevkliler, 224; Yavuz, 162.

71 Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 87.

72 Canyürek, 142; Yavuz, 159; Zevkliler, 224.

73 Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İst.1977, s. 35-36.

74 Hatemi Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 36.

75 Kamu düzeni kavramı ve açıklaması için bkz: Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 37 vd.

76 Tandoğan, 356. Y.4.HD. 13.4.1978, E. 1977 - 1845 / K. 1978 - 4946 sayılı kararı: "mümessil, işlemler olduğu haksız eylemden doğan sorumluluğunu, haiz bulunduğu temsil yetkisine dayanarak Selçuk Üniversitesi

## B. Kredi Vekaleti (Mandatum Qualificatum)

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin tatbik sahası o kadar geniştir ki bu sözleşme bir kefalet şeklinde bile kullanılıyordu. İlk zamanlarda bu kurumun ismi “mandatum pecuniae credendae” (ödünç para verilmesine dair vekalet) iken sonraları bir Roma terimi olmayan “Mandatum qualificatum” haline gelmiştir<sup>77</sup>. Burada müvekkil, vekile vermiş olduğu bir vekalet ile üçüncü bir kişiye borç para vermesini istemektedir<sup>78</sup>. Burada bir mandatum tua gratia göze çarpmaktadır ve bu başlangıçta geçersiz olarak kabul edilmekle birlikte sonraları Sabinus zamanında kabul edildiği anlaşılmaktadır<sup>79</sup>. Vekilin borç vermiş olduğu üçüncü kişi borcunu ödemeyince vekil, müvekkiline karşı bir actio mandati contraria açmak suretiyle vermiş olduğu borcu tazmin ettirir. Bu haliyle mandatum qualificatum bir kefalet müessesesiydi ve müvekkil de kefil konumundaydı<sup>80</sup>. Ancak bu sözleşme kefaletten bazı yönleri ile farklıydı. Kefalet de kefil olma durumu borç stipulatio ile oluştuktan sonra gerçekleşmesine rağmen burada önce kefil (müvekkil) ile vekil arasında gerçekleşmekteydi<sup>81</sup>. Yani burada iki sözleşme vardır. İlk önce kefil konumundaki müvekkil ile vekil arasında gerçekleşen bir vekalet sözleşmesi (mandatum) ve sonra da vekil ile borçlu olan üçüncü kişi arasındaki ödünç (mutuum) sözleşmesi<sup>82</sup>.

Roma hukukunda mandatum qualificatum olarak isimlendirilen Kredi vekaleti kurumu bizde de Borçlar Kanunumuzun 400.maddesinde itibar emri şeklinde düzenlenmiştir: “Bir kimse kendi nam ve hesabına ve amirin mesuliyeti altında bir üçüncü şahsa itibar vermek veya itibarı tecdit etmek için emir almış ve kabul etmiş ise, memur vekaletini tecavüz etmedikçe amir, itibar edilen borçtan dolayı kefil gibi mes’ul olur. Şu kadar ki tahriri emir olmadıkça amir mes’ul olmaz.”

---

temsil edilene (dominus negatii’ye) devretmek suretiyle sorumluluktan kurtulmaz. Bunun gibi mevzu, (pozitif) hukuka aykırı olan bir sözleşminin yapılması hususunda geçerli surette bir temsil yetkisi de verilemez verilirse bu yetki mutlak surette geçersiz (batıl) sayılır. Bu bakımdan, temsil olunan kişilerin mümessilin haksız ihbar ve şikayetinden ötürü sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Ancak bir haksız eylem işlenmesi hususunda temsil yetkisi vermek suretiyle eylemin icrasını teşvik edenler de zarara uğrayan kimseye karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Yukarıda anılan kurallar vekalet sözleşmesinde de aynen uygulanır.” (Karar için bkz. Tandoğan, 442-443, dn. 141.)

77 Berger, 575; Rado, 156.

78 Bkz. Leage, 369; Buckland, A text book, 520; Rado, 156; Buckland, Roman and Common Law, 308; Watson, mandate, 86; Koschaker, 243.

79 Watson, Mandate, 86; Koschaker, 243.

80 Buckland, A text book, 520; Berger, 575; Rado, 157. Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet, İÜHFD., c.42, S.1-4, y.1977, s. 338, 340.

81 Rado, 157; Buckland, A text book, 520.

82 Rado, 156.

Roma hukukunda müvekkilin, vermiş olduğu *mandatum qualificatum* ifa edilmeden önce olmak kaydıyla sözleşmeden dönebileceği gibi<sup>83</sup> hukukumuzda da itibar emrini veren ilerisi için olmak kaydı ile vekaletten dönebilir. Ancak vekalet gereği kredi verilmiş ise müvekkilin sorumluluğu kalkmaz<sup>84</sup>.

#### IV. Vekalet Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti

Sözleşme rızai sözleşmeler grubuna girdiği için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşur. Herhangi bir şekil şartına gerek yoktur.

Roma ve Türk hukukunda vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı rızai bir sözleşmedir<sup>85</sup>.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması sebebi ile sözleşmenin bu yönü daha belirgindir. Vekil, müvekkile karşı bir işin görülmesi hususunda borçlanmakta, müvekkil ise ancak bazen, vekilce bir masraf yapılması veya zarar meydana gelmesi durumlarında borç altına girmektedir<sup>86</sup>. Ancak Türk hukukunda ise vekalet ücretli de olabilir ve o zaman bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna dahil olacaktır<sup>87</sup>.

#### V. Vekalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki Muamelelerle Karşılaştırılması

##### A. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Roma hukukunda *Locatio Conductio Operarum* olarak isimlendirilen hizmet sözleşmesi bir kimsenin (*locator operarum*), bir bedel (*merces*) karşılığında, belli bir süre için (*Per tempora*), bir başkasına (*conductor operarum*) hizmet görmeyi vaadettiği, hizmetlerini arzettiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>88</sup>.

Burada görüldüğü gibi vekalet sözleşmesinde olmayan bir unsur olarak ücret (*merces*) karşımıza çıkmaktadır. Yapılması vadedilen işe bir ücret verilmesinin kararlaştırılması Roma hukukunda vekalet sözleşmesi (*mandatum*) ile Hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) arasındaki en belirgin farktır<sup>89</sup>.

83 Buckland, A text book, 520.

84 Tandoğan, 711.

85 Nichpolas, 187; Wation, Mandate, 61. Yavuz, Özel Hükümler, 170.

86 Nicholas, 187, Eren, I, 277; Yavuz Özel Hükümler, 170.

87 Yavuz, Özel Hükümler, 170. Eren, I, 276-277; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İst.1993, s. 58-59.

88 Karadeniz, Çelebican, Romada İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 129; Rado, 138.

89 Gaius: 3.162 (Çev: Rado, 61): "Nihayet bilinmelidir ki, bir işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem -ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir *locatio conductio* akdedilmiş olurdu- vekalet davası açılabilir..."

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Roma hukukunda hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki bir diğer fark da konu bakımından kendisini gösterir. Hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan işler “operae illiberales” olabilirken, operae liberalis denilen yüksek işler sadece vekalet sözleşmesine konu olabiliyordu<sup>90</sup>.

Roma hukukunun aksine Türk hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretli olabileceği kabul edildiğine göre “ücret” unsuru bu iki sözleşmeyi ayırt etmek için yeterli bir ölçüt olamaz. Çünkü hizmet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olan ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir ve ücretsiz yapılan bir hizmet sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir<sup>91</sup>. Eğer hizmetin ifası hukuki bir borç olarak belirtilmiş ise o zaman sadece bir yardım ve nezaket fiili söz konusu olacaktır<sup>92</sup>. Bağımlılık unsuru da belki bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeye yardım edebilir. Ancak vekilin, müvekkilin açık talimatlarına muhalefet edememesi kuralı bu ölçütü de tek başına yeterli kılmaz.

Bu nedenle vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi bütün unsurları ile karşılaştırılması ve sözleşmenin mahiyetinde tereddüdü düşülürse B.K. m. 386 f.2’ye göre vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir<sup>93</sup>.

#### B. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması:

Roma hukukunda locatio conductio operis olarak isimlendirilen eser sözleşmesi, iş sahibi (locator) ile belli bir sonuca yönelik iş görmeyi ve genellikle bir eser (opus) meydana getirmeyi bir ücret mukabili vadeden (conductor)’la yaptığı bir sözleşmedir<sup>94</sup>. Görüldüğü gibi locatio conductio operis’de ücret zorunlu bir unsurdur ve bu sözleşmenin ücretsiz olması durumunda vekalet sözleşmesi (mandatum) meydana gelir. Bu iki sözleşme arasındaki bir diğer farkta, locatorun (iş yapanın) yapmak ile yükümlü olduğu işin bir sonucun gerçekleşmesine yönelik olması, bir eser (opus) meydana getirmek olmasıdır<sup>95</sup>. Vekilin ise yapmayı taahhüt ettiği (ifanın uygun olması şartıyla) müvekkilin veya menfaatli olan başka kişilerin beklediği sonucu doğurmayabilir.

Türk hukukunda da eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki en belirgin fark vekilin, yaptığı işin sonucunun gerçekleşmesinden sorumlu olmasına karşın, eser sözleşmesinde müteahhidin eseri amaca uygun bir şekilde

Rado, 152; Karadeniz, İş İlişkileri; 74. Ayrıca operae liberalis operae illiberales ayrımı için bkz. Karadeniz, İş ilişkileri, 64 vd.

Reisoğlu, 59; Akgün, 1397. Tunçomağ, İş, 73.

Tunçomağ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İst.1988, s. 73.

Reisoğlu, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 60.

Karadeniz, İş ilişkileri, 165; Rado, 140.

Karadeniz, İş ilişkileri, 165-166.

teslim ile yükümlü olmasındadır<sup>96</sup>. Örneğin bir dişin krom kaplanması veya köprü yapılması hasta ile dişçi arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olmasını gerektirmesine mukabil<sup>97</sup> dişçinin sadece çürük dişi tedavi etmek üzere iş yapması vekalet sözleşmesine konu olacaktır<sup>98</sup>.

Yine eser sözleşmesi her zaman ücretli iken vekalet sözleşmesi ücretsiz olabilir<sup>99</sup>. Roma hukukunda olduğu gibi<sup>100</sup> Türk hukukunda da eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi aksi kararlaştırılmadıkça bir başkasına devredilebilirler<sup>101</sup>.

Eser sözleşmesinde işin alt müteahhide devredilmesi durumunda iş sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir ilişki oluşmazken vekaletin, müvekkilin rızası ile veya rızası olmadan alt vekile devri halinde müvekkil alt vekile talimat verebilir<sup>102</sup>. (BK m. 391 f.3)

### C. Vekaletsiz İş Görme ile Karşılaştırılması.

Roman hukukunda negotiorum gestio olarak ifade edilen ve sözleşme benzerleri arasında sayılan vekaletsiz iş görme, herhangi bir vekalet veya yetki olmadığı halde başkalarının işlerinin idare edilmesi durumunda gündeme gelir<sup>103</sup>. Vekalet ile aralarındaki en büyük fark birisinin sözleşme olmasına karşı diğerinin sözleşme benzeri olmasıdır. Vekaletsiz iş görmede, vekaletsiz olarak başkasının işini gören kimseye gestor ya da negotiorum gestor, vekalet vermediği ve haberi olmadığı halde işi yapılan kimseye de dominus negatii denir<sup>104</sup>. Gestor, vekil gibi iş bitince iş sahibine hesap vermek ve bu iş dolayısıyla elde ettiği her şeyi ona devretmekle yükümlüdür<sup>105</sup>. Vekil gibi gestor da hiçbir menfaati olmadığı halde, sorumluluğu vekilinkinden ağırdır. Vekil genelde kast ile sorumlu iken<sup>106</sup> gestor bütün kusurlarından sorumludur<sup>107</sup>.

96 Erdoğan, 170; Akgün 1398; Tandoğan, İstisna Akdi Kavramı ve Benzer Akidlerden Ayırt Edilmesi, Öktem Armağanı, Ankara 1973, s. 327.

97 Aksi fikirde: Tandoğan istisna, 328.

98 Akgün, 1398.

99 Erdoğan, 170.

100 Rado, 140.

101 Erdoğan, 170.

102 Erdoğan, 171.

103 Rado, 174.

104 Rado, 172-173; İpek, 170.

105 Rado, 174; İpek, Nurcan, Roma Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (negotiorum gestio), Argumentum, c.1, S.11, Haziran 1991, s. 170; Yavuz, Özel Hükümler, 344.

106 Bkz. Watson, Mandate, 195 vd.

107 İpek, 170; Rado, 174; Yavuz Özel Hükümler, 344.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Vekil, *actio mandati* sonucu infamis (şerefsiz) ilan edilebilirken gestor dava sonucu infamis ilan edilemez<sup>108</sup>.

İşin idaresi sırasında, iş sahibi durumdan haberdar olmuş ve o kimsenin işini idare etmesine muvafakat etmiş ve icazet vermişse *negotiorum gestio* bir vekalet sözleşmesine dönüşür<sup>109</sup>.

## V. Vekalet Sözleşmesinin Hüküm Ve Sonuçları

### A. Tarafların Borçları

#### 1. Vekilin Borçları

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi ile esasen borç altına giren kişi vekil (*mandatarius*)dir<sup>110</sup>. Sözleşmenin ücretsiz olması münasebetiyle müvekkil ancak bazı durumlarda borç altına girecektir. Vekilin vekalet sözleşmesi ile üzerine aldığı borç genel olarak vekaleti gereği gibi yerine getirmektir<sup>111</sup>. Vekaletin gereği gibi ifa edilmesi borcu bünyesinde çeşitli borçlar taşır ve bu borçların gereği gibi ifa edilmiş olması durumunda vekalet de gereği gibi ifa edilmiş olacaktır. Bu borçlar vekaleti özenle yapmak vekaletin sınırlarını aşmamak, işi bizzat yapmak, verilen işi yaparken müvekkilin talimatlarına uymak ve elde ettiği hak ve borçları müvekkiline devretmek borçlardır<sup>112</sup>.

#### a. Vekilin Özen Borcu

Vekil vekaleti ifa ederken özenle hareket etmelidir. Klasik dönemde vekil genellikle *kastundam* (*dolus*) dolayı sorumluydu<sup>113</sup>. Klasik dönemin sonlarına doğru ve *Iustinianus* zamanından itibaren vekil bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu hale gelmiştir. Bu dönemde vekilin özen derecesinin iyi bir aile babasının göstermekle yükümlü olduğu özen (*diligentia bonus pater familias*) olarak belirlendiğini görmekteyiz<sup>114</sup>. Bu sorumluluk ölçütü diğer bir rızai sözleşme olan şirket sözleşmesinde (*societas*) ortakların göstermekle yükümlü ol-

08 Leage, 384.

09 İpek, 169; Rado, 174.

10 Rado, 154.

11 Watson, *Mandate*, 178, Leage, 370; Buckland *A text book* 516; Umur, *Ders Notları*, 374.

12 Rado, 154; Watson, *Mandate*, 154; Leage, 370.

13 Zilelioğlu, Hilal, *Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış*, AÜHFD, c.39, S.1-4, y.1982-1987, s. 246; Rado, 154. Bu hususta özellikle bkz. Watson, *Mandate*, 195 vd. Klasik Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin gerçek anlamda ücretsiz olması sebebiyle böyle bir sorumluluk öngörülmemiştir. Nitekim BK. m98'de "nam hususiyle iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette mesuliyet daha az şiddetle takdir olunur." Şeklindeki düzenlemede bu prensip ile uyum içerisindedir.

14 Leage, 370.



dukları özen derecesinin tespitinde kullanılan ölçütlerden biriydi. Ancak *societas*'da daha çok kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen dikkate alınmıştır<sup>115</sup>.

Türk hukukunda da vekilin özen gösterme borcu Borçlar Kanunumuzun 390.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında "Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir." ifadesi yer almaktadır. Burada vekilin özen borcu hizmet sözleşmesi çerçevesinde işçinin özen borcuna atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir.

Buna göre vekil gerekli olan tüm özeni göstermesine rağmen başarılı bir sonuç alamaması durumunda bundan sorumlu tutulamayacaktır<sup>116</sup>. Vekilin işi yaparken göstereceği özen, için uygulanacak kıstas objektif kıstastır. Buna göre sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, zorluğu gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilginin derecesi göz önünde tutulmalıdır. Eğer iş zor ise veya müvekkil için taşıdığı önem büyükse gösterilecek özende ona göre fazla olacaktır<sup>117</sup>.

### b. İşi Bizzat Yapmak

Roma hukukunda vekilin ifa etmek üzere aldığı bir işi bir alt vekile devredebileceği genellikle kabul edilmektedir. Ancak metinlerde bu konuda açık bir ifadenin bulunmayışı tartışmalara neden olmuştur. Vekilin üzerine aldığı işi bir alt vekile devredebileceği hususuna Donatuti tarafından itiraz edilmiştir<sup>118</sup>. Yazarın delil olarak kullandığı bir metinde<sup>119</sup> de vekilin görevinin sözleşmenin konusu ifa etmek olduğunu ve bunu yapamayacağını keşfederse durumu mümkün olan en kısa zamanda müvekkile bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Donatuti tarafından, vekilin müvekkili en kısa zamanda bilgilendirmesinin gerekliliği görevi alt vekile devredemeyeceği şeklinde yorumlanmış ve bu görüş böyle bir durumda vekilin bir alt vekil tayinine mecbur olmadığı şeklinde yorumlanabileceği belirtilerek eleştirilmiştir<sup>120</sup>. Vekilin almış olduğu görevi bir alt vekile devrede-

115 Akıncı, Şahin, Roma Hukukunda Şirket (*societas*) Akdi ve Bunun Türk Hukukuna Etkisi, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki 'ye Armağan, c.5, S.1-2, y.1996, s.146.

116 Reisoğlu, Hizmet akdi, 153; Yavuz, Özel Hükümler, 190. Y. 13 HD. 5.2.1991 T E. 7902 /K. 1070"... vekil, müvekkile karşı, vekaleti "sadakat ve özenle" ifa etmekle yükümlüdür. (BK. m. 390/2). Vekilin iş görme ile amacı tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun kapsamını oluşturur. Vekil işi görürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatla ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gerçeki gibi ifa vardır ..." (Karahasan, 679).

117 Yavuz, Özel Hükümler, 191.

118 Donatuti, Mandato incerto, Bull. dell Ist. Di dir. Rom (B.I.D.R), C. XXXIII, y. 1923, s. 168 vd (Watson, Mandate, 179'dan naklen)

119 D. 17.1.27.2 (Gaius 9 ad ed prou) (metnin açıklaması için bkz. Watson, Mandate, 180.)

120 Watson, Mandate, 180.

bileceğini ifade eden Sanfilippo, sözü geçen metinden, müvekkilin vekil tarafından bir ifade bulunulmamış olmasına rağmen zarar görmesi durumunda bir *actio mandati*'ye sahip olacağı sonucunu çıkarmaktadır ve bunun sonucu olarak alt vekilce yapılmış olan uygun ifa vekili sorumluluktan kurtarmalıdır<sup>121</sup>. Çünkü vekilin esas borcu sözleşmenin konusunu gereği gibi ifa etmektir<sup>122</sup>.

Roma hukukunda konudaki genel görüş vekilin işi bir alt vekile devredebileceği şeklinde ise de bu hususun taraflarca sözleşme sırasında açıkça yasaklanması veya işin niteliğinin buna uygun olmaması durumunda vekil işi bir alt vekile devredemez<sup>123</sup>.

Borçlar Kanunumuzun 390.maddesinin son fıkrası vekilin almış olduğu vekaleti bir alt vekile bırakması durumunu şu şekilde düzenlemiştir: “Vekil, başkasını tevkile menun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilün bihi kendisi yapmağa mecburdur.”

### c. Vekaletin Sınırlarını Aşmamak

Vekilin en önemli görevlerinden birisi de vekalet konusu işi vekalet sınırları içerisinde yapmak ve bu sınırları aşmamaktır<sup>124</sup>. Vekil vekaletin sınırlarını aşması durumunda sonucun ne olacağı tartışmalıdır. Müvekkil, vekile 100'e bir tarla satın almasını söylemiştir. Vekilin bu tarlayı daha az bir fiyatla mesela 80'e alması durumunda bir sorun yoktur ve vekalet gereği gibi (sınırlar aşılmadan) ifa edilmiş demektir. Çünkü çoğun içerisinde az zaten mevcuttur<sup>125</sup>. Esasen sorun vekilin belirlenen fiyatın üzerinde (veya satım hususunda belirlenen fiyatın daha altında) bir fiyata malı satın almasında ortaya çıkmaktadır. Gaius bu konuya ilişkin olarak şunları söylemektedir<sup>126</sup>:

“...Ezcümle benim için 100 bin sesterse arazi almam için sana vekalet vermişsem, sende 150 bin sesterse satın almışsan bana karşı bir *actio mandati*'n (vekaletten mütevellit davan) olamaz, hatta araziyi benim sana al diye vekalet verdiğim fiyata vermek istesen bile; bu esası bilhası Sabinus ve Cassius kabul etmişlerdi. Bilakis daha ucuza satın almışsan bana karşı bir davan vardır, çünkü sana yüzbine satın al diye vekalet vermiş olan kimsenin daha ucuza almak için vekalet verdiği kabul edilir.”

21 Watson, *Mandate*, 180.

22 Leage, 370; Buckland, *A text book*, 516.

23 Watson, *Mandate*, 183. ve özellikle dn. 2.

24 Leage, 370, Rado, 154; Buckland, *A text book*, 516.

25 Watson, *Mandate*, 186; Leage, 370; Gaius; 3.161 (Çev: Rado, 59).

26 Gaius; 3.161 (Çev: Rado, 59).

#### d. Müvekkilin Talimatlarına Uyuma Borcu

Vekil, vekalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren müvekkilin o andaki ve müteakip talimatları ile bağlıdır. Bir anne kızının menfaatine olmak üzere bir çeyiz hazırlıyor ve bunu damadına transfer etmek sureti ile devrediyor. Ayrıca kızından aldığı talimata uygun olarak damadı ile evliliğin sona ermesi durumunda çeyizin iade edileceğine dair bir stipulatio yapıyor. Bu durumda annenin, kızının vekili olduğu kabul edilmiştir ve bunun sonucu olarak kızının müteakip talimatları ile bağlı olacağı belirtilmiştir<sup>127</sup>.

Bu sonuç, vekilin, genellikle müvekkilden gelen bir talep ve talimat ile vekalet konusu işi yapmayı üzerine aldığı vekalet sözleşmesinin kuruluş amacına da uymaktadır<sup>128</sup>. Vekilin bu borcu müvekkilin menfaatine olan vekalet de (mandatum mea gratia) daha açık bir şekilde göze çarpmaktadır.

Vekilin müvekkilin talimatlarına uyuma borcu Borçlar Kanunumuzun 398.maddesinde düzenlenmiştir: “Vekil, müvekkilin sarıh olan talimatına muhalefet edemez. Ancak hal icabına göre müvekkilden mezuniyet istihsaline imkan olmamakla beraber şayet imkan olup ta istizan olunsaydı müvekkilin muvafakat edeceği derkâr bulunan hususlarda, inhiraf edebilir.”

#### e. Vekilin Elde Ettiklerini Müvekkille Devir Borcu

Daha öncede belirttiğimiz gibi Roma Hukukunda doğrudan doğruya temsil kabul edilmemiştir. Bu hukuk düzeninde geçerli olan dolaylı temsil'e uygun olarak vekilin elde ettiğimiz haklar ve borçlar kendi üzerinde gerçekleşir ve bunları daha sonra müvekkile devretme borcu altına girer<sup>129</sup>. Vekil elde ettiği bu haklara ilişkin davaları da müvekkile devretmelidir<sup>130</sup>.

Vekilin vekalet ilişkisi içerisinde aldıklarını müvekkile verme borcu Borçlar Kanununun 392.maddesinde düzenlenmiştir: “Vekil... bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur. Maddeden de anlaşıldığı gibi vekilin vekalet sözleşmesi gereği yükümlendiği bir diğer borç vekaleti ifa için veya vekalet dolayısıyla aldıklarını verme borcudur<sup>131</sup>.

127 Arangio Ruiz, 161, (Watson, Mandate, 178'den naklen)

128 Bkz. Leage, 369; Nicholas, 187; Buckland, A text book, 514; Berger, 574.

129 Leage, 370; Rado, 154.

130 Leage, 370; Nicholas, 187.

131 Yavuz, 202; Göktürk, 519.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

## f. Vekilin Hesap Verme Borcu

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanması sebebi ile vekil vekaletin sonucunda müvekkilin daha önceden belirtmediği ve bilgisi dahilinde olmadığı hiçbir kârı elinde bulundurmamalı ve bunları müvekkile vermelidir<sup>132</sup>. Bunun sonucu olarak da vekilin müvekkile karşı bir hesap verme borcu doğar<sup>133</sup>. Vekilin işe başladıktan sonra işi yapamayacağını anlaması durumunda<sup>134</sup> ve her halde istifa etmesi durumunda bunu en kısa zamanda müvekkile bildirmesi<sup>135</sup> geniş anlamda hesap verme borcunun kapsamına girmektedir<sup>136</sup>.

Roma Hukukundaki vekilin bu hesap verme borcunun Borçlar Kanunumuzun 392.maddesinde hesap verme başlığı altında düzenlediğini görüyoruz: “Vekil müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe mecburdur.”

## 2. Müvekkilin Borçları

### a. Vekilin Yapmış Olduğu Masrafları Ödeme Borcu

Vekil, Vekalet sözleşmesini ifa ederken bazı masrafları yapmak durumunda kalabilir. İşte müvekkilin borcu bu meydana geleceği şüphesi olan masrafları ödemektir<sup>137</sup>. Vekilin vekaleti üzerine almasını bir sonucu olarak meydana gelen zararlar müvekkilce karşılanmalıdır<sup>138</sup>. Vekilin yapmış olduğu masraflarda geniş anlamda zarar (malvarlığının aktifinin azalması) kapsamına girecektir.

Vekilin yapmış olduğu masrafların içerisine, hüsünüyetle tüm harcamaların girdiği kabul edilmektedir<sup>139</sup>. Ancak hüsünüyet gereği yapılan bu masrafların vekilce zorunlu görülen ve bu sebeple yapılan masraflarını ifade ettiği yoksa fayda (utilitas)<sup>140</sup> prensibi gereği yapılan masraflarında buna dahil olup olmadığı

132 Watson, Mandate, 187.

133 Rado, 154.

134 Watson, Mandate, 180.

135 Leage, 367.

136 Tandoğan, 479.

137 Nicholas, 187. Berger, 574; Koschaker, 243; Buckland, A text book, 516.

138 Watson, Mandate, 154.

139 Watson, Mandate, 155.

140 Borçlunun sorumluluk ölçüsü tayin edilirken akitten menfaati olup olmamasına göre ağır veya hafif ihmalden sorumlu tutulacağını tayin etmek üzere takip edilen umumi; fakat mutlak olmayan temeyül. Umur, Lugat, 220.

tartışılmış ve sonuçta bu konudaki tek delil olan bir metne<sup>141</sup> istinaden sadece gerekli olan masrafların istenebileceği belirtilmiştir<sup>142</sup>.

Roma Hukukunda geçerli olan bu prensipler Borçlar Kanunumuzda da aynı şekilde düzenlenmiştir. BK. m 394 f.1 hükmü şöyledir: “Vekilin usulü daire-sinde müvekkilün bihi ifa için yaptığı masrafı ve verdiği avansları, müvekkilin faiziyle beraber vermesi ve vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.” Geçerli bir vekalet sözleşmesinin olması şartına bağlı olarak vekilin yapmış olduğu masraflar, onun vekaletin ifası için isteyerek kendi iradesiyle kendine ait malvarlığı değerlerinden fedakarlıkta bulunması, harcamalar yapma-sıdır<sup>143</sup>. Vekalet sözleşmesi her hangi bir nedenle batıl sayılırsa vekil de bu sözleşmeye dayanarak yapmış olduğu masrafların müvekkilce karşılanmasını talep edemez<sup>144</sup>. Aynı şekilde eğer sözleşme hukuka ve ahlaka aykırı bir nedenle geçersiz sayılmışsa, vekil yaptığı masrafları vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak da isteyememelidir; aksi halde hukuka ve ahlaka aykırı bir iş görme durumu Devlet otoritesiyle desteklenmiş olurdu<sup>145</sup>.

### **b. Vekilin Uğradığı Zararları Tazmin Etme Borcu**

Roma Hukukunda müvekkilin, vekilin uğradığı zararları tazmin etme bor-cunu kapsamı çok tartışılmıştır. Bir görüşe göre<sup>146</sup> Müvekkil vekilin, vekaleti ifa ederken yapmış olduğu harcamaları ödemekle yükümlü olup vekaletin ifası sure-sinde uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Diğer bir görüş ise<sup>147</sup> klasik Roma hukukunda sözleşmedeki sorumluluk tek taraflı olduğu için müvek-kil, vekilin vekaleti ifa sebebiyle uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yüküm-lüdür. Bu iki karşıt görüşü uzlaştıran üçüncü bir görüşe göre de<sup>148</sup> müvekkilin, vekilin vekaleti ifa ederken uğradığı zararların bir bölümünü tazmin etmekle yü-kümlü olmasına karşın bazı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Bu zar-rarlar vekaleti ifa edilmesine ilişkin zararlar olup vekalet ile bir ilişkisi olmayan

141 Papinian: D.17.1.56.4 (Metin ve İngilizcesi için bkz. Watson, Mandate, 155.

142 Watson, Mandate, 155. Ancak dn. 4’de faydalı masrafların iyi niyet gereği (bona fidei) yapılan masraflar olarak da kabul edilebileceği ifade edilmektedir.

143 Yavuz, 208.

144 Tandoğan, 577.

145 Tandoğan 577; Tandoğan, Vekaletsiz, 144.

146 Helkrich, Das verschulden beim Vertragsabschlu ß, Leipzig, 1924, 26-31(Watson, Mandate, 154’dan naklen)

147 Kübler, Die Kontrarklagen und das Unilitötsprinzip’in 2. 5.5 XXXVIII. 1917-73. 94-405. (Watson, Mandate, 154’dan naklen)

148 Stein, Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958, 118-127 (Watson Mandate, 154’dan naklen).

zararların tazmini istenemez<sup>149</sup>. Örneğin vekalet sözleşmesi sebebi ile yolda hırsızlar tarafından soyulan bir kimse bu zararın tazminini isteyemez<sup>150</sup>. Yine bir köle satın almakla görevli bir kişi aldığı kölenin hırsız olması nedeni ile soyulursa<sup>151</sup> boğa almakla görevli olan vekil o boğa tarafından yaralanırsa<sup>152</sup> müvekkilden bu zararının karşılanmasını isteyebilir. Borçlar Kanunumuzda müvekkilin, vekilin zararlarını tazmin etmesi borcu 394.maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir: “Vekil, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini, müvekkilinden isteyebilir. Meğer ki müvekkil bu hususta kendisinin sunu taksiri olmadığını ispat eyleye.”

Ayrıca müvekkilin tazmin borcunu doğuran vekilin uğradığı zararlara, zararın oluştuğu günden itibaren faiz yürütülmesi gerekir<sup>153</sup>.

### **c. Vekili, Müvekkil Hesabına Giriştiği Borçtan Kurtarma Yükümlülüğü**

Roma hukukunda kabul edilmiş olan temsil ilişkisinin dolaylı temsil olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu nedenle vekilin almış olduğu vekalet dolayısıyla yapmış olduğu işlemlerde bizzat vekil alacaklı ve borçlu konumunda idi. İşte müvekkilin bir diğer görevi de vekili, kendi hesabına üstlenmiş olduğu bu borçlardan kurtarmak ve bunları devralmaktır.

Roma hukukundaki müvekkilin, vekili kendi hesabına giriştiği borçtan kurtarma yükümlülüğü Borçlar Kanunumuzun 394.maddesinin birinci fıkrasının sonunda hükme bağlamıştır: “... müvekkilin... vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.”

Hukukumuzda müvekkilin böyle bir borcunun oluşabilmesi için Roma hukukunda olduğu gibi vekilin kendi adına ve müvekkili hesabına bir borç altına girmesi ve bu borcun geçerli bir vekaletin gereği gibi ifası sonucu meydana gelmiş olması gerekir<sup>154</sup>.

### **d. Müvekkilin Vekile Ücret Ödeme Borcu**

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması özelliği nedeniyle müvekkilin vekile bir ücret ödeme yükümlülüğü doğmazdı. Ancak önceden ka-

149 Buckland, A text book, 517.

150 Buckland, A text book, 517. Kar. Koschaker, 242.

151 Watson, Mandate, 159.

152 Koschaker, 242.

153 Yavuz, 210.

154 Tandoğan, 588-589.

rarlaştırılmış olmak şartıyla vekilin bir şeref ücreti (honorarium) isteyebilir ve bunu ancak nizam harici usulle (cognitio extra ordinari) takip edebilir<sup>155</sup>.

Borçlar Kanunumuz da bu konuda Roma hukukunun etkisinde kalarak müvekkilin ücret ödeme borcuna, “müvekkilin borçları” kenar başlığını taşıyan 394.maddesinde yer vermemiştir<sup>156</sup>. Müvekkilin bu borcuna sadece BK. m. 386 f.3 de “mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstehak olur.” demek suretiyle değinilmiştir.

## VII. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Davalar ve Sonuçları

### A. Vekalet sözleşmesinden Doğan Davalar

#### 1.Genel Olarak

Roma hukukunda rızai sözleşmeler grubuna giren vekalet sözleşmesi genellikle arkadaşlar arasında yapılmakta ve özellikle taraflar arasındaki arkadaşlar arasında yapılmaktaydı. Romalılarda da verilmiş olan bir sözün tutulması çok büyük öneme sahipti<sup>157</sup>. Sadakat, dürüstlük ve sözünü tutmak o kadar yakın kavramlardır ki hepsi “bona fides”in içerisinde vardır<sup>158</sup>. İşte taraflar arasındaki bu dürüstlük, sadakat ve güven ilişkisine dayanan vekalet sözleşmesinden bir iyiniyet davası olan actio mandati doğmaktaydı<sup>159</sup>. Pretor bu davada (diğer iyi niyet davalarında olduğu gibi) formula’ya “ex fide bona” yani iyi niyet gereğince kelimelerini ilave ederdi. Dar hukuk davalarında hakim formula’da ne varsa ona sıkı sıkıya bağlıyken bu iyi niyet davalarında “iyi niyet neyi gerektiriyorsa” onu da dikkate alabileceği için takdir yetkisi oldukça genişti<sup>160</sup>. Eksik iki taraflı bir sözleşme olan vekalet sözleşmesinde asıl borç vekilin borcu olduğu için müvekkil her zaman bir actio mandatiye sahiptir. Ancak vekil de bazı hallerde bir actio mandatiye sahip olabilirdi. Müvekkilin sahip olduğu davaya actio mandati directa, vekilin sahip olduğu davaya da actio mandati contraria adı verilmiştir<sup>161</sup>.

155 Rado,152.

156 Tandoğan, 574.

157 Schulz, 390.

158 Schulz, 392.

159 Buckland, A text book, 518; Umur, Lugat, 9; Di Marzo, 452; Watson, Law of Obligations, 147; Rado, 154-155.

160 Rado, 155.

161 Rado, 154-155; Berger, 574; Buckland, A text book, 518; Koschaker, 243; Umur, Lugat, 9; Di Marzo, 541-452; Umur Ders Notları, 374.

## 2. Actio Mandati Directa

Vekalet sözleşmesinden doğan ve müvekkile ait olan davadır<sup>162</sup>. Bu dava ile müvekkil vekilden vekalet sözleşmesi gereğince yapmayı üstlendiği işi yapmasını ve sonunda da elde ettiği hak ve davaları kendisine devretmesini ister<sup>163</sup>.

Ayrıca müvekkil vekile, vekaleti ifa için vermiş olduğu ve vekilin kullanmadığı şeylerin iadesini bir actio mandati directa ile isterdi<sup>164</sup>.

## 3. Actio Mandati Contraria

Eksik iki taraflı bir iyi niyet sözleşmesi olan vekalet sözleşmesinde müvekkil de bazı durumlarda borç altına girmektedir. Bu borçların gerçekleşmesi durumunda vekil de bunların ifasını müvekkile karşı açacağı bir actio mandati contraria ile isterdi<sup>165</sup>. Daha öncede belirttiğimiz gibi Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin en ilgi çekici özelliği ücretsiz oluşuydu ve vekil ancak önceden kararlaştırılmış olduğu takdirde bir şeref ücreti (honorarium) alabiliyordu<sup>166</sup>. Ancak daha önceden kararlaştırılmış bile olsa bu alacağını vekalet sözleşmesinden doğan bir dava olan actio mandati contraria ile takip edemezdi. Bunu ancak nizam harici usulle (cognitio extra ordinari) isteyebilirdi<sup>167</sup>. Vekil bu alacağını kendisine karşı açılmış olan bir actio mandati directa'da def'i (exceptio) olarak ileri süremezdi<sup>168</sup>. Klasik devirde mevcut olan bu fark Iustinianus zamanında nizam harici usullerin normal muhakeme kapsamına alınmasıyla ortadan kalkmıştır<sup>169</sup>.

