

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 12

Sayı: 1-2

Yıl : 2004



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (DEKAN)

Editör (Editor)

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ
asavas@selcuk.edu.tr

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) *

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. A. Can TUNCAY (Bahçeşehir Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)	

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-mail: hukukfak@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Danışma Kurulu üyeleri soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER 3

MAKALELER / ÖZEL HUKUK

YARGITAY KARARLARINDAKİ “GÜÇLÜ DELİL” KAVRAMININ
HUKUKİ NİTELİĞİ..... 7

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN

5092 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNA EKLENEN
SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA
YENİDEN YAPILANDIRILMASI KURUMU 25

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN

İŞVERENİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN
DÜZENLEMELERİN NORMUN KORUMA AMACI (HUKUKA AYKIRILIK
BAĞI) BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 51

Dr. İbrahim Aydınlı

İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ VE YAPTIRIMLARI 67

Arş. Gör. Yalçın BOSTANCI

MAKALELER / KAMU HUKUKU

TARİH BOYUNCA TÜRK DEVLETLERİNDE SİYASİ İKTİDARIN
MEŞRULUK TEMELLERİ 89

Yrd. Doç. Dr. Ali Şafak BALI

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DAVANIN TARAFLARINDA
DEĞİŞME..... 143

Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA

THE CONCEPT OF *TA'ZIR* (DISCRETIONARY PUNISHMENT) IN
THEORY AND IN PRACTICE 167

Yrd. Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM

OSMANLI'DA İSLAM DEVLETLER HUKUKUNDAN BATILI
DEVLETLER HUKUKU ANLAYIŞINA: ŞEYBANİ'NİN ES-SİYER'ÜL-
KEBİR'İNDEN OTTOKAR'IN HUKUK-I MİLELİNE 187

Yrd. Doç. Dr. M. Akif KÜTÜKÇÜ

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET LE PRINCIPE DE
PROPORTIONNALITÉ 203

Arş. Gör. A. Ziya ÇALIŞKAN

KARAR İNCELEMESİ

ÜCRET ARTIŞINI YETERSİZ BULUP İŞTEN AYRILAN İŞÇİNİN İŞ
AKDİNİN FESHEDİLMESİ 215

Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU

SEMİNER VE TEBLİĞ METİNLERİ

HUKUKUN BİLİMSELLİĞİ SORUNU 223

Yrd. Doç. Dr. Ali Şafak BALI

Makaleler

Özel Hukuk

YARGITAY KARARLARINDAKİ “GÜÇLÜ DELİL” KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN*

A-GİRİŞ

Medeni usul hukukunda deliller, genellikle kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹. Bu ayırımın yanında, bazı Yargıtay kararlarında, çoğunlukla “güçlü delil” kavramına yer verildiği görülmektedir.

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

¹ Bkz. Kesin deliller ve takdiri deliller konusunda: Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s. 433 vd; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s. 335 vd; Alangoya Y./Yıldırım K./Deren-Yıldırım N., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 341 vd; Yıldırım M. K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 32 vd, s. 207 vd; Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 424 vd (Kuru-El Kitabı); Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 2032 vd (Kuru-Usul C. II); Konuralp H., Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 8 vd (Konuralp-İspat); Konuralp H., Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 24 vd (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı); Önen E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 207 vd; Bilge N./Önen E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 493 vd; Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 s. 44; Ansay S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 251 vd; Erturgut M., Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 175 vd; Kesin delillere kanuni delillerde denilmektedir. Bkz bu konuda: Üstündağ S., Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 1997, s. 623 vd; Berkin N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1981, s. 741 vd.; Postacıoğlu İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 568 vd; Karafakih İ. H., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 165 vd.

Güçlü Delil Kavramı

Yargıtay ve öğretide, güçlü delil kavramı yanında, kuvvetli delil, kuvvetli takdiri delil, önemli delil gibi bazı başka kavramları da görmek mümkündür. Yargıtay kararlarında, daha çok güçlü delil kavramına dayanıldığı için, başlık olarak da bu kavramı tercih ettik. Kavrama, Yargıtay'ın değişik tarihlerde birbirine benzer veya farklı somut olaylarda temyiz ve karar düzeltme üzerine verdiği kararlarında rastlamak mümkündür. Bu konuda yayımlanmış ve yayımlanmamış kararlar bulunmaktadır. Bu kararlarda, değişik adlarla ve fakat çoğunlukla güçlü delil kavramına yer verilmekle birlikte, bunun hukuki niteliği üzerinde durulmamıştır. Öğretide de, bu kavramdan, kuvvetli delil, kuvvetli takdiri delil gibi değişik adlarla bahsedilmiştir. Güçlü delil, yeni bir delil türü müdür? Yoksa, kesin ve takdiri delillerin birine mi dahildir? gibi soruların çözümlenmesi amacıyla bu konuyu incelemeyi uygun gördük.