## B. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Davaların Sonuçları

Vekalet sözleşmesinde asıl borç vekilin borcuydu. Vekil bu borcunu yerine getirmediği zaman müvekkil tarafından aleyhine bir actio mandati directa açılırdı. Bir iyiniyet davası olan actio mandati directa'nın sonuçları çok ağırdı ve vekil mahkum edilmesi durumunda şerefsiz (infamis) ilan edilirdi<sup>170</sup>. Şerefsiz olarak

<sup>162</sup> Berger, 574; Buckland, A text book, 518; Umur, Ders notları, 374; Di Marzo, 451; Leage, 367; Rado, 154, Koschaker, 243; Umur, Ders Notları, 9.

<sup>163</sup> Rado, 154.

<sup>164</sup> Di Marzo 451.

<sup>165</sup> Leage, 367; Di marzo, 451-452; Umur, Ders notları, 374; Umur, Lugat, 9; Berger, 574; Buckland, A text book, 518.

<sup>166</sup> Bkz. I. Bölüm, I,B, 4.

<sup>167</sup> Buckland, A text book, 514; Umur, Ders notları, 374; Rado, 155; Oğuz, 262; Nicholas, 187.

<sup>168</sup> Nicholas, 187.

<sup>169</sup> Rado, 152; Oğuz, 262; Nicholas, 188.

<sup>170</sup> Rado, 152; Oğuz, 264; Umur Lugat, 86; Buckland, A text book, 518; Leage, 370; Karadeniz-Çelebican, 174; Di Marzo, 59.



ilan edilen bu kimseler kamu hizmetlerinden mahrum ediliyorlar, seçme seçilme gibi hakları ellerinden almıyordu<sup>171</sup>. Özel hukuk alanında gerçek anlamda ehliyeti daraltan bir sebep olmamakla beraber preator, şerefsiz ilan edilen bu kimselerin davalarda başkalarını temsil edemeyeceklerini bizzat edictum'unda<sup>172</sup> tespit etmiş ve bu da ehliyeti daraltan bir sebep haline gelmiştir<sup>173</sup>. Ayrıca şerefsiz ilan edilen bu kimselerin şahitlikleri de kabul edilmiyordu<sup>174</sup>. Ancak Iustinianus, zamanında şerefsiz sayılan kimselerin bir listesini yapmış olmakla birlikte, şerefsizlikten doğan ehliyetsizliğe ilişkin def'ileri karşı tarafın dermeyen edememesini karar altına almak suretiyle bu kurumun eski tesirini kısmen ortadan kaldırdı<sup>175</sup>.

### VIII. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

#### A. Geri Alma (Azil ve İstifa)

Sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenlerden biri de geri almadır<sup>176</sup>.

Roma hukukunda, metinlerde tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için kullandıkları bu beyana azil (revocatio)<sup>177</sup> ve istifa (renuntiatio)<sup>178</sup> olarak isimlendirilmiştir. Müvekkil, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifaya başlamamış olmak kaydıyla vekili azledebilirdi<sup>179</sup>. Bu durumda vekil zaten işe başlamamış olduğu için herhangi bir masraf da yapmamıştır. Bu nedenle müvekkilin tazmin borcu da doğmaz. Yine müvekkil, vekil sözleşmenin kurulmasından sonra ifaya başlamış dahi olsa vekili yine azledebilirdi<sup>180</sup>. Çünkü vekalet taraflar arasındaki güven temeline dayalı bir sözleşmedir ve vekiline güveni kalmayan bir müvekkilin sözleşme ile ifanın sonuna kadar bağlı kalması düşünülemez. Ancak müvekkil vekili, ifaya başladıktan sonra azletmişse, vekilin vekaletten azledildiğini öğreninceye kadar yapmış olduğu masrafları tazmin etmekle yükümlüdür<sup>181</sup>.

Umur, Lugat, 86; Karadeniz-Çelebilcan, 173.

Bkz. Umur, Lugat, 63.

Umur, Lugat, 86.

Karadeniz - Çelebican, 173; Umur, Lugat, 86.

Di Marzo, 60, Iustinianus: 4.13.11 (Çev: Umur, 355).

Eren, III, 460.

Gaius: 3.159 "... reocatum ferit, ..." (Çev: Rad, 59).

Paulus: D. 17.1.22.II. Bkz. Watson, Mandate, 72.

Paulus: D. 17.1.22.II. Bkz. Watson, Mandate, 72.

Leage, 367; Buckland, A text book, 517.

Buckland, A text book, 517.

Buckland, A text book, 517; Rado, 155-156.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Yıl 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

İlk önceleri müvekkilin vekili serbestçe azletme hakkının yanında<sup>182</sup>, vekilin sözleşme ile üstüne aldığı görevden istifa etme hakkı bu kadar kolay kabul edilmiş değildi<sup>183</sup>. Nitekim Gaius vekaleti sona erdiren nedenlere temas ederken vekilin istifasına yer vermemiştir. Vekilin henüz ifaya başlamadan önce istifa edebileceği ise Paulus zamanında kabul edilmiştir<sup>184</sup>. Vekilin istifa hakkının müvekkilin azletme hakkı kadar net olmamasının nedeni, vekilin vekalet sözleşmesi ile üstlendiği görevi tamamlamasının vekilin bir borcu olarak kabul edilmiş olmasıdır<sup>185</sup>.

Vekil vekaleti ifa etmeye başladıktan sonra istifa ederse bunu en kısa zamanda müvekkile bildirmeli ve onun yarım kalan işi başka bir şekilde tamamlamasına imkan tanınmalıdır<sup>186</sup>. Eğer vekil, işin müvekkilce tamamlanmasına imkan bırakmayacak kadar geç bir vakitte istifa etmişse, müvekkilin bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür<sup>187</sup>.

Roma hukukundaki vekalet sözleşmesini sona erdiren bu durum aynı kavramlar kullanılmak suretiyle BK. m. 396'da şu şekilde ifade edilmiştir. "Vekaleten azil ve ondan istifa her zaman caizdir." Daha öncede ifade ettiğimiz gibi buradaki azil ve istifadan kastedilen geri almadır<sup>188</sup>.

Vekalette, tarafların bu azil ve istifa yoluyla sözleşmeye son verebilmelerinin sebebi, vekilin şahsi niteliğinin ağır basması ve sözleşmenin özel bir güven ilişkisine dayanmasıdır<sup>189</sup>. Güven temeline bağlı bu ilişkide, vekile güveni kalmayan bir müvekkilin, sözleşmeyle daha fazla bağlı kalmasında bir anlam yoktur.

## B. Ölüm

Roma hukukunda, daha önce de bir çok kere belirttiğimiz gibi güven temeline dayanan vekalet sözleşmesi ayrıca taraflar arasında kişisel bir ilişki kurması sebebiyle taraflardan birinin ölmesi ile sona ererdi<sup>190</sup>. Romalı hukukçular

182 Gaius: 3.159 (Çev: Rado, 59).

183 Watson, Mandate, 71.

184 Watson, Mandate, 75.

185 Watson, Mandate, 178, 180; Buckland A text book, 517.

186 Buckland, A text book, 517; Leage, 367.

187 Leage, 367. Rado, 155.

188 Serozan, Rona, Sağlar Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırmalar, İst.1979, s. 137; Tandoğan, 619-620.

189 Tandoğan, 615-616.

190 Buckland, A teext book, 517; Nicholas, 189; Berger, 574; Rado, 156; Watson, Law of obligations, 151; Koschare, 243.

tarafardan birini ölümü ile vekaletinde sona ereceği belirtmişle ve bunu ifade ederken meselelere değişik bakış açılarından bakmışlardır<sup>191</sup>. Bazı hukukçular<sup>192</sup> taraflardan birinin ölümü ile vekaletin sona ereceğini belirtmiş, bazıları ise sadece vekilin<sup>193</sup> veya müvekkilin<sup>194</sup> ölümü ile vekaletin ortadan kalkacağına değinmişlerdir. Taraflarda birinin ölümü ile vekaletin sona ermesi, ölümün sözleşmenin kurulmasında taraflarca öngörülmemiş olması durumunda gündeme gelir ve bu mandatum morte solvitur diye ifade edilir<sup>195</sup>.

Müvekkilin ölümünden sonra ifa edilecek olan bir vekaletin (mandatum post mortem mandatoris) geçersizliği hususunda ise tartışma vardır. Bir fikre göre<sup>196</sup> bu dönemde müvekkilin ölümünden sonra ifa edilmek üzere verilen vekalet geçersizdir. Bir diğer fikir<sup>197</sup> ise böyle bir vekaletin geçerli olacağı yönünde ifade edilmiştir. bazı yazarlarda<sup>198</sup> örneğin müvekkilin ölümünden sonra anıtının yapılmasına ilişkin mandatum geçerli olabileceğini ifade etmişlerdir.

Buna karşın çoğunluk görüşüne göre mandatum post mortem mandataris gibi mandatum post mortem mandatoris de geçersizdir<sup>199</sup>.

Borçlar kanunumuzda ölümün vekaleti sona erdireceğine ilişkin kural 397.maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir: “Hilafı mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin, gerek müvekkilin ölümüyle ...nihayet bulur.” Bu hükme göre ölüm, vekalet sözleşmesi geleceğe etkili olarak ortadan kaldıran sebeplerden birisidir<sup>200</sup>.

Kanunda ölümün vekalet sözleşmesini sona erdiren hallerden biri olarak sayılmasının nedeni, bu sözleşmede güven unsurunun ağır basması ve tarafların şahıslarının özel bir önem arz etmesidir. Bu niteliği itibarıyla vekaletten doğan

91 Watson, Mandate, 130.

92 Bkz. dn. 252 ve 253'deki metinler.

93 Gaius: D. 17.1.27.3 (Watson, Mandate, 129'dan naklen)

94 Paulus: D. 17.1.26.Pr (Watson, Mandate, 129'dan naklen).

95 Watson, Mandate, 133.

96 Di Marzo, Sul mandato post mortem, Scritti Ferrini, I. 5.23. vd: (Watson, Mandate, 139'dan naklen).

97 Sanfilippo, Studi Solazzi, s. 554 vd (Watson, Mandate, 143'den naklen).

98 Buckland, A text book, 517-518.

99 Di Marzo, 451, dn. 72.

200 Tandoğan, 663.

haklar ve borçlu ilgili kişinin ölümünden terekesine dahil olabilecek nitelikteki hak ve borçlardan değildir<sup>201</sup>.

Kural ölümle vekaletin sona ermesidir. Ancak kanun iki halde bu kurala istisna getirmiştir. İlki, tarafların, vekaletin ölüme rağmen devam edeceğinde anlaşmış olmaları, ikincisi de işin niteliğinden sözleşmenin devam edeceğinin anlaşılmasıdır<sup>202</sup>.

Türk hukukunda da mantadum post mortem çok tartışılan bir meseledir.

Mandatum post mortem, miras hukukundaki şekli hükümleri ortadan kaldırmaya yönelik bir kanuna karşı hile olarak kullanılmaması şartıyla genellikle geçerli kabul edilmiştir<sup>203</sup>.

Doktrinde mandatum post mortem vasiyeti tenfiz memurluğu ile ilişkisi tartışılmıştır. Mandatum post mortem mandatoris (müvekkilin ölümünden sonra etkili vekalet) vasıtasıyla tayin edilen vekil ile vasiyeti tenfiz memuru arasında oldukça önemli farklar vardır. İlk önce mirasçılar müvekkilin külli halefleri olarak vekalet sözleşmesini geri alma (azil) haklarını kullanarak sona erdirebilirler. Halbuki vasiyeti tenfiz memuru mirasçılar tarafından görevinden uzaklaştırılmaz<sup>204</sup>. Vasiyeti tenfiz memurunun görevini vasiyetname ve kanun çizer<sup>205</sup>. Buna karşılık vekilin görevi müvekkil ile yaptıkları sözleşmeye dayanır<sup>206</sup>

Bizimde katıldığımız bir diğer fikre<sup>207</sup> göre ise mandatum post mortem sağlar arası bir tasarruftur<sup>208</sup> ve ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlı değildir<sup>209</sup>. Mandatum post mortem, ölüme bağlı bir kazandırmaya amaçlamış olsa bile şekle bağlı olmadan oluşturulabilecek, bunun yanında da mirasçılar tarafından da serbestçe geri alınabilecektir. Böylece mirasçılara verilen serbestçe geri alma hakkı adeta işlemin şekilsizliğinin bir bedeli olmaktadır<sup>210</sup>. Müvekkil, mandatum post mortem ile atadığı vekili geri alma hakkını kullanarak azletmek-

201 Gürsoy, Kemal Tahir, Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İst.1977, s. 2; Ayrıca bkz. Oğuzman, 328 ve dn. 85.

202 Özkaya, 717-718; Tandoğan, 649.

203 Esener, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyete Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenid Temsil, Ankara 1961, s.178; Gürsoy, 23 vd.

204 Serozan, Sağlar Arası, 173-174.

205 Oğuzman, 186.

206 Bkz. Serozan, Sağlar Arası, 169.

207 Esener, 178 vd.

208 Serozan, Sağlar Arası, 169.

209 Gürsoy, 31; Serozan Sağlar Arası, 177.

210 Serozan, Sağlar Arası, 177.

ten önceden feragat edemeyeceği gibi mirasçıların bu haklarını kullanmalarını da tek taraflı bir beyanla engelleyemez<sup>211</sup>. Gerçek kişilerde gaiplik ve tüzel kişilerde tüzel kişiliğin sona ermesi, ölüme eş sonuçlar doğurur. Bu nedenle, vekaletin ölümle son bulması ile ilgili olarak söylenenler gaiplik<sup>212</sup> ve temel kişiliğin sona ermesi<sup>213</sup> halleri için de geçerlidir.

### C. Ehliyetsizlik

Borçlar kanunumuzda taraflardan birinin ehliyetini kaybetmesi ile vekaletin de son bulacağını m. 397 f.1 hükme bağlamıştır. Buna göre vekil veya müvekkil, vekalet sözleşmesi kurulduktan sonra temyiz kudretini kaybederse vekalet de sona erer.

Bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Bir fikre göre<sup>214</sup> bu hüküm daha çok hukuki işlemlere ilişkin vekalet göz önünde tutularak sevk edilmiştir ve maddi fiillere işlerin vekalet (örneğin hakimın bir hastayı tedavi etmesi) bakımından uygulanması genelde mümkün olmaz.

Daha doğru olan bir diğer fikre<sup>215</sup> göre ise ölümden olduğu gibi sözleşme ve işin niteliği gerektiriyorsa vekalet devam etmelidir. Kanuni temsilcinin atanmasından sonra geri alma ve talimat verme müvekkil adına kanuni temsilci de kullanabilir. Yine bir hastanın temyiz kudretini kaybetmesi dolayısıyla vekaletin sona erdiğini düşünmek ve onu tedaviden mahrum bırakmak doğru olmaz.

### D. İflas

Roma hukukunda müvekkilin, iflas etmesi ile vekaletin sona ereceği açık olarak ifade edilmemekle beraber bunun vekilin vekaleti bırakması için haklı bir neden olarak görüldüğü ifade edilmektedir<sup>216</sup>

İflas, kişinin hak ehliyetini ortadan kaldırmadığı gibi hukuki işlem yapma ehliyetini de ortadan kaldırmaz. İflasın amacı iflas masasına giren mal ve hakların tasfiyesi sonucunda elde edilecek paralarla alacaklıların tatmin edilmesi olduğundan iflasın açılması ile müflisin masaya giren mal ve haklar olduğundan iflasın açılması ile müflisin masaya giren mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi

211 Serozan, Sağlar Arası, 174.

212 Esener, 183 vd.; Gürsoy, 3-11.

213 Gürsoy, 11.

214 Gautschi, m. 405, Nr. 10, a (Tandoğan, 666'dan naklen).

215 Tandoğan, 666 vd.

216 Leage, 367.

de kısıtlanır<sup>217</sup>. Müflis, iflas masasına giren mallar üzerinde onların mevcudun azaltıcı nitelikteki işlemleri yapamaz. Bu konuda borçlandırıcı işlemleri yapmasına bir engel bulunmamakla beraber tasarruf işlerini gerçekleştiremeyecektir<sup>218</sup>.

Vekil iflas etmiş ise ve vekaletin konusu da maddi bir işin görülmesi ise vekalet sona ermez. Çünkü burada müflisin iflas masasına giren hak ve mallarını koruma amacı gerçekleşmemektedir. Hekimin ya da sanatçının iflası mali bir edimi yerine getirmeyeceklerse sona erme sebebi değildir<sup>219</sup>.

### IX. Vekalet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütü

Roma hukukunda klasik dönem boyunca borçlunun sorumluluğu genellikle dolus ile sınırlandırılmıştı<sup>220</sup>. Bununla orantılı olarak klasik dönemde vekalet sözleşmesiyle borç altına giren vekil de sadece kastından dolayı sorumlu idi<sup>221</sup>. Ancak klasik dönemde vekilin sadece dolus'tan sorumlu olduğu fikri üzerinde görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar<sup>222</sup> bu dönemde vekilin sadece dolus'tan sorumlu olduğunu söylerken diğer bir kısım yazar<sup>223</sup> klasik dönemin sonlarına doğru culpa levis'den de sorumlu olduğunu belirtmektedirler. Bu konuda savunulan diğer bir fikir<sup>224</sup> de tarafların durumuna göre sorumluluğunda değişkenlik arz ettiği yönündedir.

Iustinianus zamanında ise vekilin sorumluluğu genişletilmiş ve bütün kusurlarından (omnis culpa) sorumlu tutulmuştur<sup>225</sup>.

### X. SONUÇ

Vekalet sözleşmesi, iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile vekil, müvekkilin kendisine vermiş olduğu bir görevi ücretsiz olarak yapmayı kabul etmektedir. Roma hukukunda bu sözleşmenin ücretsiz olması kural iken Türk hukukunda vekile ücret ödenebilir.

<sup>217</sup> Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1985, s.483. Esener, 186.

<sup>218</sup> Kuru / Arslan / Yılmaz, 483-484.

<sup>219</sup> Becker, 732. Tandoğan, 672.

<sup>220</sup> Zilelioğlu, 250.

<sup>221</sup> Rado, 42; Di Marzo 451; Umur, Ders Notları, 374.

<sup>222</sup> Schulz, Fritz, Classical Roman Law, 456 (Watson, Mandate, 195'ten naklen).

<sup>223</sup> Buckland, Textbook, 516.

<sup>224</sup> Watson, Mandate, 198 vd.

<sup>225</sup> Rado, 154; Di Marzo 451; Umur, Ders Notları, 374.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin konusunu operae liberales denilen yüksek işler oluşturmaktaydı. Türk hukukunda ise vekalet sözleşmesinin konusunu hukuki işlemler ve maddi fiiller oluşturabilir.

Vekil, vekaleti sadakat ve özenle ifa etmeli, aksi kararlaştırılmamışsa bizzat yapmalıdır. Vekaletin sınırlarını aşmamalı ve müvekkilin talimatların uymalıdır. Daha sonra elde ettiği hak ve borçları müvekkile devretmeli ve ayrıca ona yaptığı işler hakkında hesap vermelidir. Müvekkil de, vekilin yapmış olduğu masrafları ve bu sebeple uğramış olduğu zararları ödemelidir.

Vekalet sözleşmesi genel olarak azil ve istifa ile, taraflardan birisinin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi ile sona erer.





# DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ VE 1982 ANAYASASI\*

Dr. Reyhan SUNAY\*\*

## I- GİRİŞ

Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığını taşıyan 13. maddesinin 2. fıkrasında hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

Söz konusu ölçütün tercih edilişi nedeni ve kapsamı konusunda, hem Anayasanın hazırlanış aşamasında hem de Anayasa yürürlüğe girdikten sonra çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin 13. madde gerekçesinde demokratik toplum ölçütünün, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama ölçütünden daha belirgin ve uygulanmasının daha kolay olduğu, ayrıca uluslararası Sözleşme ve Bildirilerin de bu ölçüti kabul ettikleri ileri sürülmüştür. Belirtilen Sözleşmelerden Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde demokratik toplum kavramı 8.,9.,10. ve 11. maddelerin ikinci fıkralarında yer almaktadır. Fakat Anayasa ile Sözleşme metni arasında normatif açıdan geçerli olan bu benzerliğin, öz (içerik) açısından da geçerli olup olmadığı ve asıl olarak Anayasadaki demokratik toplumun hangi demokratik toplum anlayışını ifade ettiği hususları sürekli tartışılan bir konu olmuştur.

Bu konuda 13. madde gerekçesinde "genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışından" sözedilmektedir. Bununla birlikte Danışma Meclisi Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde, bundan anlaşılmanın Anayasanın demokratik toplumu olduğu açıklanmıştır<sup>(1)</sup>. Ayrıca doktrinde de bazı yazarlar, buradaki demokratik toplum kavramıyla, batı standardında bir demokratik düzenin kastedil-

\* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve 1994 yılında Savunulan "(Hürriyetlerin Sınırlanmasının Sınırı Olarak) DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ VE 1982 ANAYASASI" konulu Yüksek Lisans tezinin özetidir.

\*\* Dr., S.Ü.H.F., Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Nitekim Anayasa Komisyonu Başkanvekili Gölcüklü, "...Bu Anayasada öngörülene gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir... Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılın da Anayasamızın demokratik toplumdur." demektir. Bkz. DMTD, c. 8, B. 130, 19.8.1982, s. 149; Bununla birlikte Gölcüklü, daha sonra yaptığı bir konuşmasında, farklı bir yorumla şu ifadeleri kullanmaktadır. "... bu (demokratik toplum düzeninin gerekleri) bizim icat ettiğimiz bir kriter değildir..... Bu kriter, Avrupa Konseyinde mevcut, İnsan Hakları Divanı tarafından 1954 yılından beri uygulanan kriterdir, hep bu kriter uygulanmaktadır. Bizim batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız." Bkz. DMTD, c. 8, B.130, 19.8.1982, s.154.

diğini<sup>(2)</sup>, bazı yazarlar da 1982 Anayasasına göre demokrasinin bu Anayasada gösterilenle sınırlı olduğunu, dolayısıyla bu yeni ölçütün bir güvence teşkil edemeyeceğini ileri sürmüşlerdir<sup>(3)</sup>.

Söz edilen tartışmalar çerçevesinde ortaya çıkan demokratik toplum düzeni ölçütünün nasıl bir güvence teşkil ettiği, buna bağlı olarak Anayasanın farklı bir demokrasi anlayışını yansıtmadığı hususları, esas inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

## II- DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN UNSURLARI

### 1-Genel Olarak

Demokratik bir düzenin kurulabilmesi, esas itibarıyla yalnızca çoğunluğun belirlenmesi ya da iktidarların demokratik yoldan oluşturulabilmesi sorunundan ibaret bir husus değildir. Dolayısıyla yöneticilerin serbest seçimlerle işbaşına gelmeleri demokratik rejimleri, diğer rejimlerden ayırdedici bir unsur olmakla beraber yeterli bir unsur değildir<sup>(4)</sup>. Demokrasiler herşeyden önce kayıtsız şartsız çoğunluk yönetimleri olmayıp, azınlık haklarıyla sınırlandırılmış çoğunluk yönetimleridirler. Buna göre çoğunluğun oylarına dayalı bir iktidar bugün için azınlıkta kalanların haklarına saygı göstermiyorsa ya da çoğunluğun iradesinin mutlak suretle doğru ve yanılmaz olduğu kabul ediliyorsa böyle bir sistemin demokrasiden ziyade sayı üstünlüğüne dayanan bir çoğunluk diktası olacağı açıktır<sup>(5)</sup>. Ayrıca çoğunluğun her kararının milli iradenin bir tezahürü olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Aksi halde belli bir andaki çoğunluğun görüşü her zaman için topluma hakim kılınmış, bugünkü azınlığın yarınki çoğunluk haline gelmesi engellenmiş olacaktır.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere demokratik düzenin varlığı için, iktidarın kuruluşu kadar, onun kullanılış biçimi ve işleyişi de önem arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle demokratik düzenler, bir iktidarın nasıl kurulduğunu belirten usuller (kurallar) kümesinden daha fazla bir anlam ifade etmektedirler. Bu durum dikkate alındığında siyasal demokrasi ile ilgili temel sorunun, kelime anlamına

- 
- (2) Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1990, s. 89; TURHAN, Mehmet, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere", *Anayasa Yargısı* c. 8, 1991, s. 408-409.
- (3) Bkz. TANÖR, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, Beta Basım, İstanbul 1986, s. 137.
- (4) Bkz. SCHMITTER, Phippe C./KARL, Terry L., "Demokrasi Nedir... Ne Değildir...", Çev. Levent Gönenç, *Bülten*, sy. 12, 1992, s. 14; BARRY, Norman P., *An Introduction to Modern Political Theory*, Second Edition, Macmillan Education, London 1989, s.268.
- (5) ERDOĞAN, Mustafa, *Liberal Toplum Liberal Siyaset, Siyasal Kitabevi*, Ankara 1993, s. 183-184; HAZIR, Hayati, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)*, Konya 1990, s. 157; KUZU, Burhan, "Demokrasinin Gereklere ve Demokrasimizin Bazı Çıkmazları", *Sosyo Politik Yaklaşım*, sy. 1, 1993, s. 10.

uygun demokrasinin (halk iktidarının) uygulamaya nasıl aktarılacağı noktasında düğümlenmiş olduğu ileri sürülebilir. Benzer şekilde konu, siyasal iktidarın nasıl denetlenip nasıl sorumlu tutulacağı ve hürriyetlerin nasıl korunacağı şeklinde de somutlaştırılabilir. Bollen, bu hususlara yanıt olacak nitelikte demokrasiyi, elitin siyasi iktidarının en aza indirildiği buna karşılık elit olmayanın iktidarının azami dereceye çıkarıldığı bir süreç olarak tanımlamaktadır<sup>(6)</sup>.

Tanımda sözüedilen sürecin nihai amacı sınırlı iktidarın gerçekleştirilmesidir. Keyfi iktidarın önlenmesi ve yöneticilerin halka karşı sorumluluğunun sağlanması gerçekte demokratik düzenlerin temel özelliğidir. Nitekim Sartori, demokrasilerde iktidarın sınırlı, kontrol altında ve sırasıyla kullanılmasına karşılık otoriter rejimlerde iktidarın kontrolsüz, belirsiz ve sınırsız olduğuna işaret ederek bu temel farkı ortaya koymaktadır<sup>(7)</sup>.

Demokratik düzenlerin belirtilen niteliklerinin varlığı şüphesiz en başta hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıyla ilişkilidir. Öte yandan yarışmacı bir siyasetin ya da çok partili siyasi hayatın varlığı da demokratik sistemlerin vazgeçilmez bir unsurudur. Farklı fikirlerin ve alternatiflerin temsil edilmesi, iktidarların denetlenmesi sürecinde önemli bir fonksiyon görmektedir. Bununla ilişkili bir diğer unsur ise halk katılımının sağlanması oluşturmaktadır.

## 2- Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması

Demokrasi özü itibarıyla hürriyetler temeline dayalı olan bir sistemdir. Yöneticilerin serbestçe seçimi, çoğulcu ve yarışmacı siyasetin sağlanabilmesi ve halkın siyasi sürecin işleyişine katılabilmesi hürriyetler düzeninin varlığına bağlı bulunmaktadır. Bu sebeple demokrasilerde, hak ve hürriyetlerin korunması özellikle sınırlı iktidarın gerçekleştirilmesi bakımından temel bir öneme haiz bulunmaktadır ve bu rejimlerde hürriyetlere gördükleri fonksiyona paralel bir konum sağlanmaktadır. Otoriter sistemlerde ise hürriyetlerin bu anlamda iktidarın gücünü sınırlamaları bir yana ya reddedilmeleri ya da siyasi ve sosyal düzen için tehlikeli unsurlar olarak kabul edilmeleri sözkonusu olmaktadır<sup>(8)</sup>.

Demokrasilerde hürriyetlerin güvencesi konusunda gözardı edilmemesi gereken husus şüphesiz eşitlik kavramının dışarıda bırakılmamasıdır. Hürriyetler herkese eşit olarak tanınmalı ve herkes bunlardan eşit olarak yararlanmalıdır. Bu durum hiç kimseye karşı ayırım yapılmamasını, kaynakları ve imkanları kullan-

(6) BOLLEN, Kenneth A., "Issues in the Comparative Measurement of Political Democracy", *American Sociological Review*, Vol. 45, June 1980, s. 372.

(7) SARTORI, Giovanni, *Demokrasi Kuramı*, Çev. Deniz Baykal, Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, Ankara (Tarihsiz), s. 100.

(8) Bkz. ÇAĞLAR, Bakır, *Anayasa Bilimi* BFS yayınları, Ankara 1989, s. 130; YAYLA, Atilla, *Liberal Bakışlar*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993, s. 81 vd., AKILLIOĞLU, Tekin, "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler", *AÜSBFD*, c. 44, No. 1-2, 1989, s. 185.

mada kimsenin keyfi olarak engellenmemesi gerektirmektedir<sup>(9)</sup>. Bu rejimlerde esas itibariyle insana insan olması sıfatıyla bağımsız bir değer tanınması sözkonusu olup, herkesin devlet tarafından saygı gösterilmesi gereken hak ve hürriyetlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu hürriyetlerden bireysel hürriyetler; kişinin kendi özel alanında kendisinin egemen olabilmesine temel teşkil etmekte ve siyasal iktidar karşısında kişilere dokunulmaz bir alan sağlamaktadırlar. Siyasal hürriyetler ise kişilerin devlet yönetimine katılmalarına ve siyasal kararları etkilemelerine imkan vermekte ve bu sebeple de siyasete katılmanın temelini oluşturmaktadırlar<sup>(10)</sup>.

Fonksiyonel açıdan ele alındığında bireysel hürriyetlerin gerçekte siyasal hürriyetlerin esasını oluşturduğu görülmektedir. Çünkü ifade, toplanma ve örgütlenme hürriyetlerinin güvence altında olmadığı bir yerde gerçek anlamda bir siyasal katılmanın varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Nitekim bunları kısaca muhalefet hürriyeti olarak özetleyen Mayo, bu hürriyetlerin varlığının ve genişliğinin bir ülkedeki demokrasinin kapsamını en iyi yansıtacak hususlar olarak değerlendirmektedir<sup>(11)</sup>.

Hak ve hürriyet anlayışı bu çerçevede otorite-hürriyet dengesi yönünden Anayasanın tercihinin genel olarak otoritenin güçlendirilmesine öncelik veren bir anlayışı yansıttığı görülmektedir. Anayasanın hürriyet anlayışını yansıtan başlıca hükümlerden biri olarak “insan haklarına saygılı devlet” ibaresinin yer aldığı 2. madde ele alınabilir. 1961 Anayasasında “İnsan haklarına dayalı devlet” ibaresinin yer almış olması, yeni Anayasanın insan haklarına verdiği değerin mahiyeti konusunda doktrinde farklı yorumlar yapılmasına neden olmuştur. Bu çerçevede sözkonusu değişiklik yalnızca bir ifade farkı olarak değerlendirildiği gibi<sup>(12)</sup>, 1982 Anayasasının genel felsefesine uygun ve bilinçli olarak yapılmış bir değişiklik olarak da değerlendirilmiştir. Nitekim Soysal’a göre, “insan haklarına dayanan devlet, insanı temel değer olarak kabul eden, kendi varoluş nedenini insan haklarının korunması ya da gerçekleştirilmesi amacına dayandıran devlet demektir. Bu anlayışta devlet insan için vardır. İnsan haklarına saygılı devlet dendi-

(9) LIPSON, Leslie, “Demokrasinin Felsefesi”, Çev. Mustafa Erdoğan, Sosyal ve Siyasal Teori (Seçme Yazılar), YAYLA, Atilla (der.), Siyasal Kitabevi, Ankara 1993, s. 18-19.

(10) Bkz. ERDOĞAN, Mustafa, “Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji”, Türkiye Günlüğü, sy. 29, 1994. s. 114.

(11) MAYO, Henry B., Demokratik Teoriye Giriş, Çev. Emre KONGAR, Türk Siyasal İlimler Derneği Yayını, Ankara 1964, s. 54; Aynı haklar için Dahl, “öncelikli haklar” sıfatını kullanmaktadır. Bkz. DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. Levent Köker, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, Ankara 1993, s. 213; Cohen ise bu hürriyetleri, ifade hürriyeti ve siyasal hürriyetler olarak iki kategori altında toplamaktadır. Bkz. COHEN, Carl, Democracy, University of Georgia Press, Athens 1971, s. 123.

(12) Bkz. ÖZBUDUN, s. 80.

ğinde ise insan hakları artık devletin temeli sayılmaktan ve onun dayandığı kavramlar bütünü olmaktan çıkmaktadır” (13).

İnsan hakları esas itibariyle kişinin sırf insan olması dolayısıyla bir değere sahip olduğunu göstermektedir. Anayasada “insan haklarına saygılı” ibaresinin yer alması tek başına ele alındığında, bu hususun gözardı edildiğini göstermeyebilir ancak, Anayasanın Başlangıcında yer alan, “bu Anayasada yer alan hürriyetçi demokrasinin”, “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak ve “hiçbir düşünce ve mülahazanın ... karşısında korunma göremeyeceği” şeklindeki ifadeleri demokrasi ve insan hakları konularının Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmış bulunduğunu ortaya koymaktadır (14).

Anayasanın bu konu ile bağlantılı olan 12. maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmektedir. Bu maddeden ilk etapta hürriyetten yana bir ilke çıkarılabileceği ileri sürülebilir. Fakat aynı maddenin 2. fıkrası gereğince temel hak ve hürriyetler kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları ile sınırlanmaktadır. Normatif açıdan düşünüldüğünde benzer nitelikteki bir hüküm İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de yer almaktadır. Ancak her iki hüküm karşılaştırıldığında aralarında mahiyet farkı bulunduğu görülmektedir. Beyannamenin 29. Maddesinde, herkesin kişiliğini serbest ve tam olarak ancak içinde yaşamakla geliştirebileceği topluluğa karşı ödevlerinin bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre kişinin topluluğa karşı bir ödevinin doğması için kişiye, kişiliğini serbest ve tam olarak geliştirebilme imkanının sağlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu imkanın bulunmadığı yani, kişiliğin gelişmesini engelleyecek ölçüde sınırlamalar getirilen bir yerde ödev de söz konusu olmayacaktır. (15)

Anayasada, hürriyetlerin genel rejimi ile ilgili bir diğer değişikliği ise doktrinde katmerli sınırlama sistemi<sup>(16)</sup> olarak adlandırılan mekanizma oluşturmaktadır. Bu mekanizmanın ilk ayağında, bütün hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi imkanını veren 13. madde bulunmaktadır. Genel sınırlama hükmü niteliğindeki bu düzenleme, esas itibariyle özel maddelerinde sınırlama sebepleri belirtilmemiş hak ve hürriyetlerin içerikleri bakımından sınırlanamayacakları yönünde yoğun bir tartışmaya yol açan 1961 Anayasasının ilk metnine bir tepki özelliği taşımaktadır. Buna göre hak ve hürriyetlerin tümü, bu madde gereğince sınırlanabilecektir. Ancak böyle bir hükme yer verilmesi, genel sınırlama sebep-

(13) SOYSAL, Mümtaz, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 48.

(14) Bkz. TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, c.1, 2.baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1991, s. 255.

(15) TANÖR, İnsan Hakları Sorunu, s. 260; SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 6. Bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1986, s. 191.

(16) Bkz. TANÖR, İki Anayasa, s. 134.

lerinin hem sayıca fazlalığı hem de içeriklerinin belirgin olmaması nedeniyle keyfiliği artırıcı ve yargısal denetimi zorlaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Öte yandan katmerli sınırlama sistemi gereğince temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebepleri yanında kendi maddelerinde yer alan özel sebeplerle de sınırlanabilecekleri belirtilmektedir<sup>(17)</sup>. Burada her ne kadar kanunla yapılacak sınırlamalar bakımından hürriyetlerin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olarak sınırlandırılmayacakları ve ölçülük ilkesinin gözardı edilemeyeceği belirtilmekteyse de, bu hususların güvence niteliği taşıyabilmesi de yine Anayasanın hak ve hürriyetler konusundaki tercihi ve onlara verilen değer ile bağlantılı bulunmaktadır.

Sınırlama sisteminin üçüncü ayağında ise, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağını düzenleyen 14. madde hükmü yer almaktadır. Bu maddede genel olarak, temel hakların belirli amaçlarla kullanımı yasaklanmaktadır. Buradaki “amaç” kavramı, 1961 Anayasasında kullanılan “kast” kavramına oranla hukuki niteliği daha tartışmalı<sup>(18)</sup> olmasının yanında; kişinin niyetleri ve iç dünyasında olup bitenleri de esas aldığından bu madde, fikir suçunun maddi unsurlarını bünyesinde taşımaktadır<sup>(19)</sup>. Benzer nitelikli bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesinde de bulunmakla birlikte, bu maddede hürriyetleri kötüye kullanma ve yok etme yasağı bireyler yanında devlete de getirilmektedir. Devlet, Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri, ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerin dışına çıkarak sınırlayamayacaktır. Oysa 14. maddede bu konuda esas özneler olarak bireyler ele alınmakta, kötüye kullanma sadece devlete ve siyasi otoriteye karşı yönelmiş bir tutum olarak değerlendirilmektedir. Belirtilen özellikleri dolayısıyla 14. madde özünde temel hakların norm alanını belirli kullanım şekilleri açısından daraltan, genel ve soyut nitelikli bir yasaklama kuralı niteliğine sahip bulunmaktadır<sup>(20)</sup>.

Anayasanın şimdiye kadar belirtilen hükümleri sonuç itibarıyla otorite ile hürriyet dengesinin iyi kurulmadığını, önceki deneme tepki olarak siyasi otorite ve yürütme güçlendirilirken, hürriyetlere ikinci bir rol verildiğini ortaya koymaktadır. Böyle bir anlayışta, hakların demokratik rejimlerde olduğu gibi devlete karşı öne sürülme ve iktidarı sınırlama işlevinin etkisini yitireceği, buna karşılık haklara müdahale imkanlarının genişleyeceği açıktır. Nitekim aşağıda belirtilecek olan ifade ve örgütlenme hakları açısından öngörülen yasaklamalar, hak ve hürriyetlerin sınırlama olanaklarının iktidarlar lehine genişletilmiş olduğunu gösteren en belirgin örnekler durumunda bulunmaktadır.

(17) SOYSAL, Anayasanın Anlamı, s. 195; TANÖR, İki Anayasa, s. 135.

(18) SOYSAL, Anayasanın Anlamı, s. 192-193.

(19) TANÖR, İnsan Hakları Sorunu, s. 269.

(20) Bkz. UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 60-71.

### 3- Siyasal Çoğulculuğun Sağlanması

Demokratik düzenin kurulabilmesi için gerekli ikinci temel unsuru, çoğulcu bir siyasi hayatın varlığı oluşturmaktadır. Siyasetin çoğulculuğu genel olarak, farklı fikirlere, menfaatlere ve siyasi programlara sahip olan çeşitli kişi ve grupların serbestçe örgütlenmelerini ve iktidar mücadelesine katılabilmelerini ifade eder. Çoğulcu siyasi hayat gerçekte toplumun çoğulcu yapısının bir yansımasıdır. Çünkü toplumda insanlar arasında değişik şartlara ve sorunlara sahip olmakta doğan fikir ve menfaat ayrılıkları sözkonusudur ve herkes sorunların çözümünde aynı siyasi görüşlere, taleplere ve tercihlere sahip bulunmamaktadır. Demokratik rejimler açısından önemli olan husus, farklı taleplerin ve tercihlerin siyasal temsilinin mümkün olması ve bu konuda yasakçı bir tutumun izlenmemesidir (21).

Toplumsal çoğulculuğun siyasete yansiyabilmesi ise öncelikle ifade ve örgütlenme hürriyetlerinin serbestçe ve tam olarak kullanılabilmesini gerektirmekte ve sözüedilen süreçte esas rol siyasi partilere ait bulunmaktadır. Çünkü partiler halkın siyasete katılımının aracı oldukları kadar çoğulculuğun da güvencesi durumunda bulunmaktadırlar. Bundan dolayıdır ki, siyasi hayatın çoğulculuğu esas olarak çok partili siyasi hayatın varlığı anlamına gelmektedir. Çok partili siyasi hayat denilince de, partilerin sayıca fazlalığından ziyade, alternatif modellerin ortaya konulabilmesi ve iktidar yarışının eşit şartlarla yürütülebilmesi kastedilmektedir(22).

Belirtilen hususların gerçekleştirilebilmesi bakımından esas itibarıyla partilerin sistem içindeki konumları ve ne tür bir rol ifa ettikleri konusu önem taşımaktadır. Demokratik rejimlerde partilerin anayasalarda düzenlenmiş olmaları hiç şüphesiz onların bir kamu kuruluşu olarak nitelendirilmeleri anlamına gelmemektedir. Çünkü böyle nitelendirilmeleri durumunda, faaliyetlerinin devletin kontrol ve denetiminde olması sözkonusu olacaktır. Oysa partilere pasif bir rol verilmesi ya da sıkı bir devlet kontrolü altına alınması yolundaki çabalar demokratik rejimin gerekleri ile bağdaşmaz. Partiler devlet örgütü dışında kurulup, devlet iradesinin yasama ve yürütme organları aracılığıyla ortaya çıkmasının aracı konumunda bulunmaktadırlar(23). Bu sebeple demokratik rejimlerde partileri

(21) Bkz. ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara 1995, s. 7.

(22) Demokrasinin işleme yönünden iktidar yarışı önemli olmakla birlikte bu yarış için hangi parti sisteminin uygun olacağını o ülkenin sosyal, siyasi ve kültürel faktörleri tayin etmekte; partilerin sayısı, ideolojik tutum ve davranışları, iktidar stratejileri de bu faktörlere bağlı olarak değişmektedir. Bu konuda bkz. WARE, Alan, "Political Parties", New forms of Democracy, HELD, David / POL-LITT, Christopher (eds.), Sage Publications, London 1986, s. 115; LJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler (Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri), Çev. Ergun Özbudun/Ersin Onulduran, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, s. 14-16 (Tarihsiz).

(23) Bkz. TEZİÇ, Erdoğan, 100 Soruda Siyasi Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye'de Partiler), Gerçek Yayınevi, İstanbul 1972, s. 30-32.

sadece seçime katılmak şeklindeki teknik araç rolleri ile sınırlandırmak mümkün değildir. Partilerin gerçek fonksiyonlarının ifa edebilmeleri için, farklı fikirlerin temsilinin mümkün olması anlamında siyasi ve sosyolojik araç rollerinin benimsenmesi gerekmektedir.

Siyasi sosyolojik araç rolünün yerine getirilebilmesi ise öncelikle partilerin serbestçe kuruluş faaliyetinde bulunabilmelerine bağlıdır. Anayasa, evrensel kuralla uygun olarak siyasi partileri demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak değerlendirmekte ve onların serbestçe kuruluş faaliyetinde bulunacaklarını öngörmektedir. Fakat demokrasi anlayışı bakımından asıl önemli husus, partilere ilişkin normatif hükümlerin ve bunların uygulamaya yansıyan sonuçlarının da evrensel kuralla bağdaşır bağdaşmadığıdır.

Anayasanın 68/3. maddesinde partilerin Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürecekleri belirtilmektedir. 1961 Anayasasında aynı konuya ilişkin ifadenin, “siyasi partilerin serbestçe faaliyette bulunacakları” şeklinde olduğu düşünüldüğünde, partiler aracılığıyla siyasi faaliyetin Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Siyasi alanın Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmasının partileri etkileyen önemli bir sonucu ise Anayasanın bütün partiler için ortak bir program haline gelmesi olmaktadır.

Siyasi faaliyeti Anayasa sınırları içinde tutmaya yönelik olan bu anlayışın 1988 tarihli Sosyalist Parti kararı<sup>(24)</sup> istisna tutulursa, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen bir husus olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa metni ve Başlangıcı da dahil olmak üzere Anayasa kuralları ile bağlılık şeklindeki bu anlayış<sup>(25)</sup>, doktrinde partilerin anayasal düzen teorisi şeklinde adlandırılmaktadır<sup>(26)</sup>. Esas itibarıyla Anayasadaki kuralların demokratik niteliği yönünden herhangi bir tartışma bulunmadığı müddetçe, partilerin bu çerçevede faaliyet göstermek durumunda bulunmalarının, onların gerçek fonksiyonları ve etkinlikleri yönünden olumsuz bir sonuca yol açmayacağı ileri sürülebilir. Fakat Anayasanın kendisi kişi hak ve hürriyetlerinin korunması yönünde etkisiz ve yetersiz kalıyor ve onlara devlet karşısında ikincil bir rol veriyorsa, partilerin siyasi sosyolojik araç rollerinden ziyade sadece seçime katılmak şeklindeki teknik araç rolleri ön planda olacak ve bu rolle yetinmeleri istenecektir.

Anayasanın bu anlamda partiler konusundaki genel anlayışını yansıtan ifadenin Başlangıçta yer alan, “hiçbir düşünce ve mülahazanın... karşısında korunma göremeyeceği” şeklindeki ifade olduğu görülmektedir. Sözkonusu ifadenin, parti şeklindeki örgütlenmeler açısından uygulamaya yansıyan olumsuz

(24) E. 1988/2, K. 1988/1, KT. 8.12.1988, AMKD, sy. 24, s.534 vd.

(25) E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, sy. 20, s.362-364.

(26) Bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı c.7, Ankara 1990, s.73.



sonucu çoğulculuğun gerçekleşmemesi olmaktadır. Çünkü genel olarak ele alındığında herhangi bir fikrin, düşüncenin ya da inancın başka herhangi bir fikir, düşünce ya da inanç karşısında korunma göremeyeceğinin belirtilmesi fikir ve düşünceler arasında farklılık gözetilmesi anlamına gelmektedir.

Somut düzeyde ele alındığında ise Anayasanın 68/4, maddesinde partilerin tüzük ve programlarının<sup>(27)</sup> Başlangıçta belirtilen temel ilkelere aykırı olamayacağı 68/5. maddesinde sınıf ve zümre egemenliğini<sup>(28)</sup> veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partilerin kurulamayacağı belirtilmektedir.

Belirtilen hükümler, partilerin ideolojik boyutunu ve partilerle ilgili yasakların normatif kaynağını oluşturmaktadırlar. Ancak partilere ilişkin bu sınırlayıcı hükümlerin genel nitelikte oluşları ve içeriklerinin tam olarak belirgin olmamaları, Anayasanın Başlangıcı dahil bütünü dikkate alındığında siyasi çoğulculuğun oldukça dar bir alana sığdırılmış olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum hiç şüphesiz Anayasanın partiler konusunda benimsemiş olduğu evrensel kuralın da değerini azaltmaktadır.

Anayasa dışında parti yasakları ile ilgili daha geniş kapsamlı hükümler Siyasi Partiler Kanununda da yer almaktadır<sup>(29)</sup>. Yasaklara aykırılığın müeyyidesi Anayasa ve ilgili Kanunda kapatma olarak belirtilmektedir.

Partilerin belirli yasaklarla çerçevelenmesi ve buna aykırılığın kapatma ile müeyyidelendirilmesi, bu ilke ve değerlerin koruma altına alındığını göstermektedir. Bazı ilke ve kuralların koruma altına alındığı ve siyasi alana bu kurallar doğrultusunda sınırlama getiren demokrasilere “mücadeleci ya da “militan demokrasi” adı verilmektedir. Mevcut hükümleri dolayısıyla Siyasi Partiler Kanunu ve Anayasanın da bu anlamda militan demokrasi anlayışını yansıttıkları görülmektedir.

(27) Bu fıkraya 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “ile eylemleri” ibaresi eklenmiştir.

(28) “Egemenliği” ibaresi 4121 sayılı Kanunla kaldırılmış ve bu fıkra 68/4’e alınarak partiler, “sınıf ve zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez” şekline dönüştürülmüştür.

(29) Bu yasaklardan, partilerin Diyanet İşleri Başkanlığının Genel idare için de yer almasına ilişkin kurala aykırı hareket edilemeyeceğini belirten 89.maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle kapatılan Özgürlük ve Demokrasi Partisi ile ilgili karar daha sonra Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından denetlenmiş ve Türkiye tazminata mahkum edilmiştir. Divan, partilerin çeşitli siyasi görüşleri ifade etmelerinin örgütlenme hürriyeti çerçevesinde kaldığını açıklamıştır. Bkz. Özgürlük ve Demokrasi Partisi / TÜRKİYE, 23885/94, 8.12.1999, www.echr.coe.int.; Aynı şekilde kapatılma gerekçelerinden birini 96.maddenin oluşturduğu Türkiye Birleşik Komünist Partisi ile ilgili davada da Divan, ilgili ve yeterli koşulların bulunmaması halinde bir siyasi partinin seçtiği ismin (komünist) kural olarak kapatılma gibi ağır bir tedbiri haklı kılamayacağını belirtmiştir. Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. / TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 24.

Militan demokrasi anlayışı esas itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine de hakim olan bir anlayıştır. Bu sistemde de, partilerin demokratik rejim içinde serbestçe mücadele etme haklarının mevcut düzeni yıkmaya hürriyetini kapsayacak kadar geniş yorumlanamayacağı kabul edilmektedir. Ancak sınırlama sebeplerinin değerlendirilişi, yorumlanması ve belirli bir ölçüye bağlanışları hususunda iki sistem arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Yapılan denetimlerde Divan partilerin, sisteme karşı muhalefetlerinin eleştiri ve tartışma ortamından ve barışçıl eylem alanından çıkıp, şiddete yönelik bir nitelik kazanması halinde, hoşgörü ile karşılanamayacaklarını belirtmektedir<sup>(30)</sup>. Buna göre örgütlenme hürriyetinin sınırlanması konusundaki somut ölçü, “şiddete ve isyana başvurmama, demokrasinin kurallarını çiğnememe” olarak ortaya konulmaktadır.

Sözünü edilen esaslar gerçekte, demokratik rejimlerde hukuk düzeninin her türlü ideolojinin kurumsallaşmasına açık olması ilkesinden kaynaklanan esaslardır. Çünkü bu rejimlerde Anayasanın koyduğu temel tercihlerin benimsenmek zorunda olmadığı ilkesi geçerlidir. Aksi halde farklı düşünce ve inanç alanlarına karşı tahammülsüzlük baş gösterecek ve devletin, kendini koruma kaygısıyla belli bir siyasal tavır içine girmesi sözkonusu olacaktır. Bununla birlikte, bir devletin kendisine yönelik tehditlere karşı siyasal organizasyon düzeyinde ya da kurum olarak korunması gerekliliği de hiç şüphesiz gözardı edilemez. Fakat bu yapılmayan devletin herhangi bir görüşün yanında yer alıp taraf olması sözkonusu olmayacağı gibi devletin korunması ihtiyacı, mutlak şekilde onun metafiziksel bir kurum olarak güçlendirilmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Demokratilerde devlet düzenini zorla yıkmayı öngörmeyen, şiddeti savunmayan her türlü görüşün serbestçe yayılabileceği ve örgütlenebileceği esası kabul edilmekte; salt bir fikrin savunulmasına değil bunun gerçekleşmesi için kullanılmak istenen yönetime bakılarak karar verilmektedir.

#### 4- Siyasal Katılmanın Gerçekleşmesi

Demokratik düzenin kurulabilmesi aynı zamanda geniş halk kitlesinin siyasal sürece etkin bir şekilde katılımını da gerektirmektedir. Vatandaşların, kendi yaşantılarını etkileyen siyasi kararların alınmasında söz sahibi olmaları, başta istikrarın korunması ve şiddetin engellenerek meşruluğun artmasına imkan sağlanması yönlerinden rejimi güçlendiren bir olgudur<sup>(31)</sup>. Buna göre katılma imkanlarının mevcut olmaması ya da bazı kişi ve grupların bu imkanı kullanamamaları siyasal ve sosyal dengeyi bozabilecek bir neden olarak görünmektedir.

<sup>(30)</sup> Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 25; Sosyalist Parti vd./TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30; Özgürlük ve Demokrasi Partisi/TÜRKİYE, 23885/94, 8.12.1999; www.echr.coe.int.

<sup>(31)</sup> PENNOCK, Roland J., *Democratic Political Theory*, Princeton University Press, New Jersey 1979, s. 442; COHEN, s. 224, 231.

Öte yandan vatandaşın yönetimde oynadığı rolden haz duyması ve vatandaşlık erdemlerini edindiren bir öğrenim süreci olması bakımından da siyasal katılımın önemli bir olgu olduğuna şüphe bulunmamaktadır<sup>(32)</sup>. Bu yönü ile ele alındığında siyasal kararların yalnızca kararları etkileme yolu şeklinde araçsal bir değer olmayıp, kendi başına bir amaç olduğunu da söylemek mümkündür. Çünkü bireyin kendi yaşamını etkileyen kararlara katılması kendine duyduğu güveni önemli ölçüde artırmaktadır<sup>(33)</sup>.

Siyasal katılma nihayet iktidarların denetlenmesi ve sınırlanması sürecinde önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Vatandaşların siyasal sürece katılmaları iktidarlar üzerinde önemli bir baskı unsuru oluşturmaktadır.

Siyasal sürece katılmanın en temel yolu seçimler olmakla birlikte, demokratik rejimlerdeki katılma yalnızca seçimlere katılmadan ibaret bulunmamaktadır. Birçok vatandaş için en etkili katılma seçimler arası dönemlerde, kendilerini ilgilendiren özgün sorunlara ilişkin hükümet kararlarını etkilemek biçiminde gerçekleşmektedir<sup>(34)</sup>. Bu tip katılmada örgütlerin önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Ortak menfaatlerin açıklanması ve savunulması şeklinde ortaya çıkan örgütler aracılığıyla katılma, yöneticiler üzerinde daha etkili ve daha yoğun bir baskıyı gerçekleştirmesi açısından önem taşımaktadır. Bu tür kurumlar siyasi iktidarları kendi menfaatleri doğrultusunda etkilemek için çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadırlar.

Sözüedilen faaliyetlerin ve katılma eylemelerinin gerçek etkinliği ise başta demokrasi anlayışı ve birey ile devletin karşılıklı konumları açısından nasıl bir felsefenin benimsenmiş olduğu hususları ile bağlantılı bulunmaktadır. Bu konuda örneğin seçkinci demokrasi kuramında, vatandaşların seçimlerde oy kullanmaları şeklindeki bir katılma modeli, sağlıklı bir demokrasi için yeterli görüldüğünden, seçim dışındaki zamanlarda vatandaşların aktif bir eylem içinde bulunmaları istenmemekte ve bu durum hukuki yollarla da desteklenmektedir. Buna karşılık katılımcı demokrasi kuramında her vatandaşın siyasal sürece seçimler dışında da sürekli ve düzenli bir biçimde katılması anlayışı söz konusu olduğundan, bu rejimlerde kişilerin siyasal toplumun birer mensubu olarak topluma ilişkin sorunların çözümünde taraf olabilecekleri ve kişisel ya da örgütsel düzeyde kanaat be-

<sup>32)</sup> Nitekim katılımın, kamu olayları üzerinde daha tutarlı bilgi edinmeye sevkedeceği ve siyasal konularda daha fazla sorumluluk hissi yaratacağı ileri sürülmektedir. Bkz. NIE, Norman H./VERBA, Sidney, *Siyasal Katılma*, Çev. İlker TURAN, Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, Ankara 1989, s. 5; PENNOCK, s. 442; ZIMMERMAN, Joseph F., *Participatory Democracy*, Prager Publishers, New York 1986, s. 3.

<sup>33)</sup> Bkz. NIE/VERBA, s. 5.

<sup>34)</sup> Bkz. NIE/VERBA, s. 2; HAZIR, s. 158-159.

lirtebilecekleri kabul edilmektedir<sup>(35)</sup>. Bu anlayışın uygulamaya yansıyan sonucu, siyasal katılmanın seçimlerden ibaret görülmemesi ve siyasetin iktidarı elde etme mücadelesi şeklinde dar bir tanıma indirgenmemesi olmaktadır. Böylelikle siyasetin aktörleri de sadece siyasi partiler olarak görülmeyip, dernek ve sendika şeklindeki örgütler de siyasal hayatta iktidarın paylaşılması ve iktidarın gücünün sınırlandırılmasında etkili bir rol oynayan kuruluşlar olarak değerlendirilmektedirler.

Dernek ve sendika şeklindeki örgütlenmelerin Anayasada geniş bir düzenleme alanı bulduğu görülmektedir. Fakat hiç şüphesiz normatif hükümlerin gerçek değerini bu kuruluşların sistem içindeki konumlarından ve uygulamadaki fonksiyonel değerlerinden soyutlayarak anlayabilmek mümkün değildir.

Dernek ve sendika şeklindeki örgütlenmelerin sistem içindeki konumlarının anlaşılması bakımından, gerek kurulmaları gerekse faaliyetleri aşamasında, sınırlayıcı hükümlere verilen anlam ve yorumlar belirleyici bir nitelik taşımaktadır. Sınırlayıcı kavram ve hükümlerin hukuki ve somut ölçütler dışında ideolojik ölçütler gözönüne alınarak yorumlanmaları, sözkonusu hürriyetten faydalanılmasını imkansız hale getirecektir. Sivil toplum anlayışının da göstergesi olabilecek böyle bir anlayış, sadece sistemin onayladığı ya da kurulu düzene hakim olan değerleri sarsmayan dernek ve sendikaların kurulabilmesini mümkün kılar ki, böyle bir tutum şüphesiz onların özerk ve gönüllü kuruluşlar olmalarından çok, yarı kamusal nitelikli kuruluşlar haline gelmelerine yol açar<sup>(36)</sup>. Oysa demokrasilerde dernek ve sendikalar siyasal süreçte etkili ve aktif bir rol oynayan, bu anlamda iktidarın karşısında bir karşı güç oluşturup, aşağıdan yukarıya doğru işleyen bir mekanizmanın araçları konumunda bulunmaktadırlar.

Sözkonusu nitelik açısından değerlendirildiğinde, örgütler aracılığıyla siyasal katılma konusunda Anayasada, 1995 yılında yapılan değişikliğe kadar oldukça geniş kapsamlı bir yasak alanı hakim olmuştur. Buna göre, derneklerin, sendikaların ve vakıfların siyasal faaliyette bulunamayacakları, siyasi partilere destek olamayacakları ve birbirleriyle bu anlamda ortak hareket edemeyecekleri öngörülmüştür (33/4.madde, 52/1. madde). Oysa evrensel ilkeler açısından düşünüldüğünde, bunların siyasal faaliyet dışında tutulmaları gördükleri fonksiyon gereğince meşru kabul edilmesi mümkün olmayan bir yasaktır. Çünkü bu kurumların üyelerinin ortak menfaatlerini koruyabilmeleri ve iktidarları bu doğrultuda etkileyebilmeleri, yasama ve yürütme organları nezdinde serbestçe faaliyet gösterebilmelerine bağlı bulunmaktadır. Aksi takdirde bunların etkin bir baskı grubu olarak hareket ettiklerini söylemek mümkün değildir. Öte yandan sözüedilen ya-

(35) Bu konuda bkz. ÇİFTÇİ, Oya, "Siyasal Haklar ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, Haz. Mesut GÜLMEZ, TODAİE Yayınları, Ankara 1990, s. 90-91.

(36) Bu konuda bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., "Dernek ve Toplantı Özgürlükleri", İnsan Hakları Yılı, c. 14, 1992, s. 110 vd.; TANÖR, İnsan Hakları Sorunu, s. 124 vd.; SOYSAL, Anayasanın Anlamı, s. 224-226.

sakla bu kurumların yeni hukuk politikaları ve siyaset alternatifleri üretebilme imkanları da kısıtlandığından, toplumsal ve siyasal hayatın kendi doğal akışı içinde bırakılması da engellenmiş olmaktadır. Bu da siyasal süreç, esas itibariyle etkili ve aktif bir katılmanın değil, siyasal ilgi ve siyaseti seyretme şeklinde edilgin bir katılma biçiminin öngörüldüğünü ortaya koymaktadır<sup>(37)</sup>.

Belirtilen hususlar gözönüne alındığında, Anayasadaki siyasi faaliyet yasaklarının kaldırılmasının oldukça önemli ve anlamlı bir değişiklik olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Yapılan değişikliklere öncelikle, iktidarın demokratik yollardan etkilenmesi olgusu ile iktidarın elde edilmesi mücadelesi arasındaki ayrımı ortaya koymuş olmaları dolayısıyla önemli bir değer atfedilmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte değişiklik yapıldıktan sonra bu kurumların siyasi araç rolleri bakımından tümüyle etkin bir duruma gelebilmeleri de hemen gerçekleşebilecek bir olgu olarak görülemez. Burada öncelikle siyaset kavramına olan yaklaşım önem arz etmektedir. Demokratik rejimlerde oldukça geniş bir muhtevaya sahip olarak yorumlanan siyaset kavramı, farklı siyasi görüşlerin fırsat ve şans eşitliği kullanılmak suretiyle yönetime katılabilmelerini öngörmektedir. Dolayısıyla siyaset sadece iktidarı elde etme mücadelesi ile sınırlı olmayan, yönetilenlerin de içinde yer aldığı geniş bir alanı kapsamaktadır. Fakat siyasetin böylesine geniş anlamda algılanması da hiç şüphesiz buna uygun bir hak ve hürriyet anlayışının ve bu felsefeyi yansıtan Anayasa ve devlet yapılanmasının varlığını gerektirmektedir.

Söz konusu şartlar gereğince, insanların ihtiyaçlarını ve arzularını yansıtan, temel değer olarak insanı ele alan ve hukuk devletinin gereklerini yansıtan bir Anayasanın varlığı, demokrasinin özünü oluşturan siyasal katılmanın sağlanabilmesinin esas teminatını oluşturmaktadır. Böyle bir felsefeyi yansıtan Anayasada, devletin konumu ve kapsamı konusundaki temel hareket noktası da sınırlı devlet anlayışı olacaktır. Sınırlı devlet anlayışı, devletin öncelikle bir araç olmasını, kutsal olarak algılanmamasını, gerek ekonomik gerekse siyasi güç ve yetkilerine sınır çizilmesini gerektiren bir anlayıştır. Bu çerçevede, siyasi katılmayı genişleten Anayasa değişikliklerinin gerçek bir anlam taşıyabilmesi, bunların insan hakları ve hukuk devleti anlayışından kaynaklanan tedbirlerle desteklenmesine bağlı bulunmaktadır<sup>(38)</sup>. Esas itibariyle Anayasanın daha önce sözü edilen ve demokrasi ile insan hakları konularının Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmak istendiğinin gösteren ibareleri ile ilgili olarak herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Otorite-hürriyet dengesinde, otoritenin güçlendirilmesine öncelik veren anlayışın köklü bir değişikliğe uğramadığını gösteren bu durum, iktidarların sınırlanması ve denetlenmesi olgusunun da tam olarak ve etkili bir şekilde sağlanamadığının bir göstergesi olmaktadır.

<sup>(37)</sup> Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yayını, Diyarbakır 1989, s. 240.

<sup>(38)</sup> Bu konuda bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s. 111-113.

### III- ANAYASA MAHKEMESİNİN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ ÖLÇÜTÜNE YAKLAŞIMI

Buraya kadar yapılan açıklamalardan genel olarak Anayasanın sınırlı bir demokrasi anlayışını yansıttığı sonucu çıkmaktadır. Temel haklar düzeni ve sınırlamanın sınırı bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ölçü model alınarak düzenlenen Anayasanın olumlu nitelikteki hükümlerinin ardından oldukça geniş bir sınırlandırma ve yasaklama yoluna gidildiği görülmektedir. Bu durumda hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınır olarak öngörülen demokratik toplum düzeninin gereklerinden Anayasanın öngördüğü demokratik toplum düzeni anlaşıldığı takdirde bunun yeterli bir güvence teşkil edemeyeceği açıktır. Bununla birlikte sözkonusu ölçütün yargı organlarının elinde kalan ender denetim olanaklarından biri olduğuna da şüphe bulunmamaktadır (39). Bu takdirde Yüksek Mahkemelerin ve özellikle Anayasa Mahkemesinin, bu kavramın nasıl bir içeriğe sahip olduğu konusundaki yaklaşımı önem kazanmaktadır. Bu ölçütün hak ve hürriyetlerin korunmasında olumlu bir fonksiyon görebilmesi hiç şüphesiz onun, otorite aleyhine bozulmuş dengenin öncelikle hürriyetler lehine kurulabilmesini sağlayacak tarzda yorumlanmasına bağlı bulunmaktadır.

Demokratik toplum kavramı, model olarak alındığı Sözleşme sisteminde esas itibariyle çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak açıklanmaktadır (40). Anayasa Mahkemesi ise Sözleşme kurumları gibi, unsurları bu şekilde belirlenen bir demokratik toplum tanımı ortaya koymak yerine, ilgili kararlarda somut olay çerçevesinde kalarak demokrasinin bazı temel ilkelerine işaret etme yoluna gitmiştir. Örneğin hürriyetçi olmak, kişiyi ön planda tutmak, eşitlik ilkesi, hukuk devleti, katılımcılığın sağlanması, seçme ve seçilme hakkı, çoğulcu sistemin gerçekleşmesi işaret edilen önemli ilkeler arasındadır. Anayasa Mahkemesi izlemiş olduğu bu yöntemle beraber 13.maddede belirtilen demokratik toplum düzeninin hangi demokrasi anlayışını yansıttığı sorunuyla da ilgilenmiştir.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak 1986/23 sayılı kararıyla(41), “Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur” diyerek millî demokratik toplum düzeni tezini benimsemiştir.

Mahkeme aynı yıl verdiği 1986/27 sayılı kararında(42) ise, daha farklı bir yaklaşımla klasik batı demokrasi anlayışına atıf yapmaktadır. Mahkemeye göre,

(39) Bkz. TANÖR, İki Anayasa, s. 137.

(40) Bkz. Castells / İSPANYA, Series A. No. 236, 23.4.1992, EHRR, Vol.14, 1992, s. 476; Otto-Preminger Institute / AVUSTURYA, Series A. No. 295-A, 20.9.1994, EHRR, Vol.19, 1995, s. 57.

(41) E. 1985/21, K. 1986/23, KT. 6.10.1986, AMKD, sy. 22, s. 224.

(42) E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365.

“klasik demokrasiler temel hak ve hürriyetlerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir”. “... Anayasamız hürriyetlere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle hürriyetçi bir görüşü benimsemiştir”.

Standart demokratik toplum düzeni tezinin benimsenmiş olduğunu gösteren bu kararda ayrıca Sözleşme uygulamasında olduğu gibi sınırlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, sınırlamaya karşı öngörülen kanun yollarının da demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>(43)</sup>. Ancak bu süreçte hiç şüphesiz sözkonusu şartların nasıl ele alınıp yorumlandıkları subjektif ya da önel açıdan değerlendirilip değerlendirilmedikleri hususu önem taşımaktadır. Öte yandan Mahkeme aynı kararında hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamaların da demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacaklarını açıklamaktadır<sup>(44)</sup>. Mahkemenin, demokratik toplum düzeninin gereklerine öz kavramını da dahil eden bu tutumunu<sup>(45)</sup>, hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir güvence olarak kabul etmek gereklidir. Fakat burada da dikkat edilmesi gereken husus her hak ve hürriyetin niteliğine uygun olarak geliştirilmesi gereken ve çeşitli unsurlara göre farklılaşan değerlendirmeler yapılmasına ihtiyaç gösteren öze dokunmama kavramının subjektif ya da önel bir yorumlamaya dayandırılmamasıdır.

Mahkemenin aynı kararında belirttiği ve değerlendirilmesi gereken bir diğer yorumu ise, sınırlamaların öze dokunmama yanında Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerektiği yorumudur. Buna göre sınırlayıcı tedbirinin öze dokunmama yanında, milli dayanışma, insan haklarına saygı, laiklik gibi hususlar yönünden de uygunluk denetimine tabi tutulması sözkonusu olacaktır. Bu kavramların ilk etapta kişiler için aleyhe bir durum doğurmayacakları, aksine güvence teşkil edecekleri ileri sürülebilir. Ancak yargı organları tarafından bu kavramların devlet menfaatlerine üstünlük tanıyan kavramlar olarak yorumlanmaları<sup>(46)</sup> ve bazılarının da evrensel anlamlarından uzak ve dar bir çerçevede

43) Aynı karar, s. 365 – 366.

44) Aynı karar, s. 365.

45) Bkz. E. 1986/17, K. 1987/11, KT. 22. 5. 1987, AMKD, s. 23, s. 222; E. 1988/14, K. 1988/18, KT, 14.6.1988, AMKD, sy 24, s. 270; E. 1989/6, K. 1988 /42, KT. 7.11.1989, AMKD, sy.25, s. 410.

46) “1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer verilmek suretiyle 1961 Anayasasına nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır”. E. 1984/14, K. 1985/7, KT. 13.6.1985, AMKD, sy. 21, s. 173. Aynı nitelikteki kararlar için bkz. E. 1985/21, K. 1986/23, KT. 6.10.1986, AMKD, sy. 22, s. 224; E. 1983/2, K. 1983/2, KT, 25.10. 1983, AMKD, sy 20, s. 357 vd; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun güçlü devlet ve otoriter idare nitelemesi için bkz. E. 1980/4-1714, K. 1983/803, KT. 14.9.1983, YKD, c.9.sy.11,s. 1591.

değerlendirilmeleri<sup>(47)</sup>, demokratik toplum düzeni gibi hürriyetler için güvence teşkil edebilecek bir kavramı etkisiz hale getirebilmektedir.

Belirtilen hususların varlığına rağmen Mahkemenin standart demokratik toplum düzeni tezini benimsemesi suretiyle ortaya çıkan olumlu nitelikteki bu gelişmenin esas itibariyle kesintisiz olarak sürdürüldüğünü söylemek de mümkün değildir. Nitekim Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsünü serbest bırakan Kanunun iptali için açılan davada Mahkeme, demokrasi konusunda Anayasa düzeyi ve sınırlarının geçerli olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, Anayasa-daki sınırlardan birini laiklik oluşturmaktadır ve tüm temel hak ve hürriyetlerin bu ilke temel alınarak değerlendirilmeleri gerekmektedir<sup>(48)</sup>. Burada da belirtilmesi gereken husus, laikliğin evrensel anlamıyla ele alındığı takdirde temel hak ve hürriyetler için koruyucu bir fonksiyon görebileceğidir. Böyle yapılmayıp dar bir çerçevede ele alınması durumunda sözkonusu kavramın, hürriyetler için güvence fonksiyonu görebilmesi mümkün olmayacaktır.

Kararlardan anlaşılacağı üzere, demokratik toplumun hangi demokrasi anlayışını yansıttığı konusunda, Mahkemenin içtihadları arasında bir istikrar bulunmamaktadır. Ayrıca verilen kararlarda da genellikle Anayasanın felsefesine ve temel tercihlerine uygun bir tutum izlendiği görülmektedir. Burada, sınırlı bir demokrasi anlayışını yansıtan Anayasa karşısında Anayasaya uygunluğu sağlamak ve Anayasaya göre hüküm vermek konumunda bulunan Anayasa Mahkemesinden farklı yönde bir tutumun beklenemeyeceği ileri sürülebilir. Fakat demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin asıl fonksiyonlarının hak ve hürriyetlerini korunması olduğu hususu da gözardı edilemez. Anayasa Mahkemesinin bu rolü herşeyden önce insan onuru, eşitliği, hürriyeti ve hukuk devleti kavramlarına dayanmaktadır<sup>(49)</sup>.

Öte yandan Türkiye'nin hukuken bağlayıcı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması ile şekillenen "ortak kamu düzeni" anlayışı da Mahkemenin, demokratik toplum kavramını Anayasa ile sınırlı olarak değerlendirmesini engelleyici bir faktördür. Çünkü insan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak anlayışı ifade eden Avrupa kamu düzeni kavramı, Sözleşme ile öngörülen hakların ve bunlara ilişkin sınırlama sebeplerinin ve ölçülerinin nasıl yorumlanacağına tespit edildiği bir hukuk düzeni olarak belirmektedir. Bu kavram dolayısıyla Sözleşmenin devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren bir belge mahiyetini kazanması, iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu gerektir-

(47) Bkz. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, sy. 20, s. 362.

(48) E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, sy. 25, s. 150,152.

(49) Bu konuda bkz. MACHACEK, Rudolf, "Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı c.9, Ankara 1993, s. 61; EROĞUL, Cem, "Anayasa Mahkemesi ve Siyaset", MBD, sy. 165, 1994, s. 36; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 121-122.



mesinin yanında, ulusal yargı yerlerini de Sözleşmeyi uygulamaya ve Sözleşmeye uygun yorum yapmaya zorlamaktadır<sup>(50)</sup>.

#### IV - SONUÇ

Hürriyetlerin sınırlanmasının sınırı olarak öngörülen demokratik toplum kavramının hürriyetler için güvence fonksiyonu görebilmesi herşeyden önce onun evrensel anlamda ele alınıp yorumlanmasına bağlı bulunmaktadır. Demokratik toplum düzeni özü itibarıyla sınırlı iktidarın gerçekleştirildiği bir düzendir. Bunu mümkün kılan araçlar ise insanı temel değer olarak ele alan bir hak ve hürriyet anlayışı, yarışmacı bir siyasetin varlığı ve halk katılımının sağlanmasıdır.

Demokrasilerde insana insan olması sıfatıyla bağımsız bir değer tanımakta ve herkesin devlet tarafından saygı gösterilmesi gereken hak ve hürriyetlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca farklı fikirlere, menfaatlere ve siyasi programlara sahip olan çeşitli kişi ve gruplar serbestçe örgütlenebilmekte ve iktidar mücadelesine katılabilmektedirler. Bu süreçte esaslı rol oynayan siyasi partilerin farklı fikirlerin temsilini gerçekleştirmeleri anlamında siyasi ve sosyolojik araç rolleri bulunmaktadır. Öte yandan demokrasilerde sınırlı iktidarın gerçekleştirilebilmesi bakımından, halkın siyasi sürecin işleyişine katılması söz konusu olmaktadır.

Belirtilen araçlardan hak ve hürriyet anlayışı yönünden Anayasanın tercihinin genel olarak otoriterin güçlendirilmesine öncelik veren bir anlayışı yansıttığı görülmektedir. Gerek hak ve hürriyet anlayışı gerekse çok partili siyasi hayat bakımından, genel nitelikteki sınırlayıcı hükmü ise Başlangıçta yer alan "hiçbir düşünce ve mülahazanın ... karşısında korunma göremeyeceği" şeklindeki hüküm oluşturmaktadır. Bu hükmün uygulamaya yansıyan olumsuz sonucu çoğulculuğun gerçekleşmemesi olmaktadır. Ayrıca partilerle ilgili sınırlayıcı hükümlerin anlamlarının açık ve belirgin olmaması ve ideolojik muhtevada yorumlanabilecek türde olmaları da, partilerin siyasi araç rolü ifa edebilmelerini engellemektedir. Siyasi katılma açısından değerlendirildiğinde ise, Anayasada yapılan geniş kapsamlı değişikliklerle, iktidarın denetlenmesi sürecinde olumlu bir mesafe alındığına şüphe bulunmamaktadır. Ancak siyasi katılmanın gerçek bir anlam ifade edebilmesi, genel olarak hak ve hürriyet anlayışı, devlet ve bireyin karşılıklı konumlarına ilişkin olarak benimsenen temel yaklaşımlarla bağlantılı olduğundan, değişikliklerin insan hakları ve hukuk devleti anlayışından kaynaklanan tedbirlerle de desteklenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

(50) Bu konuda bkz. HARRIS, D.J. / O'BOYLE, M. / WARBRICK, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butter Worths, London 1995, s. 29-30; POLAKIEWICZ, Jörg, "The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law", HRLJ, Vol,17, No, 11-12, 1996, s. 407-408.