B-YARGITAY KARARLARI

Güçlü delille ilgili Yargıtay kararlarında, kavram ve bağlayıcılık konusunda farklılıklar görülmektedir:

Bazı kararlarda; davanın tarafları farklı ise, önceki davada verilen karar *takdiri delil*², *kuvvetli takdiri delil*³, sadece *delil* niteliğinde kabul edilmiştir⁴.

Tarafları farklı olan davalarda verilen kararlar, bazı kararlara göre, *bağlayıcı delil* niteliğindedir⁵. Öğretide, Yargıtay'ın bağlayıcı delil ifadesinin, kesin delil anlamında anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁶.

² TTD 3.12.1953, 6554/6786 (Karaok H., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1957, s. 464 no. 65).

³ 8. HD 16.12.1981, 12206/12135 (Sınmaz B./Karataş İ., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1987, s. 428).

⁴ “Bir taşınmazın paydaşı veya paydaşları tarafından açılan veya bunlara karşı açılmış bulunan davada verilen hüküm, o davada taraf olmayan paydaş veya paydaşları bağlamaz. Ancak delil niteliğinde sayılabilir” (HGK 15.3.1972, 968/1-301-179: Ersoy R., Hukuk Usulü Muhakemeleri, Ankara 1976, s. 529). “Olayımızda konu ve hukuki sebep aynı ise de, taraflar değişiktir. O davada davacı taraf durumunu almadığına göre bu hüküm davacıyı bağlamaz. Ancak, bir delil olarak nazara alınması mümkün bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; 1966/478 esas sayılı dava dosyasını ve bu dava sırasında dinlenen tanıkların ifadelerini delil olarak değerlendirip uyumsuzluğu ona göre çözmekten ibarettir” (8. HD 11.3.1985, 1571/2486: Sınmaz B./Karataş İ., s. 426); bkz. Ayrıca: 1. HD 5.7.1952, 9310/3341 (Karaok s. 464 no. 60).

⁵ “Tadilat ve tamirat sebebiyle bir işhanının tahliyesi davasında diğer bir kiracı aleyhine açılmış ve kesin hükümle sonuçlanmış olan davanın kesin hüküm iş bu

Diğer bazı kararlarda ise, her olayın kendi unsurları içinde değerlendirilmesi gerektiği, başka davalara ilişkin kararlarda varılan sonuçların *bağlayıcı nitelikte olmayacağı* savunulmuştur⁷. Yani, Yargıtay bu kararıyla dolaylı olarak, diğer davalarda verilen kararların, görülmekte olan davalarda belki takdiri bir delil olabileceğini belirtmek istemektedir.

Bazı kararlarda, *kuvvetli delil* kavramına yer verilmiştir⁸. Örneğin, yalan tanıklık nedeniyle ihbar ve tutuklama için kuvvetli delil aranmalıdır⁹. Yine, İcra ve İflas Kanunu m. 97/a'daki mülkiyet karinesinin aksi kuvvetli delillerle kanıtlanmalıdır¹⁰. Aynı şekilde, tüketici sorunları hakem heyetinin vereceği kararlar, kuvvetli bir delil oluşturur. Mahkeme, sadece bu delile dayanarak da karar verebilir. Delil aleyhine olan taraf, bu delilin aksini başka bir delil ileri sürerek kanıtlayabilir. Bu konudaki delillerin takdirinde hata yapılmaması gerekir¹¹. Müdahil ile lehine katıldığı taraf arasında açılan ikinci davada (rücu

dava dahi bağlayıcı delil teşkil edecektir” (6. HD 14.6.1971, 2834/2884: Yıldırım s. 225 dn. 394).

⁶ Yıldırım s. 225 dn. 394.

⁷ HGK 18.6.1975, 125/749 (Yıldırım s. 225 dn. 395; YKD 1975/11 s. 8-9; Celal E., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1982 s. 359 no. 1203).