Yapılan açıklamalar dikkate alındığında Anayasanın demokrasi anlayışının evrensel anlamda demokrasi ölçüleriyle tam olarak bağdaşmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu durumda 13.maddedeki demokratik toplumun, Anayasanın demokrasi anlayışı çerçevesinde yorumlanması durumunda hürriyetler için güvence teşkil edemeyeceği açıktır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin, kavramın nasıl bir içeriğe sahip olduğu konusundaki yaklaşımı önem kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda, bu konuda bir istikrar bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak Mahkemenin genellikle Anayasanın felsefesine ve temel tercihlerine uygun bir tutum izlemiş olduğu görülmektedir. Sınırlı bir demokrasi anlayışını yansıtan Anayasa olgusu bu konuda bir gerekçe olarak gösterilebilmekle birlikte, demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin asıl fonksiyonlarını, hak ve hürriyetlerin korunması teşkil etmektedir. İnsan onuru ve hukuk devleti kavramlarına dayanan bu rol Mahkemenin hürriyetler için güvence olabilecek bir kavramı Anayasa ile sınırlı olarak değerlendirmesini engellemektedir.

Öte yandan bu ölçütün model olarak alındığı ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkan ve devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren ortak kamu düzeni kavramı da, Mahkemenin demokratik toplum kavramını dar bir alanda yorumlamasını engelleyici bir nitelik taşımaktadır. Ortak kamu düzeni kavramı gereğince yasama ve yürütme organları Sözleşmeye aykırı olabilecek işlem ve uygulamalardan kaçınmak durumunda kalırken, yargı organları da Sözleşmeyi uygulamak ve karar ve işlemlerinin Sözleşmeye uygun olmasını gözetmek durumunda bulunmaktadır.

## RÜŞVET SUÇLARI \*

Dr. Berrin BOZDOĞAN AKBULUT \*\*

### GİRİŞ

Herhangi bir görevle yükümlü olan kimsenin, görev ve yetkilerini kötüye kullanarak bir kişi veya belirli bir gruba çıkar sağlaması ve karşılığında bazı menfaatler elde etmesi olarak tanımlanabilecek rüşvet, devletin varolmasıyla birlikte ortaya çıkmış ve tarihi gelişim içinde değişik hukuk kurallarına konu olmuştur.

Halen günümüz devletlerinin sosyal dertlerinden birini oluşturan rüşvet, bütün kanunî uygulamalara rağmen önlenememekte, varlığını sürdürmektedir. Rüşvet, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde artma eğilimi gösterir. Diğer bir ifadeyle, ekonomik düzenin bozulmasıyla maddî bakımdan zor durumda kalan memurlar, kanunen verilmesi gerekmeyen bir karşılık kabul ederek elverişsiz gelir durumlarını düzeltmeye çalışırlar. Ancak ekonomik nedenlerin yanı sıra, psikolojik etkenler de rüşvet suçlarının işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Zira ekonomik bakımdan gelişmiş ülkelerde bile bu suçların işlenmesi, sorunun tek kaynağının ekonomik nedenler olmadığını göstermektedir. Gelirlerdeki eşitsizlik duygusu, menfaat hırsı gibi etkenler memurları daima rüşvet alma yoluna itmektedir. Aynı şekilde rüşvet veren kişi de, kamu görevini yerine getiren memurların içinde bulunduğu şartlar nedeniyle görev ve yetkilerini menfaat karşılığında kötüye kullanacağını düşünmektedir.

Rüşvet, ülkemizin de önemli problemlerinden birini oluşturmaktadır. Hatta son yıllarda artma eğilimi göstermiştir. Bu durum rüşvet suçlarının inceleme konusu olarak seçilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu incelemeyle rüşvetin ne olduğu, kanunumuzun düzenlemesinin anılan suçlarla mücadelede yeterli olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### I- RÜŞVET SUÇLARIYLA İLGİLİ TÜRK CEZA KANUNU SİSTEMİ

Her suç cezalandırıldığı takdirde, cezalandırılmamasından daha az tehlike doğurduğu için hüküm altına alınmıştır<sup>1</sup>. Bu nedenle rüşvet suçları da cezalandırılması gerekli suçlar arasındadır. Çünkü kamu görevini yerine getiren memur, rüşvet almakla objektiflikten ayrılarak bireylerin devlete karşı beslediği güveni

\* Bu makale, S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan rüşvet suçları isimli yüksek lisans tez çalışmasının özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

\*\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

1 MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, Ankara, (AÜHF Yay. No 252), 1969, s.15,16.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

sarsmıştır. Bu güvenin sarsılması bireylerde memurluk ödevinin satın alınabileceği düşüncesi yaratır<sup>2</sup>. Ayrıca birey de rüşvet teklif etmekle memuru menfaat karşılığında doğru yoldan ayırmakta, dolayısıyla insanlarda haksız olanın dahi istediğini elde edilebileceği kanaatini uyandırmaktadır<sup>3</sup>. İşte bu nedenlerden ötürü rüşvet, her zaman ve her devlette müeyyideye tâbi tutularak hükme bağlanmıştır.

Günümüz ceza kanunlarında da rüşvet suçlarını düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Ancak her kanunun kabul ettiği sistem diğerinden farklılık göstermektedir. Genellikle kanunların kabul ettiği sisteme göre rüşvet suçları, rüşvet alma suçları ve verme suçları diye ikili ayırma tâbi tutulmakta ve bunlar birbirlerinden bağımsız suçlar olarak düzenlenmektedirler<sup>4</sup>. Bu sistemi kabul eden kanunların çoğunda da rüşvet alma ile rüşvet verme suçları aynı fasıl içinde ve memurların işlediği suçları düzenleyen bölümlerde yer almaktadırlar. Rüşvet alma ile verme suçlarının bağımsız suç olduğunu kabul eden kanunların genelinde ayrıca basit (adi) rüşvet, nitelikli (ağır) rüşvet ayırımı yapılmaktadır<sup>5</sup>.

Ceza Kanunumuz ise, diğer ceza kanunlarının çoğu gibi rüşvet alma ve verme suçlarını bağımsız suç olarak kabul etmiş ve memurların işlediği suçları kapsayan “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” babında düzenlemiştir.

Ceza Kanunumuzda 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra rüşvet suçlarının genel sistematığı şöyledir<sup>6</sup>: 211 maddede rüşvet suçlarının tanımı yapılmış ve rüşvet alma suçları bakımından kimlerin suç faili olacakları belirtilmiştir. Daha sonra 212. maddede rüşvet alma, 213. maddede işe rüşvet verme suçlarına yer verilmiştir. Bu ayırımı gözetilen kriter, rüşveti alan veya veren kişidir. Şayet memur veya memur sayılan kişiler görevlerine giren bir iş karşılığında kanunen verilmesi gerekmeyen menfaat almışlar veya kabul et-

---

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1994, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, s.159

EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (C. III), Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1985, s.373,379.

DÖNMEZER, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul (Fakülteler Matbaası), 1984, s.96, 97; ÖNDER, s. 156; MUMCU, s.12

MUMCU, s. 9, 12; ÖNDER, s. 156.

3679 sayılı Kanunla rüşvet suçlarında yapılan değişiklikte, Türk Ceza Kanunu Öntasarıları sistemi esas alınmıştır. İlk tasarı 1987 yılında, ikinci tasarı ise birinci tasarıнын kamuoyunca değerlendirilmesinden sonra 1989 yılında kaleme alınmıştır. Kanun koyucu bazı ufak değişikliklerin haricinde tasarıları aynen kanunlaştırmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara, (Öztek Ofset), 1987, s.164, 165; Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara, (Öztek Ofset), 1987, s.228-231; Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara (Yarı Açık Cezaevi Matbaası), 1989, s.144, 145; Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Gerekçesi, Ankara, (Yarı Açık Cezaevi Matbaası), 1989, s.428-431.

mişlerse rüşvet alma, buna karşılık anılan kişilere görevleri dolayısıyla yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları işlem nedeniyle herhangi biri rüşvet vermiş veya vaat etmişse rüşvet verme suçu söz konusu olacaktır. Ancak bu iki kişinin (rüşvet alan ve veren) rüşvet suçu birbirinden bağımsız olduğundan bunlar için iştirak kuralları uygulanmayacak, dolayısıyla birinin cezalandırılmaması diğerinin cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>7</sup>. Kanunumuz 212. ve 213. maddelerinde rüşvet anlaşmasının konusuna göre bir ayırım daha yapmıştır. Eğer rüşvet anlaşması göreve uygun olarak yerine getirilecek iş için yapılmışsa basit rüşvet, görev gereğince yapılmaması gereken bir işlemin yapılması veya yapılması gereken bir işlemin yapılmaması konusunda ise nitelikli rüşvet söz konusu olacaktır. Anılan suçların yanında 218.maddede bir suç şekline daha yer verilmiştir. Göreve girmeyen iş için yarar sağlama suçu olarak ifade edilen bu suç, niteliği bakımından rüşvet suçu olmamakla birlikte kanun koyucu tarafından rüşvet faslında düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen kanunumuzun sistemi, çalışmamızda da aynen benimsenerek inceleme bu doğrultuda yapılmıştır.

## II- RÜŞVET SUÇLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

### 1. Cumhuriyet öncesi dönem

Rüşvet suçlarına ilk defa olarak Tanzimat Fermanına dayanılarak çıkarılan<sup>8</sup> ve ilk olarak derli toplu hükümlerin yer aldığı 1256 (M. 1840) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un<sup>9</sup> 5. faslında rüşvet suçlarıyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Kanun rüşvet suçlarını düzenlemişse de rüşvetin ne olduğunu tanımlamamış, ancak bu suçları işleyenler hakkında verilecek cezaları tespit etmiştir.

Daha sonraları yürürlüğe giren ve 1256 tarihli Kanun'un noksanlarını ortadan kaldırmak gayesi taşıyan 1267 (M. 1851) tarihli Kanun-u Cedit'in<sup>10</sup> üçüncü faslının 8. ve 9. maddeleri rüşvet suçlarına ayrılmıştır. Ancak bu kanun, 1256 Kanunun aynı hükümlerine yer vermiş, yalnız kendisinden zorla rüşvet alınan kişinin ihbar yükümlülüğünü kaldırmıştır<sup>11</sup>.

7 EREM, s.373, 374; ÖNDER, s.153.

8 Tanzimatın ilanından bugün yürürlükte olan TCK'nun kabulüne kadar olan sürede çıkarılan 1256, 1267 ve 1275 tarihli Ceza Kanunlarının genel nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: TANER, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul, (İsmail Akgün Matbaası), 1953, 3.Bası, s.147-150; GÖKÇEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, (Basım yeri yok), 1989, s. 19 vd.; ARTUK, Emin, Ceza Hukukuna Giriş, Ankara, (Üçdal Neşriyat), 1983, s.69-73.

9 Kanunnamenin metni için bkz.: AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, (DÜHF Yay. No: 6), 1986, s.809 vd.

10 Kanun-u Cedit'in metni için bkz.: AKGÜNDÜZ, s.821 vd.

11 GÜRELLİ, Nevzat, İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri, İstanbul, (Basılmamış Doktora Tezi), 1954, s. 26.

1267 tarihli Kanun-u Cedit'in yerini alan ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercimesi olarak meydana getirilen 1274 (M. 1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun<sup>12</sup> 1. babının üçüncü faslı da rüşvet suçlarını düzenlemiştir. Kanun 67. maddesinde rüşveti tanımlamış, rüşvetin oluşması için maddede sayılan şeylerin alınıp verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Keza suçun gerçekleşmesi için rüşvet konusunda anlaşmanın yapılması şartı aranmış, ancak bazı hallerde anlaşmanın varlığına hattâ rüşvetin alınıp verilmesine rağmen taraflardan birinin cezalandırılmaması öngörülmüştür.

Söz konusu kanunun bazı maddeleri 1329 tarihinde değiştirilmiş ve kadınların rüşvet almaları, vermeleri veya aracılıkta bulunmaları hükme bağlanmıştır.

### 2. Cumhuriyet dönemi

765 sayılı Ceza Kanunumuzun 211 ilâ 227. maddeleri arasında rüşvet suçlarıyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Ancak bu hükümleri bir sisteme bağlamak mümkün olmamıştır. Zira rüşvet suçlarıyla ilgili hükümler 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan, 1274 tarihli Ceza Kanunumuzdan ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan ilham alınarak düzenlenmiş ve hiçbir esas gözetilmemiştir. Bu nedenle hükümler arasında çelişkiler meydana gelmiştir<sup>13</sup>.

Ceza Kanunumuzun 211 ilâ 227. maddeleri arasında yer alan hükümler bugüne kadar genel olarak üç defa değişikliğe uğramıştır. Bunlar: 8.6.1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun, 9.7.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanundur. İlk iki kanunla madde metinlerinde bir değişiklik yapılmamış, yalnız cezalarda artış yapılmıştır. Fakat cezalarda artışa gidilmesi bazı ahenksizlikler doğurmuştur. Özellikle 6123 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle rüşvet verme suçunun basit şeklinin cezasında artış yapılması, buna karşılık ağırlaştırılmış şeklindeki cezasının olduğu gibi bırakılması, bazı garip durumların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Zira değişiklikle, ağırlaştırıcı neden teşkil eden fiillerin cezası suçun basit şeklindeki cezalara oranla daha hafif kalmış, bu durum değişik görüşlere neden olmuştur<sup>14</sup>. Bu ahenksizliği ve sistemsizliği gidermek için 3679 sayılı Kanunla "rüşvet" faslında önemli ölçüde değişiklik yapılmıştır. 3679 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle meydana getirilen hükümler, yürürlükteki rüşvet suçlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hükümler incelemenin esasını oluşturduğundan, maddeler açıklanırken ayrıntılarıyla behrilecektir.

Kanunnamenin metni için bkz.: AKGÜNDÜZ, s.834 vd.

GÜRELLİ, s. 137.

GÜRELLİ, s. 137, 121, 122.

### III - GENEL OLARAK RÜŞVET

#### 1. Rüşvet

##### A- Kavram

Arapça bir kelime olan rüşvet, sözlün anlamı ile genelde haksız olarak sağlanan menfaati ifade etmektedir. Ancak rüşvet kelimesi yalnız sağlanan menfaati ifade etmemekte, aynı zamanda işlenen suçun niteliğini de içine almaktadır.

Doktrinde ise; memurun görevine giren bir işlem nedeniyle bir kimseden haksız menfaat elde etmesine yol açan anlaşma<sup>15</sup>, memurun görevini satması veya bir kişinin memurun görevini menfaat karşılığında satın almak için girişimde bulunması<sup>16</sup>, özel veya kamusal belirli bir görevle yükümlü olan bir kimsenin kendisine veya başkasına menfaat sağlamak amacı ile görevine giren bir tasarrufu yapmak veya geciktirmek veya ihmal etmek için doğrudan veya dolaylı olarak bir kimseden bir şey talep etmesi veya vaatte bulunmasını istemesi<sup>17</sup>, göreve ilişkin bir işlemi yapmak veya yapmamak için herhangi bir menfaat teklif veya kabulü<sup>18</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi kavram olarak rüşvet, doktrinde suç tipi şeklinde nitelendirilmektedir<sup>19</sup>.

Türk Ceza Kanunu ise rüşveti, ceza uygulamasında memur sayılan veya özel kanunlarında bulunan hükümler gereğince memur kabul edilen kişilerin, görevleri nedeniyle temin ettikleri menfaat anlamında kullandığı gibi (TCK, m. 211), haksız menfaat karşılığında işlenen suç tipleri anlamında da kabul etmektedir (TCK, m. 212, 213, 218).

##### B- Hüküm ve niteliği

29.11.1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanunla değişik TCK'nun 211. maddesi: "Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılanların, kanunen veya nizamem yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve her nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri

15 ERMAN, Sahir- Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, (Işık Matbaacılık), 1992, s. 88.

16 ÖNDER, s. 153.

17 DÖNMEZER, s. 95.

18 GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, "Rüşvet Cürümleri", AD, 1969, Yıl 60, S.4, s.184

19 Ancak idare hukuku ile meşgul olan yazarlar rüşveti menfaat anlamında tarif etmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: TEKELİ, İlhan-Gencay ŞAYLAN, "Rüşvet Kuramı", Amme İdaresi Dergisi, 1974, C.7, S. 3, s.92; BERKMAN, Ümit, Az gelişmiş Ülkelerde Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Rüşvet, Ankara, (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yay. No. 203), (tarihsiz), s.21

taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark, rüşvet sayılır.

Bu kanundaki memur tanımı dışında kalsalar dahi özel kanunlarında belirli hallerde devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilenlerin yukarıdaki fıkrada gösterilen şekilde sağladıkları her türlü menfaat de rüşvet sayılır” hükmünü ihtiva etmektedir.

Maddeden de anlaşıldığı gibi 211. madde, kanunen veya nizamen yapmaya yahut yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamak için alınan veya başkalarına aldırılan para, hediye ve diğer menfaatleri rüşvet olarak belirtmiştir. Ancak bazı yazarlarımız 211. maddede yapılan tanımın rüşvetin kapsamını daralttığını ifade etmekte. Zira 211. madde, yalnız görev gereği yapılması gereken bir şeyi yapmak veya yapılmaması gereken bir şeyi yapmamak için sağlanan menfaati suç saymakta, görev gereği yapılması gereken bir şeyi yapmamak veya yapılmaması gereken bir şeyi yapmak için sağlanan menfaati ise suç olarak belirtmemektedir<sup>20</sup>.

Rüşvet, 1982 Anayasasının 76. maddesinde<sup>21</sup> ve birçok kanunda<sup>22</sup> ifadesini bulan yüz kızartıcı suç kategorisine girmektedir. Ancak yüz kızartıcı suç kavramının hukukî niteliğini ve içeriğini tespit etmek mümkün görünmemektedir. Zira doktrinde suçların bilimsel tasnifi yapılırken yüz kızartıcı olan ve olmayan suçlar diye bir ayırma yer verilmediği gibi, hukuk sistemimizde sayılan suçları, ne yasal ne de cezaları itibarıyla ortak ölçüye bağlamak mümkündür<sup>23</sup>.

Rüşvetten bahsedebilmek için, birey tarafından memura veya memur tarafından bireye memurun görevine giren bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında para veya sair menfaatin alınması veya verilmesi hususunda bir teklifin yapılması gerekir. Rüşvet alınması veya verilmesi için yapılan teklif doğrudan

ERMAN-ÖZEK, s. 91.

Anayasamızın 76. maddesinin 2. fıkrasında, "... zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla... hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler" hükmü yer almaktadır.

Örneğin, 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinin (b) bendi, 2838 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinin (f) bendi, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 3409 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değişik 8. maddesinin (h) bendi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3679 sayılı Kanunu'un 1. maddesi ile değişik 48. maddesinin (5.) bendi gibi.

Yüz kızartıcı suç hakkında bkz.: MALKOÇ, İsmail, "Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı", TBBD, 1989, S. 4, s.589 vd.; ÇAĞLAYAN, Muhtar, "Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz", AD, 1977, S. 1-6, s. 36 vd.; EREM, Faruk, "Yüz Kızartıcı Suç Kavramı", ABD, 1976, Yıl 33, S. 2, s.172 vd.; ALPAR, Erol, "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı", TİD, 1991, Yıl 63, S. 391, s.67 vd.



olacağı gibi dolaylı da olabilir<sup>24</sup>. Önemli olan rüşvet alan ve verenin rüşvet konusunda rızalarının birleşmesi yani anlaşmaya varmış olmalarıdır<sup>25</sup>. Bu nedenle önceden anlaşma olmadan işin yapılmasından sonra alınan veya verilen para rüşvet olmayıp<sup>26</sup>, genel görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur<sup>27</sup>.

### C- Fail

Rüşvet alma suçunun faili memur olabilir. Ancak memur tanımı dışında kalan fakat kamu hizmeti gören kişilerin rüşvet alma suçunun faili olamayacağını gözönünde tutan kanun koyucu, herhangi bir tereddüde yer vermemek için 211. maddeye “özel kanunlarında belirli hallerde devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilen” kişilerin de fail olacaklarını ifaden eden 2. fıkrayı eklemiştir.

Ceza Kanunumuzun 211. maddesinin 2. fıkrasının “özel kanunlarda belirli hallerde devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilenler”in de bu suçun faili olacaklarını belirtmesi hatalı olmuştur. Zira özel kanunların çoğuna göre devlet memuru sayılan veya memur gibi cezalandırılan kişiler bütün suçları itibarıyla değil, mensup oldukları kuruluşun para, mal ve evrakı hakkında işledikleri suçlar açısından memur kabul edilmiş veya memur gibi cezalandırılmışlardır. Rüşvette ise işlenen suç kuruluşun değil, memurla rüşvet anlaşmasına giren bireyin para, mal veya evrakına ilişkindir. Dolayısıyla rüşvet alan memur, kuruluşun mallarına karşı rüşvet alma suçunu işlememiştir. Bu durumda söz konusu kişilerin rüşvet almalarından dolayı fail sayılabilmeleri için özel kanunlarında rüşvet suçları açısından da memur sayılacakları veya memur gibi cezalandırılacakları yönünde hüküm bulunması gerekmektedir. Böyle bir hüküm olmadan sırf 211. maddenin bu yönde bir hüküm ihtiva etmesi nedeniyle, özel kanunlarına göre devlet memuru sayılan veya devlet memuru gibi cezalandırılacağı belirtilen

24 ÇELİKKAYA, İlhan, “Rüşvet, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal, İhmal Suçları Üzerinde Tetkikler, 1965, İ. Ve Bel., Yıl 21, S. 236, s.260; KULAN, Ruhi, Açıklamalı – Uygulamalı – İhtihatlı Memurların Yargılanmaları Usulü İle 1609 Sayılı Kanuna Tabi Suçları, Ankara, (Olgaç Matbaası), 1985, s. 290; GÖZÜBÜYÜK, A. Pula, Alman Fransız İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (C.II), İstanbul, (Kazancı Hukuk Yayınları No.64), (tarihsiz), 5. Bası, s.741; CAN, İsmail, Açıklamalı – İhtihatlı, Memur Soruşturması, Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı, Ankara, (Fon Matbaası),s.312.

25 5. CD, 20.1.1982, 3052/65, YKD, 1982, S.5, s.726; 5. CD, 27.12.1977, 3783/3769, YKD, 1978, S.9, s. 1572.

26 4. CD, 15.4.1948, 4059/5472, GÖZÜBÜYÜK, s. 746.

27 5. CD, 16.4.1992, 824/1188, ERDURAK, Yılmaz G., Türk Ceza Kanunu, Ankara, (Adil Yayınevi), 1994, 3. Bası, s. 383.

kişilerin işledikleri rüşvet fiilleri hakkında Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanması gerekmez<sup>28</sup>.

Rüşvet verme suçunun faili ise herhangi bir kimse olabilir. Ancak kanunumuz rüşvet verme suçu açısından rüşvet teklif edilen kimsenin 211. maddede gösterilen kişilerden olması şartını aramıştır (TCK, m.213). Buna göre rüşvet verme suçunun söz konusu olması için rüşvet teklif edilen kişinin Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılan veya özel kanunlarında belirli hallerde devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilen kişilerden olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi rüşvet suçunun söz konusu olması, taraflardan en az birinin memur veya memur sayılan kimselerden olması şartına bağlı tutulmaktadır.

### D- Konusu

Rüşvetin konusu teklif, vaad veya kabul edilen menfaattir (TCK, m. 212, 213). Menfaatin neler olduğu ise kanunumuzun 211. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre menfaat, memurların veya memur sayılanların kanunen veya nizamden yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş farktır.

#### a) Para

Para, her türlü hukukî kıymetlere değer biçmek üzere iş ilişkilerinde kullanılan, genelde mübadele ve ödeme vasıtası olan madenî veya kağıt şeylerdir<sup>29</sup>.

Para kavramı içine, kanun gereği memlekette tedavül edilen milli paralar ile yabancı ülkelerde, kanunlarına göre tedavül eden paralar girmektedir. Ancak daha önceleri tedavüle konulmuş olup sonradan usulüne uygun olarak tedavülden kaldırılmış olan paralar para olarak kabul edilemezse de şartları varsa diğer menfaatler kavramına girip rüşvetin konusu oluşturabilir<sup>30</sup>. Ayrıca para görevini yerine getiren itibarı amme kağıtları da rüşvetin konusunu oluşturabilir.

#### b) Hediye

Hediye, bir kimseye karşılıksız olarak verilen şey anlamına gelmektedir. Ancak kanunumuzun, 211. maddesinde ayrıca hediyeden bahsetmesi isabetsiz olmuştur. Zira rüşvetin söz konusu olması için sağlanan veya alınan menfaatin

---

ERMAN-ÖZEK, s. 92.

KULAN, s. 213.

ÖNDER, s.113.

yapılması veya yapılmaması istenen işin karşılığı olarak verilmesi gerekmektedir. Hediye ise niteliği itibarıyla buna müsait değildir.

**c) Her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler**

Kanun diğer menfaatler kavramı ile genişletici yorumu mümkün kılmak istemiş, rüşvetin konusu olan menfaatleri sınırlandırmamıştır. Zira kanunun metninde herhangi bir tahdit görülmediği gibi “her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler” ibaresi bu görüşümüzü desteklemektedir. Bu nedenle diğer menfaatler ifadesini geniş manası ile anlamakta<sup>31</sup> ve memurun durumunu maddî veya manevî bakımdan değiştirecek, onu tatmin edecek ve aldığı, kabul ettiği taktirde önceki haline oranla kendisini daha iyi hale getirecek her şeyi menfaat olarak kabul etmekteyiz<sup>32</sup>.

**d) Alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark**

Burada rüşvet olan şey, memurun ucuz olan mal veya mülkü gerçek değerinin üstünde satın alması veya pahalı olan bir şeyi veya mülkü gerçek değerinin altında satarak alım ve satım bedelleri arasındaki farkı menfaat olarak sağlamasıdır. Fakat kanunun bu ifadeye maddede yer vermesi hatalı olmuştur. Zira memur görevi itibarıyla satmak durumunda olduğu malları pahalıya satıp, ucuza satmış gibi işlem yapar veya ucuza aldığı malları pahalıya satıp, ucuza satmış gibi işlem yapar veya ucuza aldığı malı pahalı almış gibi gösterir ve her iki halde de aradaki farkı mal edinirse elde edilen menfaat rüşvet olmayıp zimmettir<sup>33</sup>. Kanun koyucu 211. maddede rüşveti tanımlayamaya çalışırken zimmet ile rüşvet arasındaki ayırımı gözden kaçırmıştır.

Başkasının elde ettiği menfaat de rüşvetin konusunu oluşturabilir. Kanunumuz bu hususu 211. maddesinde “başkalarına aldıkları” ifadesiyle belirtmektedir. Keza menfaatin doğrudan memura yönelik olması da şart değildir. Yani dolayısıyla menfaat de rüşvetin konusunu oluşturabilir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Aynı görüşte GÜRELLİ, s.88

<sup>32</sup> ÖNDER, s.155.

<sup>33</sup> ERMAN-ÖZEK, s.99.

<sup>34</sup> ÖNDER, s.155.

## IV- RÜŞVET ALMA SUÇLARI

### 1. Basit rüşvet alma

#### A- Hüküm ve niteliği

Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesinin 1. fıkrası, "kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaad veya taahhüt kabul eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir" hükmünü taşımaktadır.

Bu suç şeklinde fail, kanun ve nizamın kendisini yapmaya mecbur kıldığı şeyi yapmakta veya yapmamaya zorunlu olduğu şeyi yapmamakta dolayısıyla görevine uygun hareket etmektedir. Bu nedenle basit rüşvet alma suçunda görevin kötüye kullanılması değil, memurluk sıfatının kötüye kullanılması söz konusudur<sup>35</sup>.

#### B- Suçun unsurları

##### a) Maddî unsur

Failin görevi dolayısıyla yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alması veya bir vaad veya taahhüt kabul etmesi suçun maddî unsurunu oluşturmaktadır. Ancak görev gereği yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak amacıyla alınan rüşvetin veya kabul olunan vaad veya taahhüdün suçun maddî unsurunu oluşturabilmesi için, rüşvetin verilmesi veya vaad veya taahhüdün konusu hakkında memur ile birey arasında bir anlaşmanın yapılması ve para verilmesinin veya vaad veya taahhüdün kabul olunmasının bu anlaşmanın sonucu olması gerekir.

Bu nedenle suçun maddî unsurunu; görev gereği yapılması veya yapılmaması gereken bir işin bulunması, anlaşmanın yapılması ve rüşvetin alınması veya vaad veya taahhüdün kabul olunması safhası olarak üçe ayıracağız.

---

TÜZÜN, Erdal, "1609 Sayılı Kanunda Yer Alan Suçlar, Bu Suçların Tespiti, Yöntemi ve Soruşturma Yapılması", TİD, 1984, Yıl 56, S. 346, s. 69; GÖZÜBÜYÜK, s. 747; ULUSOY, Halil, "3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve Uygulanması Hakkında İnceleme", TİD, 1991, Yıl 63, S. 392, s. 146; KULAN, s. 295; CAN, s. 316, Memurluk sıfatının kötüye kullanılmasını ise, memurun nüfuzundan faydalanarak sıfatını kötüye kullanmasıdır: GÖZÜBÜYÜK, s. 709.

**aa) Görev gereği yapılması veya yapılmaması gereken bir işin bulunması**

Basit rüşvet alma suçunun söz konusu olması için, yapılması veya yapılmaması gereken işin memurun görevine girmesi, yani rüşvet anlaşması olmasaydı bile bu işin yapılması veya yapılmaması mecburi olmalıdır. Başka bir ifadeyle burada memurun görevine uygun olarak bir şey yapması veya yapmaması söz konusudur<sup>36</sup>.

Yapılması veya yapılmaması istenen işin memurun görevine doğrudan girmesi gerekmemekte, dolaylı görev halinde de suçun oluşması mümkündür<sup>37</sup>

**bb) Rüşvet anlaşmasının yapılması**

Alınan veya sağlanan menfaatin basit rüşvet alma suçunu oluşturabilmesi için birey ile memur arasında rüşvet anlaşmasının yapılmış olması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bir rüşvet anlaşmasından bahsedilebilmesi, memurun yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak için kanunen verilmesi gerekmeyen bir menfaatin sağlanması hususunda bireyle aralarında mutabakatın bulunması şartına bağlıdır. O halde anlaşmanın gerçekleşmesi için , birey tarafından memura veya memur tarafından bireye doğrudan veya dolaylı bir teklifin yapılması ve bu teklifin karşı tarafça kabul edilmesi gerekir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> 5. CD, 3.2.1978, 13/228, YKD, 1978, S.7, s. 1222; 5.CD, 16. 12. 1989, 5214/548, YKD, 1990, S.2, s.300.

<sup>37</sup> Bkz.: ÖNDER, s. 162, 163; ERMAN, Hasan, " Rüşvet Alma Suçu", İBD, 1971, C.XLV, S. 11-12, s. 1017.

<sup>38</sup> 5. CD, 20.1.1982, 3052/65, YKD, 1982, S. 5, s. 726; 5 .CD, 27.12.1977, 3783/3769, YKD, 1978, S.9, s.1572. Aynı kanaatte YASA, Ferit, "Ceza Kanunumuzda Rüşvet Suçuna Ait Hükümlerdeki Bazı Noksanlar", Ad. Cer., 1937, No. 27, S. 6, s. 426; ERMAN-ÖZEK, s.96; EREM, s.376; DÖNMEZER, s.99; ULUSOY, s.146; KULAN, s. 297, 298; GÖZÜBÜYÜK, s. 749; CAN, s.317; KARA, Şinasi, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler ve Memurlar Hakkında Yargılanma Usulleri, İstanbul, (basım yeri yok), 1974, s.57; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, (Savaş Yayınevi), 1999, s.175; ÇAĞLAYAN, Muhtar, En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gereççeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ( C. II), Ankara, (Yetkin Yayınları), (tarihsiz), s.630; ERMAN, Hasan, s. 1016; ÖZÜTÜRK, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1970, s.807; KIYAK, Fahrettin - Muhtar ÇAĞLAYAN-Cebbar ŞENEL, Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler, Ankara, (Işık Matbaacılık, Gazetecilik ve Kağıtçılık Limited Şirketi Matbaası), 1960, s.51; ÇELİKKAYA, s.261.

<sup>39</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 741, 743; ÇELİKKAYA, s.260, 261; 5. CD, 16.2.1983, 4902/475, ULUSOY, s.148. Ancak bazı yazarlarımız rüşvet alma suçu sözkonusu olduğundan anlaşma teklifinin memurdan gelmesi gerektiğini belirtmektedir: ERMAN-ÖZEK, s.96.

### cc) Rüşvetin alınması veya vaad veya taahhüdün kabul olunması

Basit rüşvet alma suçunun oluşabilmesi için, failin rüşvet teşkil eden menfaati bilfiil alması şart olmayıp, bu hususta birey tarafından yapılacak taahhüt veya vaadi kabul etmesi de yeterlidir.

Vaad, “bir kimsenin bir şeyi müstakbel zamanda yapacağını beyan etmesidir ki, söz vermek manasındadır”<sup>40</sup>.

Taahhüt ise, “kendi nam ve hesabına hakiki bir şahsa veya hususî yahut kamu hükmi şahsına karşı mukaveleli veya mukavelesiz bir işin yapılmasının veya bir malın tesliminin hakikî veya hükmi şahıslar tarafından deruhte edilmesidir”<sup>41</sup>.

### b) Manevî unsur

Basit rüşvet alma suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Ancak genel kast yeterli olmayıp, özel kastın varlığı gereklidir. Zira kanunumuza göre, memurun temin ettiği menfaatin haksız olduğunu bilmesi suçun oluşması için şart olmayıp, bu menfaati görevi dolayısıyla yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak amacıyla aldığı da bilmesi ve bunu isteyerek yapması lazımdır<sup>42</sup>. Nitekim basit rüşvet almayı nitelikli rüşvet almadan ayıran husus da budur.

## 2. Nitelikli rüşvet alma

### A- Hüküm ve niteliği

Ceza Kanunumuzun 212. maddesinin 2. fıkrası, “cürmün yapılması gereken işin yapılmaması veya yapılmaması gereken işin yapılması için işlenmesi halinde faile beş yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası verilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

Nitelikli rüşvet alma suçunda fail, görev gereği yapması gereken şeyi yapmamak veya yapmaması gereken şeyi yapmak için menfaat temin etmekte, dolayısıyla kanunen yükümlü olduğu hususlara aykırı hareket etmektedir. Görüldüğü gibi nitelikli rüşvet alma suçunda görevin kötüye kullanılması söz konusu olduğundan<sup>43</sup>, cezası da basit rüşvet alma suçuna oranla daha ağır hükme bağlanmıştır. Zira basit rüşvet alma suçunda devlet idaresine duyulan güven sarsılır-

<sup>40</sup> Türk Hukuk Lügatı, Ankara, (Maarif Matbaası), 1944, Fasikül IV, s. 351

<sup>41</sup> Türk Hukuk Lügatı, s. 314

<sup>42</sup> GÜRELLİ, s. 115, 116; ERMAN, Hasan, s. 1023; ERMAN-ÖZEK, s.103; YALKUT, Necdet, “Çeşitli Yönleri İle Rüşvet Alma Suçu, AD, 1986, S.4, s.107.

<sup>43</sup> ÖNDER, s. 167; KULAN, s.308; CAN, s.319; ULUSOY, s.149; TÜZÜN, s.70; ÖZÜTÜRK, s.812; GÖZÜBÜYÜK, s.758

ken, nitelikli rüşvet alma suçunda hem devlet idaresine duyulan güven sarsılmakta, hem de kanun ve nizam hükümleri ihlâl edilmektedir.

## **B- Suçun unsurları**

### **a) Maddî unsur**

Görev gereği yapılması gerekenin yapılmaması veya yapılmaması gerekenin yapılması için rüşvet alınması veya bir vaad veya taahhüt kabul olunması ve rüşvet anlaşmasının yapılması suçun maddî unsurunu oluşturmaktadır.

#### **aa) Görev gereği yapılması veya yapılmaması gereken bir işin bulunması**

Nitelikli rüşvet alma suçunun söz konusu olması için, yapılması veya yapılmaması gereken bir işin bulunması ve bu işin failin görevine girmesi gerekmektedir. Ancak bu suçta basit rüşvet alma suçundan farklı olarak fail, görevinin gerektirdiğinin tersini yapmakta yani yapması gerekeni yapmamakta veya yapmaması gerekeni yapmaktadır. Bu husus dışında basit rüşvet alma suçunda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

#### **bb) Rüşvet anlaşmasının yapılması**

Fail rüşvet anlaşmasını, görevi gereği yapmak zorunda olduğu işi yapmamak veya yapmamaya mecbur olduğu işi yapmak için akdetmiş olmalıdır. Ancak anlaşmanın geçerli olması için tarafların, özellikle bireyin rızasının ifsad edilmiş olması gerekir. Tarafların üzerinde anlaştıkları husus, bir işlem olabileceği hibi bir fiil de olabilir. Anlaşılan işlem veya fiilin göreve aykırı olduğunu tespit edebilmek için yapıldığı tarihe bakmak şarttır.

#### **cc) Rüşvetin alınması, vaad veya taahhüdün kabul olunması**

Bu konuda basit rüşvet alma suçunda yaptığımız açıklamaların nitelikli rüşvet alma suçunda da geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

### **b) Manevî unsur**

Suçun manevî unsuru kastır. Ancak nitelikli rüşvet almada fail, yapmayı kabul ettiği işi yapmamakla veya yapmamayı taahhüt ettiği işi yapmakla yükümlü olduğunu bilmeli ve böyle bir işi yapmayı istemelidir. Yani basit rüşvet alma suçunda olduğu gibi bu suçta da özel kastın varlığı gereklidir.

## **3. Basit ve nitelikli rüşvet alma suçlarının özel görünüş şekilleri**

### **A- Suçun tamamlanma anı**

Rüşvet alma suçları bakımından en önemli husus, taraflar arasında kanun ve nizam hükümlerine göre yapılması veya yapılmaması gereken şeyin yapılması

veya yapılmaması için rüşvet anlaşmasının yapılmış olmasıdır. Bu nedenle anlaşmanın yapılmasıyla rüşvet alma suçları tamamlanır.

### B- Teşebbüs

Rüşvet suçları rüşvet anlaşmasının yapılmasıyla oluştuğu için yalnız eksik teşebbüse elverişlidir. Memurun bireyden rüşvet talep etmesi, bireyin de bu talebi kabul etmemesi halinde fiil eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır. Zira icra hareketleri failin elinde olmayan mani nedenler yüzünden tamamlanamamıştır.

### C- İçtima

Suçların içtimaî nitelikli rüşvet alma suçu bakımından geçerli olup, basit rüşvet alma suçu açısından mümkün değildir. Zira, nitelikli rüşvet alma suçunda failin rüşvet karşılığında yaptığı veya yapmadığı fiil görevin kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan ayrı bir suç oluşturabilir. Örneğin, memurun arama neticesinde elde ettiği kaçak eşya hakkında sahte zabıt varakası düzenlemek için rüşvet alması ve sonuçta da sahte zabıt varakası tanzim etmesi gibi. Bu durumda memurun rüşvet olarak belirli bir suçu işlemesi o suçu tanımlayan maddede öngörülmüşse, yani rüşvet, işlenen suçun ağırlaştırıcı nedenini veya unsurunu oluşturuyorsa mürekkep suç<sup>44</sup> kuralları uygulanacak ve fail nitelikli rüşvet almadan cezalandırılmayacaktır. Eğer böyle bir durum yoksa, fail hem nitelikli rüşvet almadan hem de diğer suçtan - yukarıdaki örnekte resmî evrakta sahtekârlık suçundan - cezalandırılacak, başka bir ifadeyle maddî içtima kuralları uygulanacaktır<sup>45</sup>. Ancak fail, tek bir rüşvet alma fiiliyle kanunun birden fazla hükmünü ihlâl etmişse bu durumda da fikrî içtima kuralları uygulanacak ve fail en ağır cezaı ihtiva eden maddeden cezalandırılacaktır.

### D- İştirak

Rüşvet suçlarına üçüncü kişilerin iştiraki mümkündür. Ceza Kanunumuz bu hususu 216. maddesinde hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, "rüşvete aracılık eden kimse, rüşveti veren veya alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılır". Buradaki suç ortaklığı tabiri fer'i ortaklık anlamındadır. Rüşvet alma suçu mahsus suçlardan olduğundan memur olmayan veya sayılmayan kişinin aslı fail olması mümkün değildir.

<sup>44</sup> Mürekkep suç hakkında bkz.: DÖNMEZER, Sulhi - Sahir ERMAN, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C.I), İstanbul, (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.), 1997, Onüçüncü Tıpkı Bası, s.406 vd.

<sup>45</sup> ERMAN-ÖZEK, s.115.



## E- Temadi ve teselsül

Rüşvet alma suçları, teklifin kabul edildiği anda, diğer bir ifadeyle anlaşmanın yapılmasıyla tamamlandığından ve bittikten mütemadi suç niteliği göstermezler<sup>46</sup>.

Ancak bu suçlarda müteselsil suç halinin<sup>47</sup> gerçekleşmesi mümkündür<sup>48</sup>.

## V- RÜŞVET VERME SUÇLARI

### 1. Nitelikli rüşvet verme suçu

#### A- Hüküm ve niteliği

Ceza Kanunumuzun 213. maddesinin 1. fıkrası “211. maddede gösterilen kimselere yapmaya mecbur oldukları şeyi yapmamaları veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmaları için rüşvet vaad veya teklif eden veya veren kimseye kanun ve nizama aykırılığın derecesine ve istenilen şeyin kısmen veya tamamen yapılmış olup olmamasına göre dört yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası verilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

Nitelikli rüşvet verme suçu, kanunumuzun 212. maddesinin 2. fıkrasındaki nitelikli rüşvet alma suçunu karşılamaktadır<sup>49</sup>. Zira nitelikli rüşvet verme suçunda fail, memur veya memur sayılan kimselere yapmaya mecbur oldukları şeyi yapmamak veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak için rüşvet vaad veya teklif etmekte veya vermektedir. Nitelikli rüşvet almada da fail, görevine aykırı hareket etmek için rüşvet almakta veya vaad veya taahhüt kabul etmektedir.

#### B- Suçun unsurları

##### a) Maddî unsur

Rüşvet vermek veya vaad veya teklif etmek suçun maddî unsurunu oluşturmaktadır. Bu itibarla nitelikli rüşvet verme suçundan bahsedebilmek için rüşvetin verilmesi veya kabulü şart olmayıp, bu hususta yapılacak vaad veya teklif de suçun oluşması bakımından yeterli olacaktır.

Rüşvetin veya vaad veya teklifin memurun görevine giren bir iş için verilmiş yahut yapılmış olması gerekir. Ancak rüşvetin memurun yapması gereken şeyi yapmaması veya yapmaması gereken şeyi yapması için, yani rüşvet verilmeseydi yapılması veya yapılmaması söz konusu olmayacak bir işlem dolayısıyla

<sup>46</sup> GÜRELLİ, s. 110, 111.

<sup>47</sup> Müteselsil suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: DÖNMEZER-ERMAN, s.391 vd.

<sup>48</sup> GÜRELLİ, s. 111; ERMAN – ÖZEK, s. 104, 114.

<sup>49</sup> ÖNDER, s.180.

teklif edilmiş veya verilmiş olması zaruridir. Görüldüğü gibi burada rüşvet, memurun görevini kötüye kullanması için teklif edilmektedir.

**b) Manevî unsur**

Bu suç da kasten işlenebilen suçlardandır. Ancak nitelikli rüşvet alma suçunda olduğu gibi nitelikli rüşvet verme suçunda da özel kastın varlığı gereklidir<sup>50</sup>. Failin rüşvet vermeden sorumlu tutulabilmesi için, memura yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmaması veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapması için rüşvet verdiğini bilmesi gerekir.

**2. Basit rüşvet verme suçu**

**A- Hüküm ve niteliği**

Ceza Kanunumuzun 213. maddesinin 2. fıkrası basit rüşvet verme suçunu düzenlemektedir. Bu fıkra, "haklı bir hususun temini için rüşvet veren veya başka yararlar temin eden kimseye, verdiği para veya temin ettiği menfaatin on katı ağır para cezası verilir" hükmü yer almaktadır.

Basit rüşvet verme suçuyla kanun, haklı bir hususun temini yani memura görevi gereği yapması gereken şeyi yapması veya yapmaması gereken şeyi yapmaması için rüşvet veren yada başka yararlar temin eden kimseyi cezalandırmaktadır. Zira birey rüşvet vermekle, işinin bir an önce yapılmasını veya diğer iş sahiplerine nazaran kendisine başkaca yararlar temin etmek amacı taşımakta, dolayısıyla memura doğru yoldan ayırmakta ve böylece devlete duyulan güveni sarsmaktadır.

**B- Suçun unsurları**

**a) Maddî unsur**

Suçun maddî unsuru, rüşvet vermek veya başka yararlar temin etmektedir. Bu itibarla suçun oluşması için teklifin yapılması yeterli olmayıp, ayrıca tarafların anlaşması da gereklidir.

Ancak rüşvetin veya başka menfaatlerin memurun görevine uygun olarak yapacağı iş için verilmiş veya temin edilmiş olması gereklidir. Diğer bir ifadeyle para veya sair menfaatlerin memurun yapmaya mecbur olduğu şeyi yapması veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmaması için verilmesi zorunludur. Bu nedenle memura görevine girmeyen bir iş için rüşvet verilmesi durumunda basit rüşvet verme suçunun varlığından söz edilemez.

<sup>50</sup> GÜRELLİ, s.116; ERMAN-ÖZEK, s.121.

**b) Manevî unsur**

Suçun oluşması için özel kastın varlığı gerekir.

**3. Basit ve nitelikli rüşvet verme suçlarının özel görünüş şekilleri****A- Suçun tamamlanma anı**

Kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre, nitelikli rüşvet verme suçunun tamamlanması için rüşvet teklifinin yapılması yeterli olup, ayrıca birey tarafından yapılan teklifin memur veya memur sayılan kişiler tarafından kabulü şart değildir.

Buna karşılık basit rüşvet verme suçunun tamamlandığı an, rüşvet teklifinin memur tarafından kabul edildiği yani anlaşmanın yapıldığı zamandır. Bu yüzden teklifin yapılması suçun tamamlanması için yeterli değildir.

**B- Teşebbüs**

Nitelikli rüşvet vermeyi düzenleyen 213. maddenin 1. fıkrasına göre suçun oluşması için teklifin yapılması yeterli olduğundan teşebbüsün varlığından söz edilmeyecektir<sup>51</sup>. Basit rüşvet verme suçuna ise teşebbüs mümkündür<sup>52</sup>. Zira suçun gerçekleşmesi için rüşvet teklifinin memur tarafından kabul edilmesi yani tarafların anlaşması zaruridir. Ancak bu suç şeklinde söz konusu olan tam teşebbüs değil, eksik teşebbüstür.

**C- İçtima**

Failin, rüşvet verme fiili ile birlikte kanunda suç teşkil eden başka bir fiili işlemesi halinde genel hükümlerdeki içtima kuralları (TCK, m. 78,79) uygulanacaktır.

**D- İştirak**

Rüşvet verenin fiiline iştirak eden kimse, basit rüşvet verme suçundan 213. maddenin 2. fıkrası, nitelikli rüşvet verme suçunda ise 213. maddenin 1. fıkrası gereğince cezalandırılacak ve cezası iştirak hükümlerini düzenleyen 64. veya 65. maddeler gözönünde tutularak tespit olunacaktır (TCK, m.216).

**E- Temadi ve teselsül**

Rüşvet verme suçları da ani suçlardan olduğundan temadi niteliği göstermezler. Ancak teselsül halinin gerçekleşmesi mümkündür<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ERMAN-ÖZEK, s. 121.

<sup>52</sup> GÜRELLİ, s.100; ÖNDER, s.187.

<sup>53</sup> GÜRELLİ, s.110, 111.

## VI- GÖREVE GİRMEYEN İŞ İÇİN YARAR SAĞLAMA SUÇU

### 1. Hüküm ve niteliği

Ceza Kanunumuzun 218. maddesi, memurun görevine girmeyen iş için yarar sağlaması suçunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre “görevine girmeyen ve yapılması veya yapılmaması hususunda yetkili olmadığı bir işi yapacağı kanaatini uyandırarak menfaat sağlayan memura bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan beş milyon liraya kadar ağır para cezası verilir”.

Kanunumuz bu suçu bağımsız suç olarak hükme bağlamıştır<sup>54</sup>. Bu nedenle memurun görevine girmeyen ve yapılıp yapılmaması hususunda yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlaması ne dolandırıcılığın bir türü ne de rüşvettir.

### 2. Suçun unsurları

#### A- Maddî unsur

Failin, kendisinin görevli ve yetkili olduğuna mağduru inandırarak menfaat sağlaması, göreve girmeyen iş için yarar sağlama suçunun maddî unsurunu oluşturur. Bu itibarla suçun gerçekleşmesi için memurun görevine girmeyen ve yapılması veya yapılmaması hususunda yetkili olmadığı bir işin bulunması gerekir. Eğer böyle bir durum yoksa, yani memur o işi yapmaya görevli ve yetkili ise göreve girmeyen iş için yarar sağlama suçu oluşmaz<sup>55</sup>. Ayrıca failin görevine girmeyen ve bu nedenle yetkili olmadığı konuda, görevli ve yetkili olduğunu söyleyerek mağduru inandırması gerekir<sup>56</sup>. Diğer bir ifadeyle gerçekleştireceği işi bizzat kendisinin yerine getireceğini belirtmiş olmalıdır. Memurun, işi kendisinin değil de başkasının yapacağını veya başkasına yaptıracağını söylemesi halinde 218. maddede belirtilen suçun unsurları gerçekleşmeyecektir.

#### B- Manevî unsur

Suçun manevî unsuru genel kasttır. Memur, yapacağını veya yapmayacağını söylediği işin kendi görev ve yetki alanına girmediyini bilmeli, fakat buna rağmen mağduru yetkili ve görevli olduğuna inandırarak haksız çıkar sağlamayı

54 EREM, s.375; EREM-TOROSLU, s.173.

55 Nitekim Yargıtayımız, “Milli koruma kontrolü olan sanıkların tanzim ettikleri tahkikat evrakını resmi merciine tevdi etmekle vazifelerini yapmış olduklarından haklarında 227. madde gereğince hüküm tesis edilemeyeceğine karar vermiştir”: 5. CD 17.1.1956, 288, ÇAĞLAYAN, Muhtar, “Rüşvet-Şehadet -Resmi Vazifenin Devamı”, Aylık Sistematik Notlu İçtihat Dergisi, 1956-58, Yıl 1, S. 7, s.616,617.

56 5. CD, 2.2.1982, 49/227, YKD, 1982, S.6, s.874; 20.2.1933, 236/25, Temyiz Mahkemesi Kararları, Ceza Hey'eti Umumiyesi, (basıldığı şehir belirtilmemiş), (Halk Basımevi), 1935, s.500

istemelidir. Failin görev konusunda yanılması hukukî hata oluşturur ve gerçekleşen suçtan sorumlu tutulması sonucunu doğurur<sup>57</sup>.

### 3. Suçun özel görünüş şekilleri

#### A- Suçun tamamlanma anı

Göreve girmeyen iş için yarar sağlama suçunun tamamlandığı an, menfaatin fiilen sağlandığı zamandır. Zira kanunumuz 218. maddede “menfaat sağlayan” ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle menfaatin sağlanmaması durumunda suç tamamlanmış sayılmaz.

#### B- Teşebbüs

Suç, menfaatin sağlanmasıyla tamamlandığı için teşebbüse elverişlidir<sup>58</sup>. Şayet fail görevine girmeyen ve yapılması veya yapılmaması hususunda yetkili olmadığı bir iş konusunda görevli ve yetkili olduğunu beyan etmiş fakat menfaat sağlamamışsa, fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak failin failinin tam ve eksik teşebbüsten hangisini oluşturduğu, icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına bakılarak tespit edilecektir (TCK, m.61, 62).

#### C- İçtima

Memurun görevine girmeyen iş için sanki görevli ve yetkili imiş gibi bir kimseyi kandırarak menfaat sağlaması ayrı ve bağımsız bir suç teşkil ediyorsa içtima kuralları uygulanacak ve fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır. Ancak failin görevine girmeyen iş için yarar sağlaması, diğer suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmaması gerekir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde içtima kuralları uygulanmayacak ve fail mürekkep suç hükümleri gereğince sorumlu tutulacaktır.

#### D- İştirak

Failin fiiline üçüncü bir şahsın iştirak etmesi mümkündür.

#### E- Temadi ve teselsül

Bu suç da rüşvet suçları gibi ani suçlardan olduğundan temadi niteliği göstermezse de, teselsül halinin gerçekleşmesi imkân dahilindedir.

### SONUÇ

İncelediğimiz 3679 sayılı Kanunla değişik rüşvet suçlarıyla ilgili maddeler, Ceza Kanunumuzun kabul edildiği 1926 tarihindeki ve devamı yıllarda yapı-

<sup>57</sup> ERMAN-ÖZEK, s.126.

<sup>58</sup> ERMAN-ÖZEK, s.126.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

lan düzenlemelerden büyük ölçüde sistemsizliğin ve çelişkilerin giderilmesi nedeniyle daha yeterli hükümleri içermekle birlikte, bazı gereksiz ve yanlış kavramları halâ bünyesinde barındırmaktadır. Bu durum doktrinde ve uygulamada hükümlerin yorumlanmasında tereddütlere neden olmaktadır.

Rüşvet suçlarının ülkemizde artarak varlığını sürdürmesi ve giderek meşru olarak kabul edilmesi sorunun ciddiyetini daha da artırmaktadır. Çünkü rüşvet, kamu görevlilerine duyulan güveni sarstığı gibi, devletin varlığını da tehlikeye uğratmaktadır. Rüşvetle etkin bir mücadele için rüşvete neden olan etkenlerin her şeyden önce ortadan kaldırılması gerektiğine inanıyoruz. Ayrıca mevzuatımızda var olan bazı hatalı ifadelerin ve eksiklerin giderilmesinin şart olduğunu düşünüyö-ruz.

# DIE TECHNOLOGIETRANSFERPROBLEMATIK IN DEN INTERNATIONALEN BEZIEHUNGEN\*

Arş. Gör. Hasan MOR\*\*

## 1. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit wird versucht darzulegen, welche Kanäle der Technologietransfer auf welche Art und Weise benutzt, wie dieser finanziert wird und welche Auswirkungen der viel gelobte und kritisierte Technologietransfer auf die Volkswirtschaften, Kulturen und Menschen und schließlich dadurch auf die internationalen Beziehungen, denen er im Endeffekt zugute kommen soll, ausübt.

Die Schwierigkeiten und Note, mit denen sich die sogenannte Dritte Welt konfrontiert sieht, sind mit Sicherheit nur mit der technologischen Hilfe und allgemein vielschichtigen Zusammenarbeit der Industrieländer zu bewältigen. Die Fragen, die in diesem Zusammenhang auftreten, wie die Frage der Finanzierung, Entwicklung, Verbreitung, Auswahl, Begleiterscheinungen und Transformation, sowie der Anwendung und der Ökologie, werden hier wegen des begrenzten Umfangs nur im Ansatz behandelt. Das macht sich auch in der Bearbeitung des Themas bemerkbar.

## 2. Organisation des Technologietransfers

### 2.1. Kanäle des Technologietransfers

Bemühungen, neue Technologie zu entwickeln, zu übertragen und zu verbreiten in Ländern der Dritten Welt gehen in der Regel von drei Initiatorgruppen in den Industrieländern aus:

- Öffentliche Geber
- Nichtstaatliche Organisationen
- Private Organisationen

Jede dieser Gruppen hat adäquate Adressaten bzw. Ansprechpartner in den Entwicklungsländern, welche bei der Übertragung und Verbreitung neuer Technologien miteinbezogen werden. Die maßgebenden Ansprechpartner sind:

---

\* Bu makale, Federal Almanya'nın Freiburg Albert Ludwig Üniversitesi'nde (ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT FREIBURG) yapılmış olan master çalışmasına muadil bir çalışmanın özetinden ibarettir.

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

### 2.1.1. Öffentliche Geber

Regierungen von Entwicklungsländern und die ihnen nachgeordneten Stellen, zum Beispiel staatliche Forschungsinstitutionen, Beratungsinstitutionen, u.s.w. Diese sind vor allem Adressate für Öffentliche Geber der Industrieländer. Sie wenden sich ihrerseits wieder an die die für die Nutzung der Technologie zuständigen nachgeordneten Adressaten und direkt an die Zielgruppen<sup>1</sup>.

### 2.1.2. Nichtstaatliche Organisationen

Private Organisationen ohne Erwerbscharakter, bekannt unter der Bezeichnung NGO (Non-Governmental Organisation); Die nichtstaatlichen Organisationen der Geberländer arbeiten mit denen der in Entwicklungsländern. Es kommt aber vor, daß die staatlichen Geber ihrerseits die Dienste der NGO mit oder ohne Vermittlung der Regierungen der Entwicklungsländer in Anspruch nehmen.

Die Gruppe der NGO ist sehr heterogen. Es kann graduell zwischen regierungsnahen und regierungsfernen NGO unterschieden werden<sup>2</sup>.

Die kirchlichen und politischen Einrichtungen machen einen beträchtlichen Teil des NGO aus.

### 2.1.3. Private Organisationen

Große private Unternehmen sind Partner der privaten Wirtschaft der Industrieländer. Sie unterhält Filialen und Tochtergesellschaften in Entwicklungsländern. Es gibt dort auch kleine und nationale Unternehmen, die sowohl Ansprechpartner der großen Unternehmen, sowie der NGO in Industrieländern und Entwicklungsländern als auch Zielgruppe der Technologietransferpolitik angesehen werden<sup>3</sup>.

## 2.2. Verfahren des Technologietransfers

Anhand der folgenden Abbildung werden die den Transferprozeß betreffenden Beeinflussungs- und Wirkungsketten vorgestellt. Aufgrund der unterschiedlichen Relevanz der gekennzeichneten Beziehungen verdienen drei prototypische Schienen in dem komplexen Beziehungsnetz besondere Aufmerksamkeit.

---

1 Vgl. SCHMIDT H. Rheinhard: Transfer von Technologien in ländlichen Räumen der Entwicklungsländer, München-Köln-London 1984, S.25 ff.

2 ebenda, S. 26 ff.

3 ebenda, S. 26 ff.



### 2.2.1. Die "Regierungsschiene"

Die "Regierungsschiene" von öffentlichen Gebern zu den staatlichen Institutionen und eventuell weiter zu den Zielgruppen<sup>4</sup> auf der "Regierungsschiene" werden alle zwei Arten von Technologien entwickelt, verbreitet und übertragen.

Diejenigen, die sich für private Unternehmungen und private Organisationen ohne Erwerbscharakter wegen des erforderlichen zu hohen Kapitaleinsatzes und der Involvation der zu großen Risiken, und diejenigen, deren gesamtwirtschaftliche Vorteile sich nicht als private Vorteile aneignen lassen (positiv externe Effekte, bzw. die höhere soziale als private Kosten haben)<sup>5</sup>. Erstere betreffen Großprojekte und dazu passende moderne Technologie, letztere beziehen sich auf Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, Infrastrukturmaßnahmen und Ausbildung. Die Begriffe Forschung und Entwicklung sind dabei extrem weit zu fassen<sup>6</sup>.

### 2.2.2. "NGO Schiene"

Technologieförderung spielt auf dieser Schiene im Zusammenhang mit meist umstrittenen grundbedürfnisorientierten und basisnahen Forderungsaktivitäten eine Rolle. Dabei ist die Ausrichtung auf einfache und sogenannte "Angepaßte Technologien" (AT) ausgefragt, deren Entwicklung, Übertragung und Verbreitung stark durch Selbsthilfeorganisationen gefordert wurde und wird. Die Konzentration auf diese Technologieart entsprechen der Methoden der Entwicklung, Übertragung und Verbreitung: informelle, nicht-kommerzielle Arbeitsgruppen und Kontakte, Lernen von und mit den "Empfängern" der neuen Technologien, Hilfe zur Selbsthilfe<sup>7</sup>.

Kommerzielle Adressate werden häufig nicht einbezogen. Durch Ausbildungsprogramme wird eine zusätzliche Art des Technologietransfers auf der NGO-Schiene versucht. Die dafür vermittelten Techniken sind oft vermittelbar praxisorientiert. Alle den Technologietransfer betreffenden Formen der genossenschaftlichen Organisation werden zur "NGO Schiene" gerechnet. Probleme eines solchen Technologietransfers liegen in der geringen Aufnahmebereitschaft des Gesamtansatzes durch die Regierungen vieler

4 ebenda, S. 26 ff.

5 Vgl. BRAUN Hans-Gert: Technologietransfer - Strategie für eine neue internationale Arbeitsteilung in: Ifo - Schnelldienst, 40 (1987), 4 München, S. 21.

6 ebenda, S. 27 ff.

7 Vgl. MENCK K. Wolfgang: Technologietransfer deutscher Unternehmen in Entwicklungsländern, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33 - 34 /1987, S.44 ff.

Entwicklungsländer und der angeblich geringen technischen und wirtschaftlichen Relevanz der angebotenen Technologien<sup>8</sup>.

### 2.2.3. "Kommerzielle Schienen"

Die Transformation von verkörpertem Wissen in Form von Anlagen, Maschinen, Geraten, Düngemittel etc. erfolgt in erster Linie auf kommerzieller Schiene<sup>9</sup>. Zusätzlich wird aber durch den Transfer von Software-Wissen (Lizenzen etc.) vorgenommen. Der Gewinn, nicht die Technologieförderung ist Zweck und Motor der kommerziellen Aktivitäten. Daher müssen Entwicklung, Übertragung und Verbreitung an dem sich in kaufkräftiger Nachfrage äußernden Bedarf und damit wenigstens mittelbar an den sich in Nachfrage ausdrückenden Interessen der Zielgruppen ausgerichtet sein<sup>10</sup>. Die Verbreitungsmethoden sind professionaler Natur. Der kommerzielle Technologietransfer bringt allerdings fragwürdige Begleiterscheinungen (Transfer von "packages" usw. ) die sogenannte "Macht der Multies" mit sich<sup>11</sup>.

## 3. Die Finanzierung des Technologietransfers

### 3.1. Kosten des Technologietransfers

Handelt es sich um Untersuchung der Kosten des Technologietransfers, so ist dabei zu unterscheiden, zwischen direktem Transfer durch Gründung von Tochtergesellschaften und indirekten durch Verkauf von Lizenzen, Patenten und Kapitalausrüstung, einschließlich schlüsselfertiger Fabrikanlagen<sup>12</sup>. Die Entwicklungsländer setzen sich beim direkten Transfer in zunehmendem Maße gegen die bisher weitverbreitete Praxis, die die Zahlungen der Nutzungsgebühren seitens der Tochtergesellschaften für Technologie, die an sich Eigentum der ganzen Finanzgruppe ist, vorsah, zur Wehr.

Nach Ansicht der Entwicklungsländer ist eine wirksame Einschätzung der echten Kosten unmöglich, weil die multinationalen Unternehmen ihre Preise für den Transfer von Waren und Dienstleistungen innerhalb des Firmenkonsortiums willkürlich festlegen. Daß die Kosten des indirekten Technologietransfers extrem hoch sind, belegen nicht nur bereits erarbeitete Studien, sondern auch multinationalen Kongresse, von denen es nicht bestritten wird, jedoch mit hohen Kosten für Forschung und Entwicklung gerechtfertigt.

---

<sup>8</sup> SCHMIDT H. R., S.29 ff.

<sup>9</sup> ebenda, S.30 ff.

<sup>10</sup> ebenda, S. 31

<sup>11</sup> ebenda, S.32 ff.

<sup>12</sup> Vgl. MENACHE Georg: Wissenschaft und Technologie für die Dritte Welt, München 1983, S.45.

### 3.2. Die Kosten-Nutzen-Problematik des Technologietransfers

In der Abschätzung der Kosten und Nutzen der Technologie in einem zusammenhängenden analytischen Rahmen liegt die Problematik. Ursache dafür ist, daß nur wenige Entwicklungsländer Aufgrund der immer größer werdenden Informationslücke zwischen den multinationalen Unternehmen und der Entwicklungsländer und durch sie erschwerten Verhandlungen dazu imstande sind<sup>13</sup>. Dies hat häufig Kosten zur Folge, die den zu erzielenden Nutzen übersteigen. Die Devisenzahlungen von Entwicklungsländern für Patente, Lizenzen, Know-how, Managementberatung und technische Dienstleistungen betragen mehr als drei Mrd US-Dollar jährlich<sup>14</sup>. Eine Lenkung solcher Technologiekosten der Entwicklungsländer könnte zum Teil durch Einfuhr gebrauchter Kapitalausrüstungen erfolgen, was jedoch von den meisten Entwicklungsländern aus Prestige Gründen nicht Wahrgenommen wird<sup>15</sup>.

### 3.3. Finanzquellen des Technologietransfers

Zur Finanzierung des Technologietransfers greift das Entwicklungsland zunächst auf die inländischen Ersparnisse. Weil sie selten ausreichen und das Entwicklungsland seine Aufgaben und Investitionen nicht begrenzen kann, um das Sparvolumen zu vergrößern oder steuerliche Maßnahmen durchzusetzen, so ist es auf finanzielle Mittel aus dem Ausland angewiesen. Die Kredite, die die Industrieländer dem Entwicklungsland zu Exportzwecken gewähren, erlauben ihm Know-how und Industrieanlagen zu erwerben. Banken und Internationale Finanzinstitute (Weltbank, IWF usw.) geben dem Entwicklungsland an bestimmte Vereinbarungen *gebundene* und *ungebundene Darlehen*. Die Kredite werden in der Regel gestiftet. Sie werden zu Vorzugsbedingungen, u.a. sehr langer Laufzeit, niedriger Verzinsung, Erleichterungen bei Konsolidierungen gewährt oder gar nicht beglichen<sup>16</sup>.

Die Geld Anleihpolitik des Entwicklungslandes hat auch Auswirkungen auf den Technologietransfer und ist somit ein Instrument der Technologiefinanzierung. Die Höhe der inländischen Zinssätze beeinflusst die Nachfrage der Unternehmen im Inland nach Kapital. "Hohe Zinssätze verteuern das Kapital, sie reduzieren demzufolge die Nachfrage nach kapitalintensiven

- 
- 13 Vgl. KÖRNER P./MAASS M./SIEBOLD T./TETZLAFF R.: Im Teufelskreis der Verschuldung. SOAK -GmbH, 2. Auflage, Hannover 1985, S. 9 ff.
- 14 Vgl. SEYİTOĞLU Halil: Uluslararası İktisat (Internationale Wirtschaft), 4. Baskı, Ankara 1982, S.17 ve 64.
- 15 Vgl. ALKİN Erdoğan: Uluslararası Ekonomik ilişkiler (Internationale wirtschaftliche Beziehungen) Istanbul 1981, S.207 ff.
- 16 MENACHE G., S.46.  
Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Produktionsmethoden und somit den Transfer solcher Technologien. Niedrige Zinssätze führen zu vermehrten Import von kapitalintensiven Produktionstechniken<sup>17</sup>. Die Forderung der ausländischen privaten Direktinvestitionen ist eine weitere Möglichkeit der Finanzierung des Technologietransfers. In diesem Fall wird das Entwicklungsland finanziell nicht belastet, weil der Investor für die Finanzierung aufkommt<sup>18</sup>.

## 4. Auswirkungen des Technologietransfers

### 4.1. Technologietransfer und Wachstumsziel

Das Wachstum des realen Brutto Sozial Produkt (BSP) gilt immer noch als wichtigster Indikator der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung. "Technologietransfer wird auf drei Ebenen wachstumswirksam. Erstens durch Anwendung neuer Produktionsverfahren, zweitens durch die Schaffung neuer oder qualitativ besserer Güter und drittens durch die Entwicklung neuer Wege zur besseren Befriedigung menschlicher Bedürfnisse"<sup>19</sup>. Aus der Summe der direkten und indirekten Effekte errechnet sich Gesamtwirkung des internationalen Technologietransfers auf das wirtschaftliche Wachstum. Über ihr tatsächliches Ausmaß lassen sich empirisch belegbare allgemeine Aussagen wegen der Kompliziertheit des Falles nur bedingt treffen<sup>20</sup>. Obwohl exakte Messungen des Einflusses von Technologietransfer nicht vorliegen, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der gesamtwirtschaftliche Nettoeffekt des Technologietransfers auf das Wachstum positiv ist. "Umgekehrt kann Technologietransfer aber auch zu Wachstumseinbuße führen. Dies ist zum Bsp. der Fall, wenn durch Technologietransfer technologiebedingte Monopolstrukturen entstehen oder wenn sich Technologietransfer an verzerrten Faktorpreisen orientiert"<sup>21</sup>.

Man kann abschließend zusammenfassen, daß der Technologietransfer eine notwendige aber nicht hinreichende Bedingung für das wirtschaftliche Wachstum bedeutet.

---

17 Vgl. **GOLDSCHMIDT** Dietrich: Technologie in Entwicklungsländern. Weltform Verlag GmbH, München 1977, S. 151 ff.

18 **MENACHE G.**, S.47.

19 Vgl. **RETTIG** Eberhard: Die Entwicklungspolitische Bedeutung des internationalen Technologietransfers durch Consultants, Giessen 1982, S.118.

20 ebenda, S. 119.

21 ebenda, S. 120.

## 4.2. Technologietransfer und Beschäftigungsziel

Die Ursachen des Beschäftigungsproblems in den Entwicklungsländern werden hauptsächlich in dem hohen Bevölkerungswachstum und in dem unzureichenden Wachstum des Kapitalstockes gesehen. Im Rahmen der Technologietransferthematik wird vor allem die Übernahme ungeeigneter kapitalintensiver Produktionsverfahren als eine Ursache der Arbeitslosigkeit in den Vordergrund gestellt<sup>22</sup>. Durch die Einführung des technischen Fortschritts erreichten Produktionswachstum führt zu einem Rückgang der Beschäftigungszahl. Da in diesen Ländern das Angebot an Arbeitskräften sehr elastisch, Kapital jedoch äußerst knapp ist, mußte der Marktmechanismus auf den Einsatz relativ arbeitsintensiver Technologien hinwirken<sup>23</sup>. Aber einer wirtschaftspolitischen Fehlentwicklung wie künstlich verteuertes Arbeitslohn und (durch niedrige Zinssätze, Zollprivilegien und überbewertete Währungen) verbilligtes Kapital läßt die Unternehmen kapitalintensiv produzieren. Auch der schlechte Qualifikationsgrad der Arbeitskräfte läßt den Faktor Arbeit soweit wie möglich durch Kapital substituieren<sup>24</sup>. Dadurch können diese sofort am Produktionsprozeß teilnehmen z.B. am Fließband.

Die Techniker-Elite in Entwicklungsländern orientieren sich an dem jeweils aktuellsten Stand der Technik und bieten keine alternative Methode an. Außerdem tragen ausländische Unternehmen weitaus mehr zur Produktion als zur Beschäftigung bei<sup>25</sup>. Der Technologietransfer leistet demgegenüber einen positiven Beitrag zur Beschäftigung in den westlichen Industrieländern<sup>26</sup>.

## 4.3. Technologietransfer und Zahlungsbilanz

Daß jeder Technologietransfer früher oder später die Zahlungsbilanz eines Entwicklungslandes belastet, und die meisten Entwicklungsländer unter einem chronischen Zahlungsbilanzdefizit leiden und transferierte Technologie das Defizit erhöhen kann, ist deident<sup>27</sup>.

---

22 Vgl. ebenda, S.121 ff.

23 MENACHE G., S. 146 ff.

24 ebenda, S. 147.

25 Vgl. PILLER Alfred: Die Rolle von Alternativ -Technologien in sozio-ökonomischen Entwicklungsprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungsländer, Wien 1980, S. 63 ff.

26 RETTIG E., S. 148 ff.

27 Vgl. EGLI Alfred: Die wirtschaftliche Bedeutung des Technologietransfers nach Entwicklungsländern, Basel 1974, S. 151.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Ein positiver Zahlungsbilanzeffekt des Technologietransfers durch Exporte von Halb- und Fertigwaren läßt sich mangels statistischer Daten nicht genau bestimmen. Nach Schätzungen der UNCTAD beträgt der Exportanteil US-amerikanischer Unternehmen in Lateinamerika nur etwa 10 % des Umsatzes. Der Beitrag des Technologietransfer zum Export von Halb- Fertigwaren, dürfte demnach wesentlich geringer sein, als es gesamtwirtschaftlich erstrebenswert wäre. Sowohl aus diesem Grunde als auch wegen der hohen Auslandsverschuldung der Entwicklungsländer sind die finanziellen Voraussetzungen für den Import teuer, moderner Technologien in diese Länder äußerst ungünstig zu beurteilen. Der Technologietransfer bedingt daher eine weitere Vergrößerung des Zahlungsbilanzdefizits der Entwicklungsländer<sup>28</sup>.

#### 4.4. Technologietransfer und Einkommens- Vermögensverteilung

Einkommens- und Vermögensverteilung in den Entwicklungsländern ist sehr ungleich. Hinzu kommt ein hohes Maß an absoluter Armut in vielen Entwicklungsländern. Die relativ kapitalintensive Produktion ist im Vergleich zu relativ arbeitsintensiver Produktion des traditionellen Bereichs mit überdurchschnittlichem Einkommen verbunden. Dies führt zu einer verstärkten Nachfrage nach kapitalintensiveren Gütern bei dieser Gruppe.

In den Entwicklungsländern ist die Industrie hauptsächlich in großen Zentren angesiedelt, so ist insbesondere die ländliche Bevölkerung am Entwicklungsprozeß weniger beteiligt. Die Verteilungsstruktur ist durch eine zunehmend ungleichere Verfügbarkeit von Ressourcen und versteckte sozio-ökonomische Unterschiede auf verschiedenen Ebenen gekennzeichnet. Also auf der einen Seite bezieht eine kleine Bevölkerungsschicht den größten Teil des Einkommens, während die Majorität sich mit einem sehr niedrigen Einkommen begnügen muß, auf der anderen Seite wird die Kluft zwischen Land und Stadt größer.