⁸ Fransız Hukukunda ticari davalarda delil serbestisi bulunduğundan bu alanda telekse daha kuvvetli bir delil niteliği tanınırken; bu halin dışında, teleksin medeni usul hukuku açısından yazılı delil başlangıcı olabileceği tereddütlü olarak ileri sürülmektedir (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s. 99).

⁹ “Hakim tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği yönünde kuvvetli delil ve emare elde ederse durumu Cumhuriyet Savcısına ihbar ile tutuklar (HUMK m. 273)” (2. HD 15.11.1996, 10721/11701: YKD 1997/3 s. 359-361; Ulukapı Ö./Akcan R., Kaynakçalı, İçtihatlı ve Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2002, s. 303); bkz. Aynı doğrultudaki bir karar için: 2. HD 12.3.2001, 2269/3659 (YKD 2002/3 s. 361-363); bkz. Ayrıca: Yargıtay’ın kuvvetli delil kavramına yer verdiği diğer kararları için: 9. HD 6.4.1971, 8285/10511 (İKİD 1971/125 s. 303-305); 13. HD 11.6.1996, 5334/5952 (YKD 1996/11 s. 1754-1757).

¹⁰ 15. HD 21.12.1995, 6981/7582 (Uyar T., İcra ve İflas Kanunu, C. II, İzmir 1996, s. 3033). Yargıtay, bazı kararlarda ise, mülkiyet karinesinin aksinin kanıtlanmasında, kuvvetli delil yerine, güçlü delil kavramına yer vermiştir. Bkz. Örneğin: “İK.nun 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi uyarınca mahcuz eşyaların borçlunun elinde iken haczedildiği kabul edilmelidir...mülkiyet karinesinin aksi güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanamadığından” (15. HD 16.1.1996, 3/7: Yayınlanmamış).

¹¹ “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 22/4. maddesinde; “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin vereceği kararlar Tüketici Mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir” hükmüyle, hakem heyetlerinin alacağı kararların taraflar yönünden kuvvetli bir delil oluşturacağını

Güçlü Delil Kavramı

davasında), önceki davaya ait olup hükme esas alınan bilirkişi raporu ve diğer belgeler kuvvetli bir delildir. Bu deliller çürütülmediği takdirde dikkate alınmalıdır¹². Rücu davalarında, Yargıtay'ın farklı yönlerde oluşmuş kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarda, alınan ilk kararın, rücu davasında kesin delil olacağını kabul ederken, diğer bazı kararlarda bunun kuvvetli bir takdiri delil olduğu sonucuna varmıştır¹³.

Yargıtay, takdiri delil, bağlayıcı delil, kuvvetli delil, bağlayıcı olmayan delil, kuvvetli takdiri delil gibi kavramların yanında; bu konuyla ilgili diğer bazı kararlarında ise, *önemli delil* kavramına yer vermiştir¹⁴.

Kararlarda genellikle *güçlü delil* kavramına dayanılmıştır¹⁵. Yargıtay'a göre: Men'i müdahale davasına konu taşınmaz ile tescil davasına konu

amaçladığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Davacının müracaat ettiği "Çankırı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", taraflar arasındaki soruna ilişkin olarak "Ayakkabının 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4/2. maddesine göre değiştirilerek, aynı marka ve kalitede yenisi ile değiştirilmesine" karar vermiştir. Davacı davasında, bu karara delil olarak dayanmıştır. Oysa davacı, davaya usulüne uygun olarak cevap vermediği gibi, davacının dayandığı bu delili hüküm ve kuvvetten düşürecek güçte bir başka delil de sunmamış, dahası Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararı ve eki belgeler kendisine okunduğunda, bir diyeceğinin olmadığını da açıkça beyan etmiştir. Bu durumda davacının, davasını ispatladığı kabul edilmelidir. Mahkemece, davada dayanılan maddi olgulara uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamakta ve delillerin takdirinde hataya düşülerek davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır" (13. HD 11.6.1996, 5334/5952: YKD 1996/11 s. 1754-1757).

¹² "Önceki davaya ait olup hükme dayanak yapılan bilirkişi raporu ve diğer belgeler davacı (E) için kuvvetli birer delildir. Bu deliller, çürütülmediği takdirde nazara alınmalıdır" (9. HD 6.4.1971, 828510511: İKİD 1971/125 s. 303-305; Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001 s. 3484-3485 dn. 139) (Kuru-Usul C. IV).