Um die Einkommensverteilung ausgeglichener zu gestalten, müssen arbeitsintensive Techniken herangezogen werden. Dadurch wird die Einkommensverteilung zu Gunsten der unteren Einkommensklassen verschoben<sup>29</sup>.

---

28 Vgl. JUNGHANNIS Hendrik: Strategieorientierte Kategorisierung von Entwicklungsländern als Voraussetzung für den Technologietransfer, Berlin 1983, S. 33 ff.

29 RETTIG E., S. 126.

## 4.5. Technologietransfer und soziokultureller Aspekt

### 4.5.1. Dualismusproblematik

In Entwicklungsländern hat sich auf der einen Seite ein städtischer, moderner Sektor und auf der anderen Seite ein traditioneller Agrarsektor herausgebildet. So wird einmal für den Markt produziert und es werden auch technische Verbesserungen sowie kapitalintensive Verfahren eingeführt. Zum anderen gibt es eine Subsistenzwirtschaft, bei der kaum technische Neuerungen eingeführt werden und Arbeitsproduktivität relativ gering ist. Der Technologietransfer ist für diese duale Wirtschaftsentwicklung mitverantwortlich<sup>30</sup>.

### 4.5.2. Kulturproblematik

Durch den Technologietransfer aus den Industrieländern in die Entwicklungsländer kommt es zum Zusammentreffen zweier verschiedenartiger Kulturen. Moderne Technologien sind meistens nicht mit den traditionellen Gefühls- Denk- und Verhaltensweisen der Bevölkerung in den Entwicklungsländern in Einklang zu bringen und induzieren somit einen kulturellen Wandel. Die Auflösung traditioneller Wertvorstellungen und Rollenerwartungen im Verlaufe des Modernisierungsprozesses kann zu einer Instabilität der gesamten gesellschaftlichen Systeme führen.

Der technische Fortschritt konfrontiert die Gesellschaft mit neuen Lebensbedingungen, die eine Änderung des sozialen Verhaltens erfordern. Die Menschen müssen sich mit technischen Gegebenheiten abfinden, die nicht eine dort gewachsene Struktur darstellen und meistens ihrem Selbstwertgefühl widerspricht<sup>31</sup>.

### 4.5.3. Brain- Drain- Problematik

Durch die Abwanderung von ausgebildeten Arbeitskräften und Akademikern findet ein Abfluß von Humankapital aus den Entwicklungsländern statt. Die Humankapitalausstattung dieser Auswanderungswilligen liegt in der Regel über dem gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt ihres Heimatlandes. Durch die Auswanderung nimmt das gesamtwirtschaftliche Ausstattungsverhältnis zwischen Humankapital und Arbeitskräftebestand in Entwicklungsländern ab<sup>32</sup>.

Die Ursachen sind hohe Lebensstandard, starke Beeinflussung von der Kultur der Industrieländer, hierarchische Strukturen in Entwicklungsländern,

---

<sup>30</sup> MENACHE G., S. 152-153 ff.

<sup>31</sup> ebenda, S. 155-156 ff.

<sup>32</sup> ebenda, S. 157.

Selçuk Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

mangelnde Koordination zwischen den Ausbildungseinrichtungen und den gesamtgesellschaftlichen Erfordernissen.

### 5. Schlußwort

"Den Zielen der deutschen Wirtschaftspolitik entspricht es, die internationale Arbeitsteilung zu vertiefen, die Präsenz deutscher Unternehmen auf den Märkten in anderen Industrie- und in Entwicklungsländern auszuweiten und dadurch Wirtschaftswachstum, Vollbeschäftigung, Preisstabilität und ein außenwirtschaftliches Gleichgewicht dauerhaft zu sichern. Dies ist im wesentlichen eine Aufgabe der Unternehmen. Die staatliche Wirtschaftspolitik hat sich darauf zu beschränken, geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen und allenfalls durch eine selektive Förderung von Betrieben die Engpässe zu überwinden" <sup>33</sup>. Aus der Sicht der Industrieländer mögen die im obigen Zitat formulierten Ziele erreicht worden sein. Aber das ist nicht der Fall, wenn die andere Seite der Medaille in Betracht gezogen wird.

Wie den gedruckten und nichtgedruckten Medien zu entnehmen ist, steht die sogenannte Dritte Welt, die sowohl zahlen als auch flächenmäßig die überwiegende Mehrheit der bestehenden Erde umfaßt, in jeglicher Hinsicht in einer Krise. Dieser Zustand legt ein Zeugnis dafür ab, daß die bisher praktizierte Entwicklungspolitik, die im Ansatz auch so richtig sein mag, ihr Ziel verfehlt hat.

Bei der näheren Betrachtung sind keine Grenzen zwischen der bestehenden Praxis der Entwicklungshilfe und dem früheren Kolonialismus auszumachen. Vielmehr könnte darin eine Fortsetzung des Kolonialismus unter dem Deckmantel der Entwicklungshilfe gesehen werden<sup>34</sup>.

Um solchen Erinnerungen wirksam zu entgegnen; die Kluft zwischen Industrie- und Entwicklungsländern zu verringern; den Technologietransfer zu erleichtern; den Verschuldungsteufelskreis wirksam zu bekämpfen und ein Klima des gegenseitigen Vertrauens zu schaffen, müssen dringend Maßnahmen

---

<sup>33</sup> Zit.: MENCK K. W./GMELIN W.: Zusammenarbeit in Wissenschaft und Technologie zwischen Afrika und Europa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983, S.43.

<sup>34</sup> siehe: AGBOLI, M. K. Mensah : Grundprobleme und Auswirkungen des Westeuropäischen Technologie-Transfers in Westafrika - Aus Afrikanischer Sicht - Mit besonderer Berücksichtigung der Wirtschaft-lichen Zusammenarbeit in Westafrikanischen Wirtschaftsverbund, Berlin 1985, S.73.



ergriffen werden. Sie könnten aus der Abschaffung des Protektionismus, der Erleichterung des Technologietransfers, der Entwicklung der angepaßten Technologien unter Betrachtung der lokalen Gegebenheiten und der Beseitigung der Verschuldungskrise, bestehen.



## KOLLUĞUN ZOR KULLANMA YETKİSİ\*

Arş. Gör. M. Onursal CİN\*\*

### GİRİŞ

Son yıllarda global olarak değişen sosyo-ekonomik ve kültürel değerlere paralel olarak hemen hemen tüm dünya ülkelerinde birtakım toplumsal hareketlenmeler görülmektedir. Bunlar, bazı toplumlarda, demokrasi anlayışı tam yerleşmediğinden dolayı demokratik hakların aranması şeklinde; bazılarında ekonomik sıkıntıların protestosu biçiminde ve bir kısım toplumlarda ise özgürlük arayışları şeklinde kendini göstermektedir. Bunun doğal sonucu olarak o ülke vatandaşları ile ülkenin kamu düzeni ve şahıs emniyetini korumakla görevli kolluk teşkilatı; dolayısıyla devlet, karşı karşıya gelmektedir. İnsanların hak arama mücadelelerinin yoğunlaştığı son dönemlerde bu durum halkla devletin arasını açmakta, önemli boyutlarda uçurumlar ortaya çıkarmakta ve bu vakialar gerek yerel gerek uluslararası medya tarafından körüklenmektedir.

Çalışmanın temel amacı, kolluk yetkilerini ve özellikle zor kullanma yetkisini kanunlarımızın dar anlatımından sıyrarak, daha geniş tarzda tanımlayabilmek, sözü geçen grupların girdikleri zorunlu münasebetlerde bir parça anlayış ve hoşgörüyü hukuki temeller çerçevesinde filizlendirmek, kolluğun yetkilerini kullanırken, insanların temel hak ve hürriyetlerine saygılı kalması gerektiğini vurgulamak ve bireylerin de demokratik hak ve özgürlükler adı altında kamu düzenini istedikleri gibi ihlal edemeyeceklerini belirtmektir. Tahmin ediyoruz ki, bu yaklaşım, önemli bir sorunun çözümünde fikri açıdan faydalı olacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde kolluk kavramı üzerinde durularak, temel görevlerinden bahsedilecek; genel ve özel kolluk çeşitleri ve bu birimlerin birbirleriyle olan ilişkileri anlatılacaktır. İkinci bölümde kolluğun yetkileri ve bu yetkilerin Anayasal ve yasal sınırlarından bahsedildikten sonra konumuzun esasını teşkil eden "Zor Kullanma Yetkisi"nden söz edilecek, bu yetkinin unsur, şart ve ihlalleri anlatılacak, ihlallerin doğurduğu bazı sonuçlara (kolluğun yargılanması) temas edilecektir.

### I. KOLLUK KAVRAMI

Her insan toplumu ortak yaşamını sürdürebilmek için belli bir düzene ve disipline ihtiyaç hisseder. Bu nedenle en ilkelinden en gelişmişine kadar her toplumda idarenin en birincil ve yaygın görevi toplum düzenini (kamu düzenini)

\* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalında, Mart 1998 tarihinde savunulan "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi" isimli Yüksek Lisans tezinin özetidir.

\*\* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı

korumak ve böylece bireylerin ve topluluklarının güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamaktır. İşte idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için gi-riştiği tüm faaliyetlere kolluk faaliyetleri denmektedir<sup>1</sup>.

Kolluk, yasalarla belirlenen kamu düzenini korumak, bozulmasına engel olmak, suçları saptamak ve suçluları ele geçirmek, devletin ilgili kuruluşlarına yardım etmek ve amirlerin yasalara uygun olarak vereceği diğer emirleri yerine getirmekle görevli genellikle silahlı bulunan kamu görevlileri olarak tanımlana-bilir<sup>2</sup>. Başka bir ifadeyle kolluk; kollama görevini yapan kuruluştur. Yani kolluk, kamu düzenini ve güvenliğini kollama, koruma, suç ve suçluları bulmakla gö-revli ve gerektiğinde zor kullanma yetkisine sahip olan ve kanunlarla verilen yet-kiler çerçevesinde görev yapan bir devlet kuruluşudur<sup>3</sup>.

### A. POLİS

#### 1. Genel Olarak Polis Kavramı ve Terminolojisi

İdeal bir dünyada; herkesin barışçı ve hoşgörülü olduğu ortamda, polise ihtiyaç olmayacağı açıktır. Böyle bir ortamda her birey, herkesin hak ve hürri-yetlerine saygı göstererek adaletin sağlanmasına yardımcı olacaktır. Böyle bir toplumda, hiç bir sebep, hiç kimseye kaba kuvvet ile kamu düzenini bozma hak-kını vermeyecektir.

Ancak, genel kamu hukuku tarihine bakılınca; insanların adalet ve güven-liklerinin sağlanması maksadıyla oluşturdukları devlet içinde, insan ilişkileri i-çinde ve insanların topluma duydukları güven bakımından bu idealizmin devam etmediği; toplumlarda her zaman kamu düzenini bozan çeşitli davranışların ol-duğu görülmektedir.

İşte bu bağlamda devlet, üzerine düşen kamu düzeninin korunması ve kollanmasına ilişkin görevlerini kolluğu aracılığı ile yerine getirecek ve dolayı-sıyla kolluk görevlileri de kamu düzenini, toplumun huzurunu, asayişini, kamu hürriyetlerini ve güvenliğini korumak için kendisine yasalarla verilen görev ve yet-kileri kullanacaktır<sup>4</sup>. Hatta daha farklı bir ifadeyle denilebilir ki, insanların top-luluk halinde yaşamaya başladıkları andan itibaren tüm toplumlarda düzeni ve disiplini, toplumun ve insanların huzurunu, sükununu, güvenliğini, kısacası kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak kolluk aracılığı ile yapıla gelen koruma kol-

1 Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s.185.

2 Malkoç, İsmail, "Zabitanın Silah Kullanma Biçim ve Koşulları ile Türk Ceza Kanununun İlgili Hükümleri", A.B.D., 1983/5-6, C.40, s.1.

3 Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 65.

4 Derdiman, R.Cengiz, "Kamu Yönetiminde Polis Eylem ve İşlemleri", Türk İdare Dergisi, 1995/408, s.65.

lama görevleri, modern hukuk devletlerinde devletin amaç ve görevleri içinde önemli bir yer teşkil etmiştir<sup>5</sup>.

Devletin kamu düzenini sağlamak için görevlendirdiği "icra ve inzibat kuvvetlerinin" başında polis gelmektedir. Aslında literatüre bakıldığında, koruma ve kollama hizmetlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak; polis, zabıta, kolluk gibi kelimelere rastlanmakta ve bunlarının hepsinin aynı anlama geldiği belirtilmektedir<sup>6</sup>. Uygulamada kolluğun genel olarak yakın ve uzak tehlikelere karşı kamu düzenini koruma ve kollama; "zabıta"nın özel kolluk kuruluşlarını ve personelini; polisin ise, emniyet teşkilatını ve personelini anlatmak için kullanıldığını; genel kolluk birimi olarak jandarmanın da kendi adıyla anıldığı görülmektedir<sup>7</sup>.

Tüm bunlardan çıkan sonuç itibarıyla polis; örgüt, görev ve görevliler olarak algılanmalı, kamu düzenini koruma, kollama, suç ve suçluları bulmakla görevli ve gerektiğinde zor kullanma yetkisi olan ve kanunlarla verilen görevleri yapan devlet kuruluşu, devletin iç güvenliğini ve asayişini sağlayan, kişilerin canlarına, mallarına, ırzlarına gelebilecek tecavüzleri engelleyen kamu otoritesi olarak icra ve inzibat kuvvetini ve bu tür tecavüzleri engellemeye yönelik görevleri ifade etmektedir<sup>8</sup>.

## B. JANDARMA

### 1. Tanım

Devlet kolluğunun yani genel idari kolluğun ikinci asli kuvvetidir. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYYK)'nın 3. maddesi uyarınca; Türkiye Cumhuriyeti Jandarması, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir.

Jandarma her ilde bir İl Jandarma Komutanlığı, ilçelerde İlçe Jandarma Komutanlığı şeklinde teşkilatlandırılmıştır. İlçe sahaları karakol bölgelerine ayrılmış olup, günümüzdeki adli görevler, karakol ve ilçe jandarma komutanlıklarınca yerine getirilmektedir<sup>9</sup>.

5 Derdiman R.Cengiz, Polis Yönetimi ve Hukuku, 2. Baskı, Tokat 1997, s.4.

6 Gözübüyük, s.157.

7 Akıncı, Füsun Sokullu, Polis (Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları), İstanbul 1990, s.18.

8 Yenisey, Feridun, Polis Meslek Mevzuatı, Ankara 1996, s.1.

9 Yenisey, Feridun, "Uygulanan ve olması gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis", 3.B. İstanbul 1993. s.78.

## C. ÖZEL KOLLUK

### 1. Kavram

Bu konu ile ilgili olarak hüküm içeren ETK'nun 3. maddesine göre "özel kolluk" genel kolluk olan polis ve jandarmanın dışında kalan, kendi özel kanunlarına göre kurulup, kanunda kendisine verilen görevleri yerine getiren kolluktur.

Özel kolluk görevleri iki şekilde ortaya çıkar. Birincisi; özel kolluğa verilen görev, genel kolluğun görev alanı dışında yer alan görevler alabilmektir. İkincisi de; genel kolluğun bir ya da bir kısım görevleri, özel kolluğa görev olarak verilebilmektedir. Buna göre özel kolluk, genel kolluğa tanınan yetkilerin kendisine verilen bir kısmını kullanabilir<sup>10</sup>. Örneğin, gürültüyü önlemek 2559 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/19. maddesi gereğince belde huzurunu sağlama gerekçesi ile aynı zamanda belediye kolluk görev yeri içinde sayılabilir. Özel kolluk esasen kendisine verilen hizmetleri yürüttüğünden "hizmet kolluğu" olarak da anılabilir<sup>11</sup>.

Genel kolluk ile özel kolluk arasında görev alanı, yetki ve bağlılık bakımından farklar bulunur. Bilindiği gibi genel kolluğun görevi emniyet ve asayişin sağlanmasıdır. Ancak genel kolluk Bakanlar Kurulu kararı veya mülki amir emri ile özel kolluk işlerini de yapabilir (PVSK, md. 3). Buna karşılık özel kolluk sadece kendisine verilen görevleri yerine getirir. Özel kolluğa genel kolluk görevi verilemez. Aralarındaki yetki itibarıyla farka gelince; genel kolluğun, zor kullanma, ifade alma, yakalama, men etme, parmak izi alma gibi yetkileri vardır. Özel kolluğa ise bu yetkilerden bir kısmı verilmemiştir. Bu tedbirler Anayasal haklara müdahale olduğundan ve kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi gereğinden dolayı özel kolluğa kanunla açıkça verilmeyen yetkilerin yorumla yetki sınırlarına dahil edilerek özel kolluğa gördürülmesi mümkün değildir<sup>12</sup>.

Özel kolluk, sınıflama ve çeşit itibarıyla bir hayli fazla ve karmaşıktır. Emniyet Teşkilatı Kanununa göre ise jandarma ve polis olmayan her kolluk özel kolluktur. Özel kolluğun çeşit olarak azaltılıp yeniden ıslah edilerek, hizmete elverişli hale getirilmesi önerilmektedir<sup>13</sup>.

10 Tokgöz, Mehmet, Polis Meslek Mevzuatı, Ankara 1990, s.4.

11 Derdiman, Polis, s.32.

12 Yaşar, Yılmaz, "Açıklamalı Polis Meslek Hukuku", Ankara 1997. s. 35.

13 Derdiman, Polis, s.33.

## D. KOLLUK YETKİLERİ, BU YETKİLERDEN "ZOR KULLANMA" VE SONUÇLARI

### 1. Kolluk Yetkisinin Sınırları

Kamu düzeninin korunması ve düzenli bir toplum halinde yaşamayı sağlamak amacıyla yönelik kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında özgürlüklerle kolluk müdahaleleri arasında denge kurmak hukuk devletinin en nazik konularındandır. Zira, kamu düzenin sağlanması ve korunması amacıyla alınan tedbirler bu amaçla doğru orantılıdır<sup>14</sup>.

Milli güvenlik nedeniyle temel hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Örneğin, askeri sırların açıklanması, ülkenin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün demokrasiyi ve özgürlükleri zora başvurarak ortadan kaldırmaya yönelik eylemlerin yasaklanması veya bu tür eylemlere doğrudan doğruya öncülük yapan düşüncelerin sınırlanmasına rastlanabilir. Sayılan bu eylemlerin yasaklanması yanında, sınırlanan düşüncelerin "düzeni zorla alaşağı etmeye yönelmiş somut bir eylemi açıkça teşvik ve tahrik edici" nitelikte olmasına dikkat etmeli, bu nitelikte olmayan düşüncelerin, Milli Güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılması kabul edilmemelidir. Bir başka deyişle devletin varlığına yönelik somut bir eylemi açıkça teşvik ve tahrik edici bir düşünce açıklaması, Milli Güvenlik için gerçek ve yakın bir tehlike yaratıyorsa sınırlanabilir. Bilimsel içerikli veya normal siyasi propaganda ölçüleri içindeki düşünce açıklamalarının Milli Güvenlikle ilgisi yoktur.

Temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların kanunla yapılması zorunluluğu vardır. Bu durum 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilmiştir.

İlk olarak, kanunlar yasama organında açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlandığı ve genel idarenin bir ifadesi olduğu için, bu yolla etkin bir kamuoyu denetimi sağlanabilecektir. Bu da idare edilenler bakımından bir güvence oluşturmaktadır. Diğer bir güvence de kanunun herkes için genel kurallar koyması ve kanunların genellikle, kişisel olmayan objektif, herkese uygulanabilen kurallar içermesidir. Böylece kanun hükümlerinin subjektif, kişisel ve somut olması önlenir ve bu hükümler belli kişi, aile, zümre ve sınıfı hedef almadan uygulanma durumunda olacaktır.

Konu ile ilgili bir başka güvence de, Milli Güvenlik ve özgürlükler arasında bulunması gerekli dengenin kanunlar yoluyla Yasama Organı tarafından sağlanmasıdır. Yasama Organı, Milli Güvenlik gerekçesiyle bu alanda kanun yoluyla düzenlemeler yapacak; Milli Güvenliği sağlarken, Anayasa'nın 110/2. maddesine göre T.B.M.M.'ne karşı sorumlu olacak ve ancak belirtilen sorumluluğun gereklerini yapmış olacaktır. Böylece Milli Güvenlikle özgürlükler arasındaki denge-

nin kurulması Yasama Organı tarafından ve kanun yoluyla sağlanmış olacaktır. Sözü edilen dengenin bozulması halinde veya yürütmenin bu dengeyi bozma çabalarına karşı, doğal olarak son sözü yine yargı organı söyleyecektir<sup>15</sup>.

### a. Anayasal ve Yasal Sınır

Kolluk faaliyeti bir yönüyle temel hak ve hürriyetlere yönelik bir ihlal tehdidi taşıdığı için Anayasa'da iki türlü bir sınıra tabi tutulmuştur. Bu iki sınır da temel hak ve hürriyetlerin Anayasal düzenlemesiyle oluşmaktadır. Doğrudan sınırlama Anayasa md. 13'te genel olarak düzenlenen ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle ve kanunla sınırlanabileceği, bu sebepler dışında ve kanun olmadan sınırlanamayacağı hükmü getirilmiştir<sup>16</sup>. Çünkü belirtilen bu sınırlama sebepleri dışındaki alanda kolluk gerekçesiyle bir sınırlama olamaz demektir. Belirtilen sınırlama sebepleri ancak o sebebe bağlı olarak "ölçülü" bir sınırlamaya olanak verir, dolayısıyla yine kolluk bakımından bir sınır teşkil eder. Fakat belirtmek gerekir ki, sınırlama sebebi olarak sayılan "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyet'in, Milli Güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı" (Anayasa md. 13) o kadar geniş anlamda ifadelerdir ki, neredeyse bunlar dışında bir alan kalmamaktadır. İşte bu aşamada doğrudan sınırlama diyebileceğimiz sınırlama türü temel hak ve hürriyetlerin güvenceleri karşısında oluşmaktadır<sup>17</sup>.

Anayasa md. 13/2'deki genel hükümde bulunan ve "temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngördükleri amaç dışında kullanılamaz" ifadesi, ayrıca 15. maddedeki "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde bile savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişilerin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz" hükmüyle hem dolaylı sınırlamaların sınırını göstermekte, hem de hangi gerekçe ile olursa olsun müdahale edilemeyecek bir alan çizerek sadece kolluk faaliyetlerinin değil, devletin bütün organlarının bir sınırını oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin Anayasal düzenlemesi, onların kolluk karşısındaki durumunu ve kolluğun müdahale imkanlarını ortaya koyduğu için, doğrudan veya dolaylı sınır oluşturmaktadır. Çünkü kolluk faaliyeti, niteliği

15 Akgüner, Tayfun, "Milli Güvenlik Kavramı ve MGK", İstanbul 1983, s. 122-123.

16 İstisna için bkz. Anayasa md. 121, 122.

17 Akgüner, s. 127.



gereği çoğunlukla temel hak ve özgürlüklerle karşı karşıya kalmaktadır. Bu zorunlu kesişme sonucunda insan hakları ihlalleri görülebilmektedir.

Önemle belirtilmelidir ki insan haysiyeti, örneğin işkence yasağı gibi bazı durumlarda, dokunulmaz olmakla birlikte, sınırsız değildir. Bir hukuk devletinin vatandaşı, sadece hakları olan bir insan değildir; onun, sosyal hayatı mümkün kılmak üzere devlet tarafından hukuk devleti ilkeleri esasları çerçevesinde getirilmiş bulunan yükümlülüklerle ve alınmış bulunan tedbirlere uymak, toplumsal hayatın çekilmez hale gelmesini önlemek hususunda öngörülen kolluk faaliyetlerine katkıda bulunmak görevi vardır.

Kolluğun görev icabı "İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi"ni ihlal etmesi maalesef sık sık görülen bir durumdur. Bunun en tipik örneği işkence, yani sanığın kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanmasıdır. Anayasa md. 17/3'de, İHEB md. 5'de ve CMUK md. 135/a'da "hiçkimseye işkence ve eziyet yapılamaz" denilmek suretiyle işkence yasağı son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan TCK md. 243 de işkenceyi ağır bir suç olarak düzenlemiştir. Anayasanın 38/5.maddesi, "hiçkimse kendisini ...suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" diyerek, bu yasağı net bir şekilde ifade etmiştir. Bunun dışında sanığa kendisi ile ilk temas geçen kolluk görevlisi tarafından bazı haklarının, özellikle de "susma hakkı" (CMUK, md. 135), "bir avukat ile temas kurabilme hakkı" (CMUK, md. 136)'nın bulunduğu bildirilmemesi suretiyle konuşmasının sağlanması ve kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması da insan haysiyetine aykırıdır<sup>18</sup>.

Yine bu Anayasal ilkeler sonucu temel hak ve hürriyetleri sınırlama sebepleri gerçekleştiğinde ancak kanunlar ile sınırlanabilir. Bu nedenle kolluk faaliyetlerinde yetkilerin temel hak ve hürriyetlerle ilgili olduğu oranda, temel noktalarının ve usul güvencelerinin de kanunda belirtilmiş olması lazımdır. Bu bakımdan genel idari kolluk alanındaki genel kanunlar Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ve Emniyet Teşkilatı Kanunudur. Ancak, kamu düzeni gerekçesiyle bir kanun olmadan da idarenin düzenleyeceği işlemler yapabileceği, yürütmenin sadece görev olarak kabul edildiği, yetki sayılmadığı 1961 Anayasası döneminde de kabul edilmiştir<sup>19</sup>.

Yürütmeyi hem bir görev, hem de bir yetki kabul eden 1982 Anayasası (md.8) döneminde kamu düzeni gerekçesiyle Anayasal ilkelere ve kanunlara aykırı olmamak üzere genel düzenleme yapılabileceğinin kabulü gerekir. Üstelik olağanüstü dönemlere kanun hükmünde kararname bakımından Anayasaya aykırılık dolayısıyla dava açılmayacağından bu şartın bulunmadığı söylenebilir (Any. md. 148).

18 Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1994, s. 81.

19 Karagöz, Ahmet, Polis Hukuku, İstanbul 1990, s. 45.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Sonuçta; kolluk, faaliyetinin niteliği gereği geniş yetkilere ve hareket imkânına sahiptir denilebilir. Sahip olması da gereklidir. Ancak temel hak ve hürriyetlerle karşılaştığı alanlarda bu geniş yetkilerin temel hak ve hürriyetleri ihlal etmemesi amacıyla Anayasal ve yasal sınırlar konulmuştur. Kolluk faaliyetinin sınırlarını içeren bu düzenlemeler aynı zamanda kendi açılarından kolluk yetkilerine çeşitli usuli düzenlemeler getirerek kolluktan da bazı noktalarda bahsetmişlerdir.

Bunlar dışında kolluk alanını düzenleyen temel yasalar P.V.S.K. ile E.T.K.'dur. Bu kanunlarda kolluk faaliyetlerinin alanı ve kolluğun yetkileri düzenlenmiştir.

## II. KOLLUĞUN YETKİLERİ

### A. GENEL OLARAK

Bilindiği gibi demokratik siyasal toplumlarda kolluk yetkilerinin kullanılması ancak bireylerin temsilcilerinden oluşan yasama organınca öngörülen sınırlar içinde gerçekleştirilir. Yürütme ve onun içindeki idare ancak yasama organının çizdiği bu sınırlamalar içinde ortaya çıkan belli durumlarda ve bireysel uygulamalarda belli ölçüler içinde kolluk faaliyetinde bulunabilir. Örneğin, umuma açık yerlerin açılmasının, kamu düzeninin korunması nedeniyle kolluğun denetimi ile bir kolluk makamı olan mülki amirin iznine bırakıldığı yolundaki yasa hükmünün (E.T.K. md.7) olay ve bireylere uygulanması için de belli bir takdir hakkı olduğu açıktır. Zira akıp giden hayat içinde kamu düzeni ile ilgili olarak gerek insanlar tarafından, gerekse insanlar dışındaki unsurlar tarafından gelişecek olayların neler olabileceğinin önceden bilinip, belli hukuk kurallarına bağlanabilmesinin güçlüğü ortadadır. Bu nedenle idari rejimi benimsemiş ülkelerde kamu düzeni ile ilgili olarak gelişen durumlar karşısında idareye belli bir takım düzenlemeler yaparak kolluk faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve bu suretle kamu düzeninin korunması yetkisi tanınmıştır<sup>20</sup>.

### B. TANIMAYA YARAYAN YETKİLER

#### 1. Parmak İzi ve Fotoğraf Alma Yetkisi

Parmak izi ve fotoğraf alma yetkisi bir çeşit bilgi edinme yolu ve aynı zamanda "tekrar tanıma"yı<sup>21</sup> sağlayan bir yetkidir. Parmak izi değişmez ve değiştirilemez, aynı zamanda benzemez olma nitelikleri ile suçların araştırılmasında

<sup>20</sup> Tezsever, Serhat, Polisin Yetkileri, İstanbul 1992, s. 31.

<sup>21</sup> Bu deyim Alman Polis Kanunu Tasarısının 10. Maddesinde geçmektedir. Alman Polis Kanunu Tasarısı için bkz. İçel, Kayıhan-Yenisey, Feridun, Ceza Kanunları, İstanbul 1992, s. 127.

büyük mülki amirinin vereceği izne bağlıdır. İzin alınmadan açılan bu gibi yerler polis tarafından kapatılır".

### **E. ENGELLEME, DURDURMA, ÖNLEME VE YASAKLAMA YETKİLERİ**

Kolluk kamu düzeninin sağlanması ve suçlarla mücadelenin gereği olarak açılma izni verilen umuma açık yerleri denetleme yetkisini de haiz olmalıdır. Bu çerçevede kollukça kesin deliller elde edilmesi halinde, mahalın en büyük mülki amirinin emriyle kumar oynanan umuma açık resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller, mevzuata aykırı bir biçimde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan yerler, genel güvenlik ve ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, film veya video band gösterilen yerler kolluk tarafından kapatılır veya faaliyetten men edilir.

### **F. MESKEN, İŞYERİ VE DİĞER YERLERE GİREBİLME YETKİSİ**

"Zabıta, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, işyerlerine veya eklentilerine girebilir" (P.V.S.K. md. 20/1).

### **G. ARAMA YAPMA YETKİSİ**

Anayasa'mızın 20. maddesine göre, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmaz".

### **H. YAKALAMA YETKİSİ**

Yakalama, kişinin geçici bir süre için nezaret altına alarak özgürlüğünün kısıtlanması demek olup, ya bir tehlikenin önlenmesi için veya suç işlendikten sonra sanığın ele geçirilmesi için yapılır. İlk halde "önleme yakalaması"ndan, ikinci halde ise "adli yakalama"dan bahsedilir<sup>25</sup>.

Yakalama, kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması ile ortaya çıkar. Yakalamanın gerçekleşmesi için kişinin resmi kuruluşa, örneğin polis karakoluna götürülmesi zorunluluğu yoktur. Kanunlarımızda kolluğun yakalamasının belli edil-

25 Yenisey, Hazırlık, s. 174.

mesi şekli belirtilmemiştir. Burada yakalama açısından önemli olan, yakalandığı-  
nın eylemli bir şekilde belli edilmesidir<sup>26</sup>.

## I. ELKOYMA (ZAPT) YETKİSİ

Elkoyma, bir malın geçici olarak devletçe muhafaza altında tutulması de-  
mektir. Delil olabilecek eşyaya elkonabileceği gibi, müsadereye tabi ve hatta  
suçla ilgili olmayan eşyaya da elkoyma kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

## İ. ZORLAMAYA İLİŞKİN YETKİLERİ

Uygulanması zorunlu olan bir tedbir her zaman ilgilinin rızası dahilinde  
yapılamaz. Bazen zor kullanmak kaçınılmazdır. Kolluğun zorlamaya ilişkin yet-  
kileri "zor kullanma" ana başlığı altında, bedensel kuvvetten, zor kullanmanın en  
son aşaması olan silah kullanmaya kadar çalışmamızın bundan sonraki kısmında  
ayrıntıları ile incelenecektir.

## III. KOLLUĞUN ZOR KULLANMA YETKİSİ

### A. KAVRAM

Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun ek 6. maddesine göre zor kul-  
lanma, polis tarafından, yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken top-  
luluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması halinde, bu fi-  
illeri etkisiz hale getirecek derecede kademeli olarak artan oranda bedeni kuvvet,  
maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştğinde her çeşit silah<sup>28</sup> kullanma, yetkisini  
ifade etmektedir. Alman Polis Kanunu Tasarısının 28. maddesi<sup>29</sup> zor kullanma  
yetkisini "Bir hareketin yapılması veya bir şeye katlanması veya bir şeyin ya-  
pılmamasına ilişkin bulunan idari işlemlere karşı kanun yolu kapalı ise veya baş-  
vurulan kanun yolunun yürütmeyi durdurucu etkisi yoksa, idari karar zor kulla-  
nılarak yerine getirilebilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Bir başka tanımla zor kullanma; kanuna göre yapılması gerekli bir işlemin  
yerine getirilmesi sırasında, devlet güçlerinin eşya ve kişiler üzerinde gaye ile  
dengeli ve kanunlara uygun maddi ve manevi güç kullanmalarıdır<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Yenisey, Feridun, "İnsan Hakları Açısından Arama, El Koyma, Yakalama ve İfade Alma", Ankara 1995, s. 102.

<sup>27</sup> Yenisey, Hazırık, s. 154.

<sup>28</sup> Ek 6. Maddede ifade edilen "Her çeşit silah"tan maksat, polisin kadrosunda olan silahtır. Polis kuşkusuz, kanunen kadrosunda olmayan bir silahı kullanamaz.

<sup>29</sup> İçel, Kayıhan/Yenisey, Feridun, Ceza Kanunları, İstanbul 1992, s. 131.

<sup>30</sup> Şekercioğlu, Metin, Kolluğun Yargısal Görevleri Hakkında Kılavuz, Ankara 1980, s. 291.

Zor kullanma; bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanma, yahut tabii iradeyi, istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama anlamlarını ifade eden "cebir" kavramını da içerir<sup>31</sup>.

Zor kullanma, bu hali ile 1982 Anayasası'nın 17. maddesindeki maddi ve manevi varlığı koruma hakkı ile 19. maddesindeki kişilerin kendilerini güvende hissetmelerine ilişkin hak ve hürriyetlerine getirilen meşru ve istisnai bir müdahaledir<sup>32</sup>

### B. ZOR KULLANMA ŞEKİLLERİ

#### 1. Doğrudan Doğruya Zor Kullanma

Daha önce de belirttiğimiz üzere P.V.S.K. zor kullanma şekillerini ek 6. maddenin 2.bendinde "Bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştirmede her çeşit silah kullanma" olarak kabaca tayin etmiştir. Doğrudan doğruya zor kullanılması kişi veya eşya üzerinde vücut kuvveti, vücut kuvvetine yardımcı araçlar ve silah kullanılmasıdır.

#### 2. Silah Kullanma Yetkisi

##### a. Silah Kavramı

Polisin silah kullanma yetkisini kullanabilme halleri P.V.S.K.'nun 16. maddesinde sayma usulü ile düzenlemekle beraber, bu hükümler içinde silahın şekli ve cinsi üzerine bir ayırım yapılmamıştır. Silah uzaktan veya yakından canlı ve cansızlarda, yaralama, bereleme, parçalama ve iz bırakma gibi etkiler yapabilen çeşitli aletler, patlayıcı ve ateşli silah ve malzemelerdir. Ateşli silah ise, ateşlemek suretiyle fişekteki çekirdekleri uzak mesafelere, namlusu aracılığı ile atabilen silahlardır<sup>33</sup>. T.C.K.'nun 189. Maddesinde, ceza tayininde kanunun şiddet sebebi sayarak bildirdiği silah tabirinden maksat; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, tecavüz ve savunmada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici aletler; yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlardır. Bu bağlamda tazyikli su, göz yaşartıcı bomba, jop silah kavramı içine girerken, tabanca, tüfek vb. silahlar ateşli silah kapsamına girmektedir. Bunların dışında el bombası, dinamit, barut yıkıcı ve öldürücü alet kavramına girer<sup>34</sup>.

31 Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978, s. 8.

32 Derdiman, Polis, s. 208.

33 Derdiman, Polis, s. 213.

34 Alasu, Yılmaz, Hukukumuzda Ateşli Silahlar, II.Baskı, Ankara 1995, s.408.

## b. Yetki ve Dayanağı

Silah kullanma, zor kullanmanın en son aşaması ve zorlamanın da bir türüdür. İstenmese de, silahla ateş edip öldürmeye kadar varabilen sonuçlar doğuran silah kullanma, ağırlığı oranında sorumluluğu gerektirdiğinden ayrıca kanuni kurallara bağlanmıştır. Silah kullanacak hal ve şartları bilmeyecek kolluk, suç işlemiş olur. Bu yüzden tüm kolluk amir ve memurlarının silah kullanma yetkisinin kanuni şart ve sınırlarını tam olarak bilmesi zorunludur. Silahını kullanacağı yerde bu yetkisini yerine getirmeyen kolluk, devlet otoritesini zedeleyeceği ve sorumlu olacağı gibi, şartları tam gerçekleşmeden silahını kullandığında, adli bir suç işlediğinden mahkum olur.

## c. Silah Kullanmada Uyulması Gereken Esaslar

Silah kullanma, çok zorunlu durumlarda başvurulabilecek bir önlemdir. Bu yönden yakalanması gereken kişinin veya dağıtılması gereken topluluğun mevcut olan ya da olabilecek saldırısını ve direnmesini etkisiz hale getirecek ölçüde silah kullanma adeta tek çare olmalıdır. Yani görevin yerine getirilmesi sırasında silah kullanmaktan başka çare kalmamalıdır. Sözkonusu çareler tükenip, silah kullanmanın zorunluluk arzettiği durumlarda, ölüme sebebiyet verebilecek ciddiyette bir zor kullanma enstrümanı olan ateşli silahların kullanılmasında dikkat edilmesi gereken önemli hususlar mevcuttur.

1- Herşeyden önce, silah kullanma, öldürme amaçlı olmamalı; aynı zamanda tek ve son çare olmalıdır (P.V.S.T. md.17). Tüzüğün bu maddesi, suçlunun mümkün olduğu kadar öldürülmekten ziyade, yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan sakınılmasını belirtir. Ancak zorunluluk halinde, bu halde bile silah kullanmayı açıkça yasaklayan bir mevzuat hükmüne rastlanmamaktadır. Silah kullanma her ne kadar öldürme amacına yönelik kullanılmaması gereken bir yetkiyse de kolluk, meşru müdafaa durumuna düşürülmüşse, Yargıtay'a göre "Silahlı saldırıya maruz kalan kolluk görevlisinden, soğukkanlılıkla tabancasını maktulün hayatı önemi haiz olmayan bir bölgesine tevcihi beklenemez"<sup>35</sup>

2- Silah kullanma, doğrudan doğruya silahı kullanmak olarak anlaşılabilir. Ancak silahı kullanmadan evvel; direnmeyi giderecek bir çözüm ise, silahı çekme ve gösterme de bir zor, bir silah kullanma türü olarak kabul edilebilir.

Silah önce kaçan zanlı veya mahkumu korkutup, teslim olmasını sağlamak için kullanılabilir. Böyle bir durumda silah kullanılmasının (mesela havaya ateş etmek) kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü üzerinde doğrudan herhangi bir olumsuz etkisi yoktur. Bu hususta kanunda bir düzenleme cihetine gidilmemiş olsa

35 (Y.C.G.K., 26.2.1979, 527/93), Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, CI, Ankara 1994, s. 644.

dahi, emniyet görevlilerinin kaçan zanlı veya mahkumu yakalayabilmek için bu tarzda silah kullanmasının görevlerinin tabii bir sonucu olduğu yargısına varmak mümkündür<sup>36</sup>.

3- Çocuklara karşı mümkün olduğunca silah kullanılmamalıdır<sup>37</sup>. Ayrıca kişilere karşı bomba gibi ağır silahların kullanılmasından da kaçınılmalıdır. Yalnız, bundan vahim olaylar ve teröristlerle çatışma gibi durumlar ayrı tutulmalıdır. Bu durumda da bir çarpışma hali ağır silah kullanmayı zorunlu kılıyorsa, bu tür silahlar kullanılmalıdır<sup>38</sup>.

4- Kişilere karşı silah kullanılması sadece bu kişilerin saldırıda bulunmasını veya kaçmasını önlemek amacıyla kabul edilebilir. Kesine yakın bir ihtimalle ölüme neden olabilecek bir atış yapılabilmesi için silah kullanmanın halen mevcut bir hayati tehlikenin önlenmesinin tek aracı olması şarttır<sup>39</sup>.

5- Kişilere karşı silah kullanılması, bazı hallerde olayla ilgisi olmayan kişileri de tehlikeye düşürebilir. Bu gibi hallerde zabitanın silah kullanması kabul edilmemelidir. Ancak hayati bir tehlikenin önlenmesi bakımından silah kullanmanın yegane araç olduğu hallerde, istisnaen silah kullanmaya müsaade edilmedir (Alman Polis Kanunu Tasarısı, md.41)<sup>40</sup>. Sözkonusu kanun tasarısının 43. maddesi, böyle bir toplulukta olaya katılan ve katılmayanı birbirinden ayırmak için bir ölçü önermiştir. Buna göre, fiili davranışlarda bulunan veya yapılan fiili davranışları hoşgördüğünü kendi davranışları ile belli eden, destekleyen kişi, kendisine yapılan ikaza rağmen olay yerinden uzaklaşmazsa, olaya katılan bir kişi sayılır.

6- Silah kullanmanın şartları gerçekleşmişse, kolluğun "üzerine ateş edilecek kişiyi" devamlı olarak görmüş olması şarttır. Zira bir an gözden kaybedildiği takdirde "geniş anlamda sanık"a benzeyen başka bir kişiye ateş etme ihtimali sözkonusu olabilir<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Özgenç, İzzet, "Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler", İstanbul Barosu Dergisi, C.68, sy. 1-2-3, İstanbul 1994, s. 94.

<sup>37</sup> Yenisey'e göre 14 yaşından küçükler üzerinde zabitanın silah kullanması prensip olarak kabul edilmemelidir. Öte yandan küçüğün kaç yaşında olduğunu tespitini ancak görünümüne ve genel hayat tecrübelerine göre kollukça belirlenebilir. Yenisey, Hazırlık, s. 86; Bununla beraber Alman Polis Kanunu, üzerinde silah kullanılması sözkonusu olan kişi, yaşı 21'e kadar olan bir genç olduğunda, ancak belli şartlar gerçekleştiğinde silah kullanmasını kabul eder. Kanun bu şartları genç hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanması sözkonusu olan hallerde veya tutuklu veya hükümlü olan gencin infaz kurumundan kaçmasının engellenmesinden doğan zorunluluk olarak ifade etmiştir (Musterentwurf, md.42/2), İçel-Yenisey, s. 134.

<sup>38</sup> Derdiman, Polis, s. 213.

<sup>39</sup> Yenisey, Hazırlık, S. 241.

<sup>40</sup> İçel-Yenisey, s. 133.

<sup>41</sup> Yenisey, Hazırlık, s. 243.

### C. ZOR KULLANMADA ORANLILIK İLKESİ

Zor kullanma yetkisi uygulanırken, zorun şekli, derecesi, vasıtası ve ödevin amacı arasında mevcut şartlar ve imkanlar karşısında bir uygunluk, muvazene bulunmalıdır. Bu şartlara uyulmadığında yetkiyi tecavüz, keyfi muamele, haksız fiil gibi cezai ve hukuki sorumluluğu gerektiren durumlar ortaya çıkabilir. Zaruret sınırını aşan bu davranış suç niteliği kazanır.

Zor kullanmanın derecesi ve yönetimin olay sırasında ihtiyacı aşmaması lazımdır. Kanunun kollukça yerine getirilmesini istediği işlem yerine getirilirken, ne ölçüde zor kullanmaya ihtiyaç olmuşsa, o ölçüde zor kullanılmalı, bu ölçü taşırılmamalıdır. Örneğin, ağır cezalı olmayan, hatta şikayete bağlı bir suç sanığı kaçıyor diye silah kullanılması ölçüye aykırıdır<sup>42</sup>.

Zor kullanma , direnmeyi giderecek ölçüde olmalıdır. Bu konuda kullanılan zorlama aracı, bedeni kuvvet ve derece bakımından direnmeyi etkisiz bırakma ölçüsünden ileri gidilmemelidir. Nitekim TCK md. 245 zor kullanma ölçüsünü aşan memurlara ceza sorumluluğu yüklemektedir.

Zor kullanmada böylesine bir orantıyı her zaman kesin bir şekilde belirlemek mümkün olmayabilir. Yer, zaman ve kişi faktörleri, şüphesiz ki zor kullanmada dengeyi bulacak ölçüyü belirlemede kaçınılmaz etken olacaklardır. Örneğin bir uzakdoğu sporcusu ile karşılaşan ve saldırıyı kendi başına gideremeyeceğini anlayan bir polisin, spor maharetinden kaynaklanan avantaj farkını dengeleyecek şekilde taş, sopa kullanması mümkün olabilir.

Zor kullanma, direnme veya saldırı esnasında olmalıdır. Saldırı ve direnmenin bitmesi halinde kullanılmakta olan zora da son verilmelidir. Kanunumuzda zor kullanmanın dereceleri ve zor kullanma araçları sayılmamıştır. Ancak zorun, kademeli olarak fiili etkisiz hale getirene kadar artırılması benimsenmiştir<sup>43</sup>. Alman hukuku ise, zor kullanma araçlarını da saymaktadır. Buna göre ikaz, ihtar, su ile tazyik, yakalanacak şahsa kelepçe takma gibi vasıtalar zor kullanma araçlarından olmaktadır<sup>44</sup>. Bunlar orantılılık çerçevesinde olayın durum ve gidişatına göre kullanılacak örneklerdir.

Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu, zor kullanmayı direnme ve saldırının mahiyetine ve derecesine göre etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma olarak tanımlar. Görüldüğü üzere madde, zor kullanmanın azdan başlayarak çoğa gidecek bir biçimde, direnme ve saldırı ile oranlı olmasını em-

42 Şekercioğlu, s. 293.

43 Derdiman, Polis, s. 211.

44 İçel-Yenisey, s. 133.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2



retmiştir. Bu demektir ki, hangi düşünce ile olursa olsun, oranın aşılması, Ceza Kanununun 50.maddesindeki suç oluşturur<sup>45</sup>.

Oranlılık, kanunun emrinin veya yetkili merciden verilen emrin icrasının cereyan ettiği ortam ve şartlar gözönüne alınarak yapılan bir değerlendirmedir. Kanunun emri yerine getirilirken, kanunun öngörmüş olduğu şartlara aynen uyulmuşsa, icranın oranlılığı veya oransızlığı doğal olarak söz konusu olamaz ve böyle bir değerlendirme yapılamaz<sup>46</sup>. Bununla birlikte, hayatın karmaşıklığının bir gereği olarak her zaman bir değerler çatışmasıyla karşı karşıya bulunulduğundan oranlılık, ismi ne olursa olsun, her çeşit hukuka uygunluk nedeninin bünyesinde mevcut bulunmaktadır. Böyle olunca, kanun emrinin, yetkili merciden verilen emrin yerine getirilmesinde işin icabı olarak oranlılık kuralına uyulması bir zorunluluk olmaktadır.

Buradan çıkan sonuç, kanunun emrini yerine getirme zımında zor kullanıldığında, zorun direnmeyi kırmaya elverişli olmasının yetmemesi, ayrıca direnme ile oranlı olmasının gerekmesidir<sup>47</sup>.

Kolluk, sadece tehlikeyi önlemek bakımından yeterli olan tedbirleri alabilir. Bir başka ifadeyle kamu düzeninin korunması için yeterli olan tedbirler açısından yetkilidir. Bu yüzden kolluk, harekete geçerken, olayda uygulanması mümkün olan zorlama çeşitleri arasında; olayın bertaraf edilebilmesi şartıyla, kişiler ve toplum açısından en az hak kısıtlayan tedbiri seçerek uygulamalıdır<sup>48</sup>.

## D. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE ZOR KULLANMA

### 1. Meşru Müdafaa

Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 16. maddesinin a ve b bentlerinde "nefsini müdafaa etmek" ve "başkasının ırz ve canına vukubulan ve başka surette men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak" amacıyla polisin silah kullanabileceği söylenmektedir. Bu hüküm, esasında Türk Ceza Kanununun 49. maddesinde yer alan meşru müdafaa'nın bir tekrarıdır. Madde 49'daki şartlar ne ise P.V.S.K. md. 16/a-b' deki şartlar da aynıdır, ek bir şart getirilmemiştir. Bu demektir ki, polis veya değil, meşru müdafaa'nın varlığı için aranan şartlar herkes için aynıdır.

5 Hafizoğulları, Zeki, Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi, İHMD, 1995/4, C.III, s. 19.

6 "Toplu silahlı saldırıya maruz kalan sanık orman muhafaza memuru nereye ve nasıl ateş ettiğini düşünecek durumda değildir. İki el ateş ederek maktulü iki yerinden vurması halinde dahi meşru müdafaa durumunu aştığı ileri sürülemez" (Y.C.G.K., 12.12.1983, 278/395), Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 640.

7 Hafizoğulları, Zor Kullanma, s. 17.

8 Yenisey, Hazırlık, s. 83.

Meşru müdafanın şartlarının bulunması halinde, polisin silah kullanması, fiil hukuka uygun olduğundan, herhangi bir suçta vücut vermez.

Meşru müdafaa, polis veya değil, herkes için bir haktır. Bu demektir ki, meşru müdafaa halinde polis, bir yetkiyi veya görevi değil, bir hakkı kullanmaktadır. Bundan dolayı, meşru müdafaa halinde kaldığında polis, kimseden emir almaya mecbur değildir. Ancak, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa, Ceza Kanununun 49. maddesinde herkese bir hak olarak tanınmakla birlikte, P.V.S.K. bunu ayrıca bir "görev" olarak yüklemiştir. Bundan ötürüdür ki, başkasının ırz ve canının tehlikede olması halinde; herkesten farklı olarak polis, zor/silah kullanarak tehlikeyi gidermeye mecburdur. Bu mecburiyetin yerine getirilmemiş olması halinde polis, şartlarına göre en azından görevi ihmal suçunu (TCK md. 230) işlemiş olur<sup>49</sup>.

## 2. Kanun Hükmünü İcra

Bu hukuka uygunluk sebebinin kaynağı kanundur. Bunu yerine getiren, doğrudan doğruya kanundan aldığı emri veya izni veya imkanı yerine getirmektedir. İcra edilecek olan husus, kanun hükmüdür. Tüzükler de bu kavrama dahildir. P.V.S.K.' nun 16. maddesinde polisin silah kullanabileceği dokuz olasılık gösterilmiştir ve bu hallerde yalnız kolluk, silah kullanabilir<sup>50</sup>.

## 3. Yetkili Merciiin Emrini İfa

Yetkili merciiin emrinin yerine getirilmiş olması, kanun hükmünü icraya bezer; ancak, bir kanun hükmünün icrası kişi tarafından doğrudan doğruya gerçekleştirildiği halde, emrin yerine getirilmesi, amir durumunda olan kişi veya heyetin verdiği talimatın ast durumunda olan kişi tarafından yerine getirilmesidir. Görülüyor ki, gerek kanun hükmünün yerine getirilmesi, gerekse amirin emrinin icrası aynı esasın iki görünüş şekli olup, her ikisindeki ortak özellik görevin ifasıdır<sup>51</sup>. Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 2.maddesinin b bendi, "Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı emir verene bildirir. Ancak, amir, emrinde ısrar eder ve bu emri yazılı olarak yinelerse, emir yerine getirilir. Bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz" hükmünü sevk etmektedir. Bu hüküm genel kural içinde tespit edilmiş olmakta ve emri yerine getirecek olan polisin amirinden aldığı emri gerek şekil ve gerekse içerik bakımından inceleyebilme imkanına sahip olduğunu göstermekte, itirazı üzerine amirin yazılı emir vermesi halinde bu emrin yerine getirileceğini belirtmektedir.

9 Hafizoğulları, Zor Kullanma, s. 19.

0 Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II.B., C.II-III, İstanbul 1992, s. 164.

1 Günal-Yılmaz, Yetkili Merciiin Emrini İfa, Ankara 1967, s. 6.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

#### 4. Zaruret Hali

Bu hukuka uygunluk nedeni TCK 49/3 maddesinde "Gerek nefsinin ve gerek başkasının vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkanı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bays olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez" biçiminde hükme bağlanmıştır. Bu durum her ne kadar P.V.S.K.' nun 16.maddesinde hükme bağlanmamışsa da, genel kurallardan hareketle zaruret halinin söz konusu olduğu durumlarda herkes gibi kolluk da zor kullanabilecektir.

#### 5. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması

Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 16.maddesinin a ve b bentlerinde düzenlenen ve bizim TCK 49 çerçevesinde incelediğimiz hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, incelenmesi gereken önemli bir konudur.

Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, ya failin tehlikeyi savuşturmak için gerekenden fazlasını yapması veyahut da kendisini halen tehdit etmeyen bir tehlikeye karşı savunması şeklinde olur. Sınırın mücbir sebeple aşılması; saldırı karşısında gerektiğinden fazla ve aşırı bir karşı koymada bulunmak, telaş, dehşet veya korku gibi bir ruh hali içinde gerçekleşmişse, fail hukuka uygunluk sebeplerinden yararlandırılabilir. Nitekim Yargıtay, "Zaruret sınırının aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda gözönünde tutmak lazımdır" hükmüyle bu fikri desteklemektedir<sup>52</sup>. Ancak, görevi icabı tehlike ile iç içe olan bir kolluk görevlisinin saldırı karşısında dehşete düşerek sınırı aşması kabul edilemez. Sınırın taksirle aşılması<sup>53</sup>, yani failin sınırı aşmış olması dolayısıyla kusurlu sayılabildiği halde söz konusu olur ve cezada TCK md. 50 uyarınca indirim yapılır. Yani fiil suç sayılmakta, ama daha az ceza verilmektedir<sup>54</sup>.

Sanık hukuka uygunluk sebebinin sınırını aştığını biliyorsa, TCK md. 50'den yararlandırılamaz ve kasten işlenen fiilden sorumlu olur<sup>55</sup>.

52 (Y.C.G.K., 3.6.1985, 185/331), Savaş-Mollamahmuto?lu, s. 673.

53 "Anıtkabir nöbetçisi olan sanığın, dur ihtarına uymayan maktüle, yaralama kastıyla ateş edip, öldürmesi halinde TCK'nun 452/1 ve 50.maddeleri uygulanır" (I.C.D., 13.3.1991, 309/700), Savaş-Mollamahmuto?lu, s. 685.

54 Yenisey, Polis, s. 244; Yargıtay bir kararında "Sanığın bıçakla üzerine gelen mağdura dört defa vurarak nefsinin vuku bulan haksız bir taarruzu filhal def'i zarureti hasıl olduğundan, sanığın bir bıçak darbesi ile vaki haksız tecavüzü bertaraf etme imkanı varken, mütevacive dört bıçak vurmak sureti ile zaruretin tayin ettiği sınırı aştığı anlaşılmalta, TCK 50 uygulanarak ceza verilmesi gerekir" (1. CD., 13.12.1982, YKD, Şubat 1983, s.263) demektedir.

55 Konu ile ilgili bir Askeri Yargıtay Kararı, "Silah kullanma yetkisine sahip olmasına rağmen, bu yetkiyi gereksizce işgüzar bir hareketle ve halin icap ettirmede?i şekilde aşan asker kişi hakkında, hukuka uygunluk sebebinden sınırın aşılmasına ilişkin hüküm uygulanmaz, sınır kasten aşıldığında

## IV. ZOR KULLANMADA SINIRI AŞAN KOLLUK MEMURLARININ YARGILANMASI USULÜ

### A. YARGILAMA USULLERİ

Kollukta yetki, kısaca bir işi ya da hizmeti yapabilme gücü olarak anlaşılır. Yetki, sorumluluğu (görev ve hesap verme anlamlarında) da beraberinde getirir. Yetkisiz görev ve sorumluluk ve görevsiz yetkinin olamayacağı idare hukukunun temel kurallarındandır. Yetkisini aşan kolluk görevlisi de sorumluluktan kurtulamaz

Adli görev yapan kolluk memurlarının kanunla kendilerine verilen görevleri veya emirleri yerine getirmede ihmal veya suistimalde bulunmaları halinde, yargılanmaları genel kural uyarınca (CMUK md. 154) Savcılıkça doğrudan doğruya yapılan ceza koğuşturması üzerine yapılır. Kanun, kolluk amirleri hakkında hakimler bakımından geçerli olan kuralların uygulanacağını açıklamaktadır (CMUK md. 154/4). Kolluk kendisine P.V.S.K. ve diğer kanunlarla verilen yetkisini kullanarak silahlı müdahale yaptığında, görevin suç öncesi önleme veya suç sonrası adli görev -olmasına bakılarak kanunda farklı bir düzenleme öngörülmemiştir.

Önleyici, düzenleyici veya caydırıcı kolluk hizmetlerine dair görevlerin ifası sırasında (idari görev) silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında cezai sorumluluğun tespiti amacıyla, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'a göre işlem yapılır (P.V.S.K. Ek md. 9/1A).

Diğer taraftan, Asayişe Müessir Fillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 3.maddesi, adı geçen kanun hükümleri dairesinde silah kullanan polis veya jandarma hakkında hazırlık soruşturmasının savcı tarafından bizzat yapılacağını, dava açıldığında da sanık polisin duruşmadan vareste tutulacağını ve hakkında açığa alma, işten el çektirmenin uygulanmayacağını açıklamaktadır.

Adli kolluk vazifesi gören kolluk memurları hakkında bu vazifeden doğan suçlardan dolayı önceden de belirtildiği üzere re'sen takibat yapılır. Bu hüküm adli kolluğa yardım suretiyle görev yapan kolluk memurları hakkında geçerlidir. Adliyeye ilişkin görevini ifa ederken silah kullanmak zorunda kalan polis hakkındaki hazırlık soruşturması ise bizzat Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılır (P.V.S.K. Ek md. 9/1B).

Terörle Mücadele Kanununun 15/3 maddesinde terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer kamu görevlilerinin bu görevlerinin ifasından doğan suçlarında Memurin Muhakematı Kanunu hükümleri uygulanır hükmü yer almaktaydı. Anayasa

---

TCK md. 50 tatbik edilemez" (Askeri Yargıtay, 8.1.1971, E.5, K.2) demektedir, Yenisey, Hazırlık, s.244.

Mahkemesi 31.2.1992 tarihli kararı ile (RG 27.1.1993) adli görevden doğan suçlarda Memurin Muhakematı kalkmasını kaldırırken, aynı maddede bulunan tutuk-suz yargılanma ayrıcalığını da iptal etti<sup>56</sup> (TMK, md. 15/1).

Çocuk Mahkemeleri Kanunu ile kendilerine verilen görevleri yapmayan kolluk memurları hakkında yürütülmesi gereken soruşturmayı Savcı, doğrudan doğruya kendisi başlatır ve yürütür. Memurin Muhakematı Kanunu uygulanmaz (ÇMK, md. 22). 1918 Sayılı Kanunun ekk 5.maddesi bu kanunun 11.maddesine göre silah kullanmış olan görevliler hakkında açılan davalarda kurumca müdafî tutulmasını düzenlemiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi Kanunu md. 15'e göre, kolluk amir ve memurları kendilerine verilen emirleri yerine getirmekte aykırılık yaparlarsa, Memurin Muhakematı uygulanmaz, Savcı doğrudan doğruya soruşturma yaparak kamu davası açabilir. Hakimler Savcılar Kanununun düzenlenmesine rağmen yakalama, arama işlemleri yapan kolluk amir ve memurları hakkında savcılık kendiliğinden soruşturma yapabilir ve herhangi bir idareci merciin izni, kararı olmadan kamu davası açabilir (md.88)<sup>57</sup>.

### B. SAVUNMA

Sanık polis hakkında silah kullanmaktan dolayı veya görevini yaparken suç işlediği iddiasıyla dava açıldığı takdirde, duruşmadan vareste tutulabilmesi ve avukatlık ücretinin Emniyet Genel Müdürlüğü bütçesine konulacak bir ödenekten karşılanması öngörülmüştür (P.V.S.K. ek md. 9/2).

Bu maddeye dayanılarak çıkartılan yönetmeliğe göre (RG, 9.4.1986) önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adli görev ve hizmetlerin ifası sırasında veya bu görevinden dolayı sanık durumuna düşen polisin vekalet verdiği avukatın ücreti Emniyet Genel Müdürlüğü bütçesinden ödenebilir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre şartlar şunlardır:

- a) Polisin önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adliye ile ilgili görev ve hizmetlerin ifası sırasında veya bu görevlerinden dolayı sanık olması.
- b) Kamu davası açılmış olması,
- c) Polisin bir avukata vekaletname vermiş olması,

<sup>56</sup> Yenisey, Feridun, "Suçun Önlenmesinde Polis ve Halkla İlişkilerin Rolü", Polis ve Halkla İlişkiler Sempozyumu Tebliğler Dergisi, Ankara 1996, s. 152.

<sup>57</sup> Kolluk amirleri hakkında uygulanan hükümler farklıdır: İhbar üzerine ruhsatsız silah ele geçirmek üzere yapılan arama ve soruşturma, jandarmanın adli görevlerine taalluk eder (2803 Sayılı Kanun, md. 7/B). "İlçe jandarma bölük komutanı olan sanığın CMUK md.154/4 delaleti ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu hükümleri uyarınca yargılanması ve merciinden izin alınması gerekir", 8.CD, 8.6.1987; Yenisey, Hazırlık, s.253.

d) Suçun (devletin şahsiyetine karşı cürüm, kaçakçılık, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmet, hırsızlık, dolandırıcılık, ihalelere fesat karıştırma) gibi yüzkıztarıcı ve takibi şikayete bağlı olmaması da şarttır<sup>58</sup>.

Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı aleyhlerine açılan davalarda en çok üç avukat bulundurulur ve bunlara avukatlık ücreti tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşlar bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır (TMK, md.15/2).

## SONUÇ

İdeal bir dünyada; herkesin barışçı ve hoşgörülü olduğu ortamda zabıtaya ihtiyaç olmayacağı açıktır. Böyle bir ortamda, her birey herkesin hak ve hürriyetine saygı göstererek adaletin sağlanmasına yardımcı olacaktır. Böyle bir toplumda, hiç bir sebep, hiç kimseye kaba kuvvet ile kamu düzenini bozma hakkını veremeyecektir.

Ancak Genel Kamu Hukuku tarihine bakılınca; insanların adalet ve güvenliklerinin sağlanması maksadı ile oluşturdukları devlet içinde, insan ilişkileri içinde ve insanların topluma duydukları güven bakımından bu idealizmin devam etmediği, toplumlarda her zaman kamu düzenini bozan davranışların olduğu görülmektedir.

Kolluğun zorlamaya ilişkin yetkilerinden olan zor kullanma yetkisi, polis tedbirlerinin hemen hemen hepsinin içerisinde var olduğu için, bu yetkinin mutlak surette daha bir titizlikle kullanılması ve sınırlarının aşılmaması zaruridir. Aksi takdirde, vatandaş ile devleti temsil eden kolluk teşkilatları arasındaki ilişki gerginleşecek ve halkın, zorbalığa varan davranışlar içerisindeki kolluk görevlilerine güveni kalmadığı gibi, bu teşkilatlar antipatik hale geleceklerdir. Bunun önlenmesinde eğitimin, bilinçli olmanın ve vatandaşların haklarını, kamu görevlilerinin ise yetkilerinin sınırlarını çok iyi bilmelerinin önemi büyüktür.

Modern anlayışa göre, başarı için uzun vadeli güvenlik politikalarının halkın da dolaylı veya doğrudan rızası alınarak, yani halkın beklentilerine cevap verebilecek şekilde, uzlaşmaya dayalı bir şekilde belirlenmesi gerekir ve ancak bu şekilde kolluk politika ve uygulamaları meşruiyet kazanabilir.

Kolluğun başarısı için sadece sağlıklı ve meşru politikaları olması da yetmez. Çünkü ne kadar detaylı politikalar belirlenirse belirlensin veya kanuni düzenlemeler yapılırsa yapılsın, uygulamada kolluğun takdir yetkisini kullanması gerektiği durumlar olur. Kolluğun takdir yetkisini doğru bir şekilde kullanabilmesi ve buna dayalı olarak olaylar karşısında doğru ve yerinde karar verebilmesi,

büyük ölçüde bilgi ve kişisel anlayışa dayanır. Bu nedenle sağlıklı ve meşru bir şekilde günlük veya anlık kararlar verebilmesi için kolluğun otorite, uzlaşma (konsensus), baskı (aşırı zor kullanma), kanunilik gibi teorik kavramları ve bunların kolluk taktik ve tekniklerine nasıl uygulanabileceğini iyi bilmesi gerekir. Bu bilgi kolluğun halk tarafından onaylanmayacak uygulamalarda bulunmaktan uzak durmasını sağlar. Böyle olunca da kolluk ile halk arasında bir uzlaşma (konsensus) sağlanmış olur. Kolluk, zor kullanmak mecburiyetinde kalmaz veya kullansa bile kanuni ve en önemlisi de meşru çerçevede kalarak otoritesini kullanmış olur<sup>59</sup>.

Bu cümleden olarak, hukuk düzenimizde zor kullanma görev ve yetkisi; günümüz ihtiyaçları göz önünde tutularak yeniden düzenlenmelidir. Dolayısıyla PVSK, JTGYK ve benzeri kanunlar tekrar gözden geçirilmeli; kitlesel şiddet hareketlerinin, örgütlü suçluluk ve terörün yoğunluk kazandığı günümüzde, kolluğun özellikle silah kullanma görevi ve yetkisi tekrar düzenlenmeli, kolluğun bu çeşit artan suçluluk karşısında etkinliği artırılırken, zor ve silah kullanmanın esasları daha ayrıntılı olarak yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilmelidir. Bu tip yetkiler kullanılırken, yapılacak düzenlemeler çerçevesinde kalınmalı, yani suç işlenmemelidir. Çünkü bir ülkede; hiç kimse, hangi sıfat ve düşünce ile olursa olsun, suç işleme erkine sahip değildir. Demokratik, laik ve sosyal hukuk devletin en temel özelliği belki de budur.

---

59 Aydın, s. 190.

2

# KARAR İNCELEMELERİ





**KIDEM TAZMİNATI HESAPLAMASINDA  
ÖLEN İŞÇİNİN DEĞİŞİK KAMU KURULUŞLARINDA  
GEÇEN HİZMETLERİ BİRLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?  
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**

Yrd. Doç. Dr. M. Fatih UŞAN\*

*Özü: İşçinin ölümü, ölüm aylığına ve toptan ödemeye hak kazandıran bir durumdur. Ölen kişinin toptan ödemeye ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olması halinde toptan ödeme ve yaşlılık aylığı alması için hizmet akdini fiilen sona erdirmesi imkansızdır. Ölen işçinin mirasçılara kamu kurumlarında geçen toplam hizmetleri üzerinden son kamu kuruluşu işvereni tarafından kıdem tazminatı ödenmelidir.*

**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.

**YARGITAY KARARI**

Davacıların murisi işçinin ölümü nedeniyle mirasçılara kıdem tazminatı ödendiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur. Ancak davacılar, murislerinin daha önce başka bir kamu kurumunda geçen hizmetinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmadığından sözederek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuşlardır.

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasında; bağlı buldukları kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik ve malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla aktin feshi ve ölüm sebebiyle hizmet akdinin sona ermesi kıdem tazminatına hak kazanma hali olarak düzenlenmiş, üçüncü fıkrasında ise “yukarıda anılan fıkranın hükmünden faydalanılabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz” kuralına yer verilmiştir.

---

S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İşçinin ölümü, ölüm aylığına ve toptan ödemeye hak kazandıran bir durumdur. Somut olayda davacıların murisi ölüm tarihinde toptan ödemeye ve yaşlılık aylığına hak kazanmış durumdadır. Ölen kişinin toptan ödeme veya yaşlılık aylığı almak için hizmet akdini sona erdirmesi de fiilen imkansızdır. Açıklanan nedenlerle; ölen işçinin mirasçılara kamu kurumlarında geçen toplam hizmetleri üzerinden son kamu kurumu işvereni tarafından kıdem tazminatı ödenmelidir. Mahkemece mirasçıların açtığı bu davada fark kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Dairemizin daha önceki bazı kararlarında aksi görüşe yer verilmişse de konunun tekrar değerlendirilmesi sonucu yerel mahkeme kararının 1475 sayılı İş Kanununun anılan kurallarına uygun bulunduğu düşünülerek bozma nedeni yapılmamıştır.

Ne var ki; önce açılan kısmi davada faiz isteğinin saklı tutulduğu, sonradan açılan ek davada da bu miktar için faiz istenmediği halde kısmen davaya konu olan miktar için faize karar verilmesi ve yine ek dava ile talep edilen miktara reesknottan faizi yürütülmesi istendiği halde en yüksek banka mevduat faizine hükmedilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesinde yazılı istekle bağluluk kuralına aykırıdır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş ek davaya konu miktar yönünden reesknottan faizini geçmemek üzere en yüksek banka mevduat faizine karar vermektir ibarettir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 1.3.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yarg. 9.HD., E.1999/10876, K.2000/2415, Tühis, C.16, S.2, Mayıs 2000, s.70-71 de yayınlanmıştır.

### **KARARIN İNCELENMESİ**

I. Karara konu olay bir kamu kuruluşunda çalışmakta olan işçinin ölümü halinde mirasçılarının alacakları kıdem tazminatının miktarı ile ilgilidir. Somut olayda, işçi iki değişik kamu kuruluşunda çalışmış, son kamu kuruluşunda çalışırken ölmüştür. İşçinin mirasçıları, kıdem tazminatı hesaplanırken murisin yalnızca son kamu kuruluşundaki çalışmasının dikkate alınmasının doğru olmadığı daha önce bir başka kamu kuruluşunda çalışmasından ötürü burada geçen sürelerin de eklenerek kıdem tazminatının toplanmasını, bu nedenle fark kıdem tazminatının ödenmesini talep etmişlerdir.

Yerel mahkeme bu isteği kısmen kabul etmiştir. **Yargıtay** ise, geçmiş uygulamasından dönerek, işçinin değişik kamu kuruluşlarında geçen çalışmalarının birleştirilmesi açısından ölüm durumunda murisin buna talep etme imkanının bulunmamasından hareketle, ölüm aylığı ve toptan ödeme alma hakkının varolduğu durumlarda İş K.m.14/4 gereği tüm kamu kuruluşlarında geçen sürelerin birleştirilebileceği görüşündedir.

Ayrıca kararda mahkemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde talep edilemeyen bir hususla ilgili karar veremeyeceği nedeniyle faizle ilgili yerel mahkemenin kararı bu açıdan bozulmuştur. Söz konusu durum, Kanun hükmünün uygulanması olduğundan isabetli olan bu çözüm tarzına ilişkin incelememizde ayrı bir değerlendirmede bulunulmayacaktır.

II. İş K.m.14 kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeleri öngörmektedir. Burada işçinin kıdem süresi hesaplanırken kanunkoyucu iki imkan tanımıştır. Bunlardan birincisi işçinin aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerinde çalışması durumunda çalıştığı sürelerin tamamının dikkate alınacağına ilişkin kural, diğeri ise değişik kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan çalışmaların da birleştirileceğine ilişkin kuraldır. İnceleme yaptığımız karar kamu kuruluşları ile ilgili olduğundan aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerindeki çalışmaların üzerinde durulmayacaktır.

Gerçekten, İş K.m.14'e göre, "Bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin;

1. İşveren tarafından bu kanunun 17'inci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. İşçi tarafından bu kanunun 16'ncı maddesi uyarınca,
3. Muvazaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük, aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla,
5. 506 sayılı Kanununun 60'ncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında diğer şartları veya aynı Kanununun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulma hallerinde ...." işyerinde asgari bir yıl çalışmış olan işçi kıdem tazminatı alabilir.

İş K.m.14/4 ve 5'e göre de, "T.C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle, Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir .

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin daha evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz". Kamu kuruluşlarını neler olduğu da, İş K.m.14/6'da belirtilmiştir: "Bu

*maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar".*

Buna göre, bir kimsenin değişik kamu kuruluşlarında çalışması durumunda sözkonusu sürelerin bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için, kişinin yaşlılık malullük ya da toptan ödemeye hak kazanması, daha önceki çalışmalarının kıdem tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona ermesi ve son kamu kuruluşundaki çalışmanın Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olarak geçmesi gerektirir<sup>1</sup>. Bu arada çalışmalardan bir kısmının memur statüsünde olması durumunda, memurlukta geçen sürenin kıdem tazminatı açısından dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte<sup>2</sup>, **Yargıtay** başlangıçta bir dönem çalışmanın memurlukta geçmesi halinde bu sürelerin kıdem tazminatı açısından dikkate alınmaması gerektiği görüşünde iken, daha sonra bu görüşünden dönmüş ve memurlukta geçen süreleri de dikkate almıştır<sup>3</sup>. Konu kararda bu problem bulunmadığından inceleme yapılmamıştır.

III. Değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerin birleştirilmesinde kişinin yaşlılık, malullük ya da toptan ödeme almak amacıyla hizmet sözleşmesini kendisinin mi feshetmesi gerektiği, yoksa işçinin bu şartları taşıması durumunda işveren tarafından yapılan fesihlerin de aynı sonucu doğuracağı, hatta kişinin ölümlü halinde işçinin fesih beyanında bulunması mümkün olmadığından mirasçılardan bu haktan yararlanabileceği yolunda öğretide tartışmalar mevcuttur. Ancak hemen şunu belirtmekte fayda var ki, öğretideki hakim kanaat işçinin bu haklardan yararlanabilmesi için bizzat kendisinin hizmet sözleşmesini yaşlılık, malullük ya da toptan ödeme almak amacıyla feshetmesi gerektiğidir<sup>4</sup>. Hatta bu

1 Kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatında bir bütün olarak dikkate alınabilmesi konusunda geniş bilgi için bkz. **ARICI**, Kadir, Yargıtay Kararları Işığında Son Kamu Kurumunun Kıdem Tazminatına Esas Hizmetleri Birleştirme Yükümlülüğü, Çimento İşveren, C.9, S.4, Temmuz 1995, s.3 vd.; **CUHRUK**, Mahmut, Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, Birleştirilen Süreler Üzerinden Kıdem Tazminatı Hesaplanması, AD., S.5-6, 1978, s.378 vd.