¹³ Bkz. HGK 11.2.1981, 79/10-472-64 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 560; İKİD 1981 s. 476); HGK 11.11.1983, 10-1102/1158 (Alangoya/Yıldırım/Deren/Yıldırım s. 560; İKİD 1984 s. 2469).

¹⁴ "...İlk davada taraf olmayan diğer davacılar için ise ilk hüküm önemli bir delil niteliğindedir" (HGK 20.4.1977, 10-42/403: Deren-Yıldırım N., Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 185; Erdemir İ., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1986 s. 492; Kiper O., Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995, s. 53; YKD 1978/7 s. 1081-1082).

¹⁵ "Hükmüne uyulan dairenin 25.1.1994 tarihli bozma ilamında açıklandığı üzere yönetim planında değişikliği öngören kat malikleri kurulu kararlarının iptaline ilişkin dava açılmış (davacı tarafından) ve bu dava sonunda verilen davanın

taşınmazlar aynı olmasına rağmen, her iki davadaki taraflar ve dava sebebi farklı olduğu için kesin hükmün varlığı ileri sürülemez. Taşınmazın hukuki niteliği konusunda, dava konusu yerlerin öncesinin mer'a olduğunu belirleyen kesinleşmiş men'i müdahale kararı, görülmekte olan tescil davasında güçlü delil özelliğindedir¹⁶. Önceden görülen davanın davacıları, görülmekte olan tescil

reddine ilişkin karar derecattan geçerek kesinleşmiş ise de, dairenin aynı ilamında açıklandığı üzere tüm tarafları aynı olmadığından o davada verilen karar HUMK'nun 237. maddesi gereğince kesin hüküm teşkil etmez. Bu kararın güçlü delil olarak dikkate alınması halinde ise sözü edilen önceki davada, (Karşıyaka 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 90/1396-2449 sayılı) yönetim planında mesken olarak tapuya kayıtlı bağımsız bölümlerin işyeri olarak kullanılabilmesine dair değişik hükümleri üzerinde durulmamış, mücerret kat malikleri kurulu toplantı ve karar nisabı ile iyiniyet kurallarından hareketle davanın reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi dava, içeriği itibarıyla Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesi kapsamında olup tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan bağımsız bölümlerin işyeri olarak kullanılabilmesi için kat maliklerinin oy birliği ile alacakları karar gereklidir. Diğer taraftan, davacı hernekadar değişik yönetim planını imzalamış ise de kendisi, intifa hakkı sahibi olarak hükmüne uyulan bozma ilamında belirtildiği gibi bağımsız bölümlerin kullanımına ilişkin yönetim planı değişikliğine karşı dava açma hakkına sahip olmakla beraber, yönetim planı ve değişikliklerinin ancak malikler tarafından karara bağlanabileceği cihetle kendi adına intifa hakkı sahibi olarak yönetim planını imzalamış bulunması hüküm ifade etmeyeceğinden ve bu değişikliği öngören kat malikleri kurulu kararlarını da imzalamadığı için Medeni Kanunun 2. maddesi kapsamında da kendisini bağlayıcı olmaz. Bu durumda davacının intifa hakkı sahibi olarak yönetim planı değişikliği için 25.6.1990 ve 7.7.1992 tarihli kat malikleri kurulu kararlarına karşı muhalefeti bulunduğu, yönetim planı değişikliğinde imzası bulunsa bile, kat malikleri kurulu kararlarındaki 4/5 çoğunluğun hesabında dikkate alınmaması gerektiğinden, 15 bağımsız bölüm olan anagayrimenkulde, 12 yerine en çok 11 olumlu oy bulunacağından yönetim planı değişikliği için yeterli çoğunluk dahi sağlanmış olmayacaktır. Yukarıdaki hususlar dikkate alınmadan davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'nun 428nci maddesi gereğince BOZULMASINA" (18. HD 12.9.1995, 8591/852: Yayınlanmamış); bkz. Ayrıca güçlü delile ilişkin bir başka karar için: HGK 20.1.1988, 10-517/37 (TBBD 1989/4 s. 638-639).

¹⁶ 8. HD 22.5.1998, 5213/5922 (YKD 1998/8 s. 1160-1162; Tutumlu M. A., Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2000, s. 266-267). Yine benzer bir kararda, her iki davada, taraflar farklı olsa bile, çekişme konusu taşınmazın niteliğini belirleyen önceki kararın, yeni davada güçlü delil oluşturacağı vurgulanmıştır. Bkz. Örneğin