2 Bu konuda bkz.. **EKONOMİ**, Münir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.1, 3.B., İstanbul 1984, s.251; **ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 14.B., İstanbul 1998, s.229-230; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/CENTELE, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s.215.

3 **Yargıtay** kararları için bkz. **ÇELİK**, s.230 dn.78-79. Ayrıca bkz. **TUNÇOMAĞ/CENTELE**, s.215; **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 1993, s.96.

4 **EKONOMİ**, s.251; **ÇELİK**, s.229; **TUNÇOMAĞ/CENTELE**, s.215; **ARICI**, s.3 vd.; **USTA**, Osman, İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları, Ankara 1998, s.419; **ÇETİNELLİ**, Seyfettin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.130-131; **GÜZEL**, Ali, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.103-104; **SÜMER**, Uygulamalar, s.95; **SÜMER**, Haluk Hadi, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.141.

amaçla fesih de yetişmez, İş K.m.14/3'e göre "İşçilerin birinci bendin 4'üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz"<sup>5</sup>.

**EKONOMİ**'ye göre, "... Eğer 14.maddenin dördüncü fıkrası çok dikkatli okunur ise orada sadece işçi tarafından fesihlerin sözkonusu olabileceği, işveren tarafından fesih halinde bu hükmün uygulanamayacağı sonucuna varılır diye düşünüyorum. Çünkü değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi suretiyle malullük veya yaşlılık aylığı almaya veya toptan ödemeye hak kazanmak demek işçinin iradesini kullanarak bu yolda aylık bağlanmasını talep edeceği anlamını taşır. Ben aylığa hak kazanmışım, işveren bunu bilmeyebilir, öğrenmek için bir çaba göstermesinin de söz konusu olmaması lazım. Kaldı ki, işveren hizmet akdini fesheder, işçi kendisini çok dinç hisseder gidip başka yerde çalışmaya başlayabilir. İlle aylık bağlanacak diye bir kural olmaması lazımdır"<sup>6</sup>.

Öğretide bir kısım yazarlar ise, değişik kamu kuruluşlarında yapılan çalışmaların birleştirilmesinde işçinin sözleşmeyi feshetmesinin gerekmediği, işçinin yaşlılık, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanması durumunda ortaya çıkan fesih hallerinin de birleştirmeye imkan vereceği görüşündedirler.

**OĞUZMAN**'a göre, "... hükümdeki şartı gerçekleştirmiş olan işçinin hizmet akdi ister işçi tarafından feshedilsin ister işveren tarafından feshedilsin işçinin bu haktan yararlanmaması için ben bir sebep görmüyorum. İşçi eğer kendisi, ben yaşlılık aylığı almak için ayrılıyorum, derse, süreler birleştirilecek, işveren ondan bir hafta evvel davranır da kendisi çıkarırsa, bu ödenmeyecek. Bana bu fevkalade gayrı adil gözüküyor, gayrı adil sonucu savunmak için de bir sebep yok. Kanun bu fıkrada illaki işçi kendisi feshettiği zaman ödenecek diye bir kısıtlama da getirmiş değil. Ne diye işçinin hakkını engelleyecek bir yorumu tercih edelim"<sup>7</sup>.

**TUNCAY**'a göre, "... işçinin fesih hakkını kullanmazdan evvel son kamu işverenince feshedilmesi halinde böyle bir birleştirmeye gidilememesi sadece son

5 Yarg.9.HD., 9.12.1986 t., E.1986/9046, K.1986/11098, YKD., C.13, S.8, Ağustos 1987, s.1182.

6 **EKONOMİ**, Münir, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, s.72.

7 **OĞUZMAN**, Kemal, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s.89. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN**, Kemal, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.133.

çalışılan kamu işyerinde geçen hizmet süresi için kıdem tazminatı ödenmesi herhalde yasakoyucunun öngördüğü ya da düşünülmüş olduğu bir sonuç değildir. Yasakoyucunun böyle gayrı adil bir düzenleme yapmış olabileceğini sanmıyorum.

Zira her iki halde de işçi yaşlılık aylığına hak kazanmıştır. Ama birinde işçi hizmet akdini kendi feshettiği için kıdem tazminatı tüm hizmet süreleri (bu arada askerlik süresi de) birleştirilerek ödenecek, diğerinde işveren (belki de işçi hizmet akdini feshetmeye vakit bulamadan) feshettiği için önceki kamu işverenleri nezdinde geçen süreler hesaba katılmayacaktır<sup>8</sup>.

**AKYİĞİT**'e göre, "... hizmet akdinin mutlaka işçi tarafından SSK.'dan yaşlılık/malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesini arayan anlayış değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin nasıl birleştirileceğini öngören İşK.14/IV vd. hükümlerine uygun bir yorum tarzı değildir... Gerçekten ... İşK.14/1-4 ile İşK.14/IV vd. hükümleri birbirinden farklıdır. Zira, İşK.14/IV'de kamu kuruluşlarındaki hizmetlerin birleştirilebilmesi için yasakoyucu akdin feshinden, hele hele bunun SSK.dan yaşlılık/malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla işçi tarafından yapılması gerektiğinden söz etmemektedir... önemli olan akdin son bulunduğu tarihte değişik kamu kuruluşlarında geçen sigortalı hizmetlerin birleştirilmesi sonucu işçinin SSK'dan yaşlılık/malullük aylığına ya da toptan ödeme almaya hak kazanması koşullarını taşıyor olmasıdır. Yoksa hizmet akdinin de bu amaçla feshi zorunlu değildir. Bize göre, Hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermesi aranmalı ve fakat bunun mutlaka işçi tarafından emeklilik/malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla gerçekleşmesi bir koşul olarak görülmemelidir. Hizmet akdi işverence İşK.17/II dışında bir sebeple haklı nedenle derhal yahut öncelli fesih veya peşin parayla fesih yollarından biriyle sona erdirildiğinde yahut işçi tarafından herhangi bir haklı nedenle feshinde hatta işçinin ölümü durumunda bile hizmetlerin birleştirilerek toplam süre üzerinden işçiye (veya mirasçılara) kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği düşüncesindedir"<sup>9</sup>.

8 TUNCAY, Can, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, s.57.

9 AKYİĞİT, Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s.601-602. ÇANKAYA'ya göre de, bu şekildeki yorum tarzı (m.14/4'un önceki bendlerle irtibatlandırılmaması), işçi lehine yorum ilkesine, yasanın amacına, maddenin lafzına ve ruhuna daha uygun düşmektedir. Bkz. ÇANKAYA, Osman Güven, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.120-121. Aynı görüşte, KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, s.127. KUTAL'ın önceki görüşü için bkz. KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s.69.

**Yargıtay**'ın konuya ilişkin uygulamasına gelince, **Yargıtay** bugüne kadar yerleşik bir biçimde kamu kuruluşlarında geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında bir bütün halinde değerlendirilebilmesi için, sözleşmenin mutlaka işçi tarafından feshedilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür<sup>10</sup>. Ayrıca yapılan feshin, yaşlılık, malullük veya toptan ödeme almak amacıyla yapılması da gereklidir. Gerçekten **Yargıtay**'a göre, "... 14. maddenin bu hükümleri birlikte gözönünde tutulduğu takdirde (m.14/1 ve 4) değişik kamu kuruluşlarında ve bu arada askerlikte geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi, kıdem tazminatının ödeneceği tüm haller hakkında değil, işçinin sadece yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla hizmet akdini feshetmesi halinde söz konusu olabilecektir. Şayet hizmet akdi 1. Maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen şekilde feshedilmemiş ise, borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında nazara alınması olanağı yoktur. **Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulu**'nun uygulaması da bu doğrultudadır. (9.H.D.26.10.1993, 1993/4550-15278; HGK.14.2.1990, 1989/9-683-71 sayılı kararları)"<sup>11</sup>.

10

"... 14.maddenin bu hükümleri birlikte gözönünde tutulduğu takdirde, değişik kamu kuruluşlarında ve bu arada askerlikte geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi, kıdem tazminatının ödeneceği tüm haller hakkında değil, işçinin sadece yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla hizmet akdini feshetmesi halinde söz konusu olabilecektir", **Yarg.HGK.**, 25.1.1995 t., E.1994/9-751, K.1995/5, **AKYİĞİT**, s.611-612; "1475 sayılı İş Kanunu 14/4. Maddesi uyarınca işçinin değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi ancak son kamu kuruluşunda çalışırken emeklilik nedeni ile işten ayrılması halinde mümkündür...", **Yarg. 9.HD.**, 26.9.1994 t., E.1994/7735, K.1994/12603, Çimento İşveren, C.8, S.6, Kasım 1994, s.32; **Yarg.9.HD.**, 12.7.1994 t., E.1994/2774, K.1994/11001, **AKYİĞİT**, s.612; "... Ancak işçinin bu fıkra hükmünden faydalanabilmek için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi, aynı yasa hükmünün 3. Fıkrası hükmü gereğidir...", **Yarg.9.HD.**, 6.10.1989 t., E.1989/7786, K.1989/7642, 5.11.1989 t. ve 20333 S.İ RG.; **Yarg.14.2.1990 t.**, E.1989/9-693, K.1990/71, kararın değerlendirilmesi için **NAR-MALIOĞLU**, Ünal, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından **Yargıtayın** 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi** 1990, İstanbul 1992, s.70; **Yarg.9.HD.**, 9.12.1986 t., E.1986/9046, K.1986/11098, **AKYİĞİT**, s.606; **Yarg.9.HD.**, 19.10.1987 t., E.1987/8425, K.1987/19372, Çimento İşveren, C.2, S.1, Ocak 1988, s.33; **Yarg.9.HD.**, 29.2.1988 t., E.1988/1679, K.1988/2223, İşveren, C.XXVI, S.8, Mayıs 1988, s.17; benzer kararlar için bkz. **USTA**, s.421; **AKYİĞİT**, s.605 vd.

11

**Yarg.HGK.**, 25.1.1994 t., E.1993/9-663, K.1993/15, (karşı oy vardır) Kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. **TUNCAY**, A. Can, Çimento İşveren, C.9, S.1, Ocak 1995, s.37 vd. Ayrıca bkz. **TUNCAY**, Değerlendirme 1994, s.56-57. Aynı şekilde, **Yarg.HGK.**, 9.3.1994 t., E.1994/9-5, K.1994/144, Tekstil İşveren, S.187, Mayıs 1995. Yukarıdaki kararda olduğu gibi, bu karar da da karşı oy yazısı vardır. Karşı oy yazısında özellikle O. Güven **ÇANKAYA**. **Yargıtay**'ın ulaştığı çözümü şu gerekçelerle katılmamaktadır: Bir kere m.14/1 ile 4 arasında paralellik kurmak doğru değildir. Birinci fıkrada özel sektör kamu sektörü ayrımı da yapılmamaktadır. Ayrıca bu şekilde bir paralellik kurmak işçinin aleyhine bir sonuç doğurur. İş K.m.14/4'te belirtilen husus, kişinin yaşlılık, malullük veya toptan ödemeye hak kazanmasıdır, yoksa maddede fesihten bahsedilmemekte, **HAK KAZANAN İŞÇİ** ifadesine yer verilmektedir. Yine, bu şekildeki hareket tarzı kötünietli işverenlere prim verir nitelikte olacaktır.



## Karar İncelemesi: Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Benzer şekilde **Yargıtay**, kişinin ölümü halinde mirasçılarının kamu kuruluşlarında çalışılan tüm süre üzerinden kıdem tazminatı almalarının da mümkün olmadığı görüşünü sürdürmüştür. Söz konusu karara karşı oy yazan **ÇANKAYA**'ya göre, "... anılan maddede çoğunluğun kabul ettiği gibi belirtilen nedenlerle işçinin hizmet akdini fesih etmesinden söz edilmemiş(*tir*)... Davacıların murisinin ölüm tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanmış durumda olduğu anlaşıldığına göre ve artık yaşlılık aylığı talep etmek için akti feshetmesi de fiilen mümkün olmadığından, varisi olan davacılar kıdem tazminatı ödenirken hizmet birleştirilmesine gidilmemesi yasanın amacına, lafzına ve ruhuna uygun düşmediği gibi adil de değildir"<sup>12</sup>.

Buna karşılık inceleme yaptığımız kararında **Yargıtay** bu görüşünden dönmüştür. **Yargıtay**, İşçinin yaşlılık, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmasına karşın, bu haklarını kullanmadan ölmesi durumunda mirasçıların talebi ile değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabileceğini kabul etmiştir.

Bu şekilde **Yargıtay**, daha önceki karşı oy yazılarında belirtilen görüşler doğrultusunda farklı çözüme ulaşmıştır. Nitekim, bu husus karar metninde de açık bir biçimde belirtilmiştir.

Kararda, işçinin ölümünün ölüm aylığına ve toptan ödemeye hak kazandığı bir durum olduğu ifade edilmiştir. Somut olayda işçinin değişik kamu kuruluşlarındaki çalışmalarının toplanması suretiyle yaşlılık aylığı almaya veya toptan ödemeye hak kazandığı vurgulanmış, yine İş K.m.14/3'te kişinin ölümü durumunda Sosyal Sigortalar Kurumuna aylık almak için başvurma şartının aranmadığına da işaret edilmiştir. Ayrıca aylık alma şartlarını taşıyan işçinin ölmesi halinde fiilen Kuruma başvurma imkanı da kalmadığından tüm süre üzerinden son kamu kurumu tarafından kıdem tazminatının ödemesi gerektiği belirtilmiştir.

---

**Yarg.9.HD.**, 24.6.1993 t., E.1993/9693, K.1993/11043, **AKYİĞİT**, s.622-623. Yine **ÇANKAYA** 9.3.1994 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına (bkz.dn.11) yazmış olduğu karşı oy yazısında: "Çoğunluk görüşü, erken davranıp hizmet akdini önelsiz (derhal) fesheden kötünüyetli işverene prim verir nitelikte olup birçok sakıncaları da birlikte getirmektedir. Örneğin toptan ödemeye, yaşlılık veya malullük aylığına hak kazandığı halde iş kazası ve sair suretle ölen işçinin mirasçıları, murislerinin kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerinin birleştirilmesi imkanından ılelebet yoksun kalacaklardır. Öyle haller olabilecek ki, hiç kıdem tazminatı alamayacaklardır. Mesela 1960-1975 tarihleri arasında Karayolları Genel Müdürlüğü'nde çalışan 1975-1977 tarihleri arasında Karayolları Genel Müdürlüğü'nde çalışan 1975-1977 tarihleri arasında askerlik yapıp hizmet süresini borçlanan 01.01.1990 tarihinde T.E.K.da çalışmaya başlayan 11.11.1990 tarihinde çalışırken ölen işçinin mirasçıları murislerinin son çalışma yerindeki çalışması 1 yılı doldurmadığından önceki Karayolları'ndan çalışma süresi ile ilgili istekleri de zamanışımına uğradığından hiç kıdem tazminatı alamayacaktır. Kıdem tazminatının işçinin emeklilik ikramiyesi olduğu düşünüldüğünde bu açık ve işçilik haklarını yok eden büyük paksızlık dahi görüşümüzün kabulüne yeterli olduğu düşünülmüştür", **Tekstil İşveren**, S.187, Mayıs 1995.

İş K.m.14/1 gereğince, işçinin ölümü onun mirasçılarında kıdem tazminatı alma hakkını veren bir durumdur. Bunun yanı sıra, mirasçıların değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilerek tüm sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmasının adalet ve hakkaniyet duygularının bir sonucu olduğu da doğrudur<sup>13</sup>. Ancak mevcut yasal düzenleme böyle bir yorum tarzına müsaade eder nitelikte değildir.

Bir kere, İş K.m.14/4, kişinin değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerinin bir bütün olarak dikkate alınabilmesi için hizmet sözleşmesinin yaşlılık, malullük veya toptan ödeme almak üzere feshini şart koşmuştur. Madde metninde "hak kazanan işçi"den bahsediliyorsa da, bize göre burada işçinin bizzat sözleşmeyi feshi öngörülmüştür. Zira, İş K.m.14/4'ü birinci fıkraya ile birlikte değerlendirmek gerekir. Kaldı ki, İş K.m.14'ün mutlak emredici nitelikte bir kural olması da sözleşmelerle işçi lehine de olsa bir düzenlemenin getirilememesi sonucunu doğurur. Nitekim Yargıtay, eski tarihli bir kararında hizmet sözleşmesi ile İş K.m.14/4'ün genişletilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır<sup>14</sup>.

Ayrıca, burada işverenin sözleşmeyi feshetmesi durumundan farklı bir sonuç da vardır. Çünkü hizmet sözleşmesi ölüm olayına bağlı olarak sona ermektedir. Mirasçılar da, buna dayalı olarak kıdem tazminatı talep etmektedirler. Ancak mirasçılar Sosyal Sigortalar Kanunu çerçevesinde ölüm sigortası yardımlarından

GÜZEL'e göre, "... hizmet sözleşmesinin işçi ya da işveren tarafından feshi halinde, eğer işçi yaşlılık almaya hak kazanabiliyorsa hizmet birleştirilmesi yoluna gitmekle, hem hakkaniyete uygun hareket edilmiş, hem de işverenlerin kötüniyetli davranışları korunmamış olacaktır. Ancak mevcut hukuki düzenleme karşısında bu sonucu kabul etmek olanaklı görülmemektedir. Herşeyden önce, İş K.m.14/IV uyarınca değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenebilmesi, hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle işçinin Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık ve malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması koşuluna bağlıdır. Anılan kanun hükümlerine göre ise, aylık bağlamanın ön koşulu, sigortalının kendisinin kuruma başvurmasıdır. ... işçinin bu hükümden yararlanarak kıdem tazminatına hak kazanabilmesi, hizmet sözleşmesinin İşK.m.13 uyarınca feshetmiş olması koşuluna bağlı olacaktır... Değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesinin ön ve temel koşulu da, hizmet sözleşmesinin bu biçimde sona erdirilmiş olması ve aylığa hak kazanılmış olmasıdır.... Konunun yasakoyucu tarafından ele alınması en sağlıklı çözüm olarak görülmektedir", GÜZEL, s.103-104.

"... Gerçekten ferdi iş sözleşmesinin 8/a maddesinde işçinin emeklilik sebebiyle ayrılması halinde daha önceki işyerinde geçen hizmetinin birleştirilmesi öngörülmüş ondan sonraki gelen 8/b bendinde İş Kanununun 17. Maddesinin II. Bendi dışında fesihlerde de aynı birleştirme kuralının uygulanacağı kabul edilmiş ise de, İş Kanununun 14/4. Maddesinde sadece yaşlılık veya maluliyet aylığı toptan ödemelerdeki ayrılmalarda değişik kamu kuruluşlarında T.C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kanunlarına ve yalnız SSK. Kanununa tabi olarak geçen hizmetlerin birleştirilmesi öngörülmüştür. Yasanın 14. Maddesindeki esaslar içerisinde yer alan hükümün kamu düzeni ile ilgili buyurucu nitelikte olduğu bu esaslara aykırı davranışın aynı Kanunun 98. Maddesinde cezai yaptırıma bağlanması ile açıklığa kavuşturulmuştur. Yasanın buyurucu ve bağlayıcı hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliği B.K.nun temel ve genel hükümleri arasında yer alan bir kuraldır (BK.19.Md). O halde davacı yasaya aykırı hükme dayanarak bir hak iddiasında bulunamaz. Bu sebeple davanın reddi gerekir", Yarg.9.HD., 8.7.1986 t., E.1986/5894, K.1986/7207, AKYİĞİT, s.608.

yararlanma hakkına sahiptirler. Dolayısıyla yaşlılık veya malullük aylığı onlar için geçerli olmaz. Belki ölüm sigortası şartları bulunmadığından toptan ödeme yapılabilir, ancak bu da esas itibariyle ölüm sigortası yardımıdır ve istisnai niteliktedir. İş K.m.14/4'te ise mirasçılarının değil, işçinin kendisinin hizmet sözleşmesini feshine yönelik değişik kamu kuruluşlarındaki çalışmalarının bir bütün olarak değerlendirilmesi sözkonusudur.

IV. Sonuç olarak, belirttiğimiz bu gerekçeler karşısında, mevcut yasal düzenleme, değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerin kıdem tazminatında birleştirilebilmesi için sözleşmenin yaşlılık, malullük ya da toptan ödeme almak amacıyla işçi tarafından feshedilmesi durumuna özgüdür. Her ne kadar olması gereken hukuk, adalet ve hakkaniyet duyguları, işçinin kıdem tazminatına hak kazandıran tüm sona erme hallerinde değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerinin toplanmasını haklı kılmaktaysa da, bu konuda yapılacak yasal bir düzenlemeye kadar, sözkonusu çözüme ulaşamayacağı kanaatindeyim. Bu nedenle ölüm olayına bağlı olarak mirasçılarının kıdem tazminatı almalarında, işçinin Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında yaşlılık, malullük ya da toptan almaya hak kazanmasının kamu işyerlerinde geçen tüm sürenin kıdem tazminatı açısından birlikte değerlendirilmesi gerektiğini öngören ve önceki görüşünden dönen Yargıtay kararımı, isabetli bulmuyorum.

## HİRSİZLİK - BİLGİSAYAR ARACILIĞIYLA HUKUKA AYKIRI YARAR SAĞLAMAK

Dr. Berrin BOZDOĞAN AKBULUT\*

### KARAR

Yargıtay 6. Ceza Dairesi,

Karar tarihi :26.11.1998

Karar no :10848/10939

“Bilişim suçundan sanık Mustafa Ferruh hakkında yapılan duruşma sonunda; mahkumiyetine dair (Konya Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesi) nden verilen 30.12.1997 tarihli hükmün Yargıtay’ca incelenmesi sanık vekili ile O yer C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığında bozma isteyen 6.11.1998 tarihli tebliğname ile 13.11.1998 tarihinde daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

Müştekiye ait kredi kartını ele geçiren sanığın, bu kartı kullanarak 2 gün ara ile ATM’den para çekmekten ibaret eyleminin, kredi kartının alet olarak kullanılmasında, TCK.nun 493/2, 80.maddelerindeki suç oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek aynı yasanın 525/b-2.maddesi ile uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirmiş, C.Savcısının ve sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle istem gibi (BOZULMASINA), 26.11.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi”\*\*\*.

### KARARIN İNCELENMESİ

I-Yukarıdaki Yargıtay kararına konu olan olayda, başkasına ait kredi kartını ele geçiren sanık bu kartı iki gün ara ile ATM’lerde (Bankamatiklerde) kullanmış ve fiiline 525 b/2 maddesi uygulanmıştır. Karar aleyhine Cumhuriyet Savcısı ve sanık vekili kanun yoluna başvurmuşlardır.

II- Konya 4. Asliye Ceza Mahkemesi fiilin 525 b/2 maddesi kapsamına girdiğini tespit etmiş, buna karşın Yargıtay Bankamatığı kilide, kredi kartını da sair alete benzeterak hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmiş ve anılan mahkemenin kararını bu nedenle bozmuştur.

\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi

\*\* Bu karar Yargıtay Kararları Dergisi ,1999, S.2, s.268 de yayınlanmıştır.

III- Kararda çözümlenmesi gereken hukukî sorun, ele geçirilen kredi kartının bankamatiklerde kullanılmasının hırsızlık suçu kapsamında mı yoksa bilgisayar aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak niteliğinde mi kabul edileceğidir. Ancak olaydaki suçun ne olduğunun tam ortaya konulabilmesi için, her şeyden önce kartın alınması ile kartın kullanılması arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Doktrin ve uygulamaya bakıldığında çalınmış kartla bankamatikten para çekilmesini hırsızlık kapsamında değerlendiren görüş (Yargıtay'ın görüşü gibi), kartın alınması ile kartın kullanılması arasında herhangi bir ayırma gitmemekte, fiili kartın alınmasıyla birlikte hırsızlık kapsamında nitelendirmektedir. Oysa kredi kartlarının bankamatiklerde kullanılmasını hırsızlık kapsamında değerlendirmeyen görüş, genel olarak kartın alınması ile kartın kullanılmasını ayırma tabi tutarak sorunu çözmeye çalışmaktadır. Çünkü bu tür olaylarda kartın alınması ile kartın kullanılması olmak üzere birbirinden farklı iki fiil-bulunmaktadır. Biz de karar incelememizi, kartın alınması ve kartın kullanılması olmak üzere iki başlık altında ele alacağız.

#### -Kartın alınması

Bankamatik kartlarının alınması olaylarının hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşlerden birine göre, kredi kartlarının çalınması olaylarında hırsızlık suçu oluşmamaktadır. Bu görüşü savunanlar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik değerinin bulunması gerektiğini, ancak kredi kartlarında bu vasfın görülemeyeceğini belirtmektedirler. Dolayısıyla anılan görüş failin yalnızca bilgisayar dolandırıcılığından (Kanunumuz anlamında bilgisayar aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak suçundan) cezalandırılacağını belirtmektedir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik değeriyle ilgili doktrinde üç teori ileri sürülmektedir: Madde teorisi, malın bizzat malvarlığına dahil edilmesi esassından; değer teorisi, malın ekonomik değere sahip olmasının yeterliliği esassından; belirtilen iki teorinin karmasından oluşan birleşme teorisi ise, madde veya değerden birinin elde edilmesinin suçun oluşmasını sağladığı esassından hareket etmektedir<sup>1</sup>. Hırsızlık suçunun oluşmayacağını savunan görüş taraftarları, bu teorilerin birinden yola çıkarak kredi kartlarının hırsızlık suçuna konu olamayacağını belirtmektedirler<sup>2</sup>. Diğer görüşe göre ise, kartın çalınması olaylarında hırsızlık suçu gerçekleşmektedir. Bu görüşü savunanlar, kredi kartlarının hırsızlık

1 Bkz.Eser,A., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 1997, 25. Auflage, s.1718; Dreher,E./ Tröndle, H. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 1995, 47. Auflage, s.1193,1194; Lackner,K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1995, 21. Auflage, s. 983,984.

2 Dreher/Tröndle, s.1194; Meier, B., Strafbarkeit des Bankautomatenmißbrauchs, JuS 1992, s.1018; Krey,V., Strafrecht Besonderer Teil (Band 2) Vermögensdelikte, Stuttgart/Berlin/Köln, 10. Auflage, kn. 513 e; Erdem, M./Özbek,V., Ceza Hukuku Açısından Bankamatiklerin Kötüye Kullanılması, İzmir Barosu Dergisi 1997, s. 66.

suçuna konu olabileceğini belirtmektedirler. Buna göre bankanın mülkiyetinde olan kartın<sup>3</sup> çalınmasıyla başkasına ait taşınır malın alınması şartı oluşmuştur. Ayrıca fail kartı geri iade etmek için almadığından, zilyedin sahip olduğu hakları kullanmak için ele geçirdiğinden hırsızlık suçunun manevî unsuru da yerine gelmiştir. Ancak failin hangi maddeye göre cezalandırılacağı bu görüş taraftarları bakımından farklı şekillerde çözümlenmektedir. Kredi kartlarının yetkisiz olarak bankamatiklerde kullanılmasını hırsızlık kapsamında değerlendirmeyen görüş, görünüşte içtima ilişkisini uygulayarak failin yalnız bilgisayar dolandırıcılığından cezalandırılacağını ifade etmektedir. Buna karşın olayda bilgisayar dolandırıcılığının veya başka bir suçun gerçekleşmeyeceğini savunanlar, failin hırsızlık kapsamında nitelendirilebileceğini ileri sürmektedirler<sup>4</sup>. Biz bu görüşlerden ilk belirtilene katılmaktayız<sup>5</sup>. Bankamatik kartının tek başına ekonomik değerinin olmaması veya bankadaki paranın ekonomik değerini yansıtmaması, yalnızca bankadaki paraya ulaşmayı sağlayan bir işleve sahip olması, onun mal kapsamı içinde değerlendirilmesini engellemektedir. Çünkü, kredi kartı müşteriye, ödeme yapılması yönünde kredi kurumundan talepte bulunma hakkını vermemektedir. Müşterinin hak talebinde bulunma yetkisi karta sahip olmaktan değil, kartın ilişkili olduğu hesaptan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay kararına konu olan

<sup>3</sup> Ranft, O., Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte, JA 1984, s. 7,8; Wessels, J., Strafrecht Besonderer Teil/2 Straftaten gegen Vermögenswerte, Heidelberg 1997, 20. Auflage, s. 41. Farklı görüş için bkz.: Gropp, W., Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl, JZ 1983, s. 488.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Weber, U., Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmißbrauchs nach Inkrafttreten des 2. WiKG, JZ 1987, s. 216, 217; Bick, computerbetrug nur bei verbotener Eigenmacht, in: Entscheidungen – Strafrecht, NJW 1992, s. 127; BGH, NJW 1988, s. 979; Ranft, O., Der Bankomatenmißbrauch, wistra 1987, s. 80; Schroth, H., Der Diebstahl mittels Codekarte, NJW 1981, s. 729 vd.

<sup>5</sup> Türk Hukukunda kredi kartlarının hırsızlık konusu olup olmayacağıyla ilgili belirleme yapan bulunmamaktadır (Erdem/Özbek, s. 66 ve Akbulut, B., Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi 1999, s. 211 dışında). Ancak genel olarak Türk Doktrininde mal kavramının geniş yorumlandığı söylenebilir: Önder, A., Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994; Dönmezer, S., Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, Onbeşinci Bası, s. 304; Soyaslan, D., Ceza Hukuku Özel hükümler, Ankara 1999, 3. Baskı, s. 190, 203; Şensoy, N., Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul 1956, no. 40 vd. Belirtilenlerin dışında malın ekonomik değerinin suça ve cezalandırmaya etkisini inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlardan İçel'e göre, meydana getirilen zararın veya tehlikenin belirli bir ağırlıkta bulunması suçun gerçekleşip gerçekleşmemesine etki etmektedir. Örneğin hiçbir değeri olmayan basit bir kağıt parçasının çalınması halinde hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Yazar suçun oluşmasını önleyen bu özelliğe suçun niceliği adını vermektedir. Bir suçun tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu oluşu o suçun niteliği özelliğini, gerçekleştirilen zararın veya tehlikenin belirli ağırlıkta olması ise, suçun niceliği özelliğini oluşturmaktadır (İçel, K., Suçların İçtima, İstanbul 1972, s. 26). Özgenç'e göre ise, zararın çok az olması durumunda kanunda belirtilen suç gerçekleşmekte, ancak failin haksızlık muhtevasında önemli derecede azalma olmaktadır. Bu nedenle zararın az olması failin cezalandırılmasına etki etmelidir. Bu etki ya failin cezalandırılmasını önleyecek ya da cezanın belirli bir miktarda indirilmesini sağlayacaktır (Özgenç, İ., Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri, İstanbul 1998, 2. Bası, s. 109, 127, 145).

olayda, failin kredi kartını alması bakımından sorumlu tutulması söz konusu değildir<sup>6</sup>.

### -Kartın kullanılması

Bilişim suçlarıyla ilgili hükümler Ceza Kanunlarına eklenmeden önce, yetkili olmayan kişilerce kredi kartlarının bankamatiklerde kullanılması fiilleri oldukça tartışılan bir konuydu. Bu tür fiillerin hırsızlık niteliğinde mi olduğu, yoksa başka bir fiil kapsamına mı girdiği değişik görüşlerin ileri sürülmesi sonucunu doğurmuştur<sup>7</sup>. Hırsızlık suçu açısından özellikle, bu gibi durumlarda zilyetlik ihlâlinin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmıştır<sup>8</sup>. Bu soruya olumlu yanıt verildiği gibi<sup>9</sup>, olumsuz yanıt yöneltildiği de olmuştur<sup>10</sup>. Ancak bilgisayar dolandırıcılığıyla ilgili hükmün yürürlüğe girmesiyle bu tartışmalar büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Bugün hâkim olan anlayışa göre, yetkili olmayan kişilerce kredi kartlarının kullanılarak bankamatiklerden para çekilmesi fiilleri bilgisayar dolandırıcılığı olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Ancak bazı yazarlar, bilgisayar dolandırıcılığıyla ilgili hükmün manipülasyon niteliğindeki fiiller için uygulanabileceğini ifade etmektedirler<sup>12</sup>.

Kanaatimizce, yetkili olmayan kişilerce bankamatiklerden para çekilmesi fiilleri hırsızlık niteliğinde kabul edilemez. Her şeyden önce paranın bankamatikten rıza hilafına alınmadığını düşünüyoruz. Çünkü para, bankamatik sahibinin, yani kredi kurumunun rızası doğrultusunda bankamatikten alınmaktadır. Kredi kurumunun iradesi, kartın ve şifrenin doğru olması şartıyla parayı çekmek isteyen herkese ödeme yapmaya yöneliktir<sup>13</sup>. Zaten bankamatiklerde de gerçek hak sahibi ile şekli anlamda hak sahibini ayırmaya yarayan teknik donanım da bulunmamaktadır. Dolayısıyla yetkisiz olarak bankamatiklerden para çekilmesi olayları rıza hilafına olmadığından zilyetlik ihlâli söz konusu değildir.

- 6 Yargıtay bazı kararlarında ekonomik değeri olmayan şeylerin çalınması olaylarını hırsızlığa eksiik teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmezer, s. 304-306.
- 7 Bkz.: Cramer, P., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 1997, 25. Auflage, s.1884, 1885.
- 8 Zilyetlik ihlâli için bkz.: Rengier, R., Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte, München 1997, 2. Auflage, s. 16-18.
- 9 Gropp, s.490 vd. ; BayObLG, NJW 1987, s. 663, 665.
- 10 BGH St 38, s.120, 122 vd.; OLG Hamburg, NJW 1987, s.336,337; Krey, kn.514.
- 11 Weber, s. 215-217; Krey, kn. 513, 513a,b,c; Cramer, in: Schönke/Schröder, s. 1885; Dreher/Tröndle, s.1316; Möhrensclager, M., Das neue Computerstrafrecht, wistra 1986, s.133; Lenckner, T./Winkelbauer, W., Computerkriminalität- Möglichkeiten und grenzen des 2. WiKG (II), CR 1986,s. 657; lackner, s.1093; Tiedemann, K., Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, s.869; BGH St 38, s.120 vd.
- 12 Kleb-Braun, JA 86, 258, Ranft wistra 87, 83; Cramer, in: Schönke/Schröder, s.1885.
- 13 Krey, kn.514; BGH St 38, s.122 vd. ; Erdem/Özbek, s.70.

Belirtilen nedenle Yargıtay'ın yukarıdaki kararının doğru olmadığını düşünürüz. Ayrıca Ceza Kanunumuzda bu konuyla ilgili açık düzenleme varken, hırsızlık suçuyla ilgili hükmü yetkili olmayan kişilerce para çekilmesi olaylarına uygulamaya çalışmak doğru değildir. Kanunumuzun 525 b/2 maddesi, bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirilen her tür hukuka aykırı yarar sağlamayı (kendisi veya başkası lehine yarar sağlamak özel kastiyle) suç kapsamına alan bir düzenlemedir. Olayımız açısından bankamatikler bilgisayar kavramına dahil olduğundan, yarar sağlamak unsuru gerçekleşmiş bulunduğu ve failde de özel kastın varlığı söz konusu olduğundan, fiil 525 b/2 maddesi kapsamına girmektedir. Sınırlı şekilde hareketlerin neler olduğunun belirtilmediği, bilgisayar kullanılarak gerçekleştirilen her tür hukuka aykırı yarar sağlamların cezalandırıldığı 525 b/2 maddesi yürürlükteyken<sup>14</sup>, kartın alet olarak kabul edilerek hırsızlık niteliğinde sayılmasının uygun olmadığını düşünürüz. Bu kararın, 525 b/2 maddesi yürürlükte olmasa dahi yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İlk nedenini, yukarıda belirttiğimiz rıza olmadan şartının gerçekleşmemiş olmasıdır. İkinci nedenini ise bankamatiklerin ceza Kanunumuzun 493/2 maddesinde belirtilen kilit kavramına benzetilmiş bulunmasıdır. Bankamatik ile kilidin birbirine benzetilmesi doğru değildir. Çünkü sair alet-kilit ilişkisinde bir işlemi etkilemek mümkün değilken, kredi kartı-bankamatik ilişkisinde veri işlem olayına tesir edilmesi söz konusudur. Aynı bağlamda bir bankamatik, kullanılan kredi kartını ve buna ilişkin şifreyi kontrol ederek ödeme yapan bir sistemken, bir kilit işlevsel açıdan bu niteliği yerine getiremez. Ayrıca alet-kilit ilişkisinde kapalı bir şeyin açılması söz konusu iken, kart-bankamatik ilişkisinde çalışan ve bu özelliği dolayısıyla açık bir sistemin para ödenmesi yönünde harekete geçirilmesi sağlanmaktadır. Yargıtay bankamatik kilit benzeter ve fiile hırsızlıkla ilgili hükmü uygulayarak, TCK.nun 491 ve devamı maddelerinde düzenlenmeyen, yani boşluk bulunan bir konuda kıyas yoluna gitmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Yargıtay'ın ele geçirilen kredi kartıyla bankamatikten para çekilmesi olayına hırsızlıkla ilgili hükmün uygulanması gerektiği görüşüne ve yerel mahkemenin suç vasfında hataya düşerek olaya 525 b/2 maddesini tatbik etmesinin yanlış olduğu kararına katılamamaktayız. Ceza Kanunumuzda bilgisayar aracılığıyla, bu anlamda bankamatik aracılığıyla yarar sağlamaya ilgili hüküm varken ve unsurları oluşmuşken, başka bir hükmün olaya uygulanmaya çalışılması doğru değildir.

<sup>14</sup> Bkz.: Önder, s.509; Akbulut, s. 148 vd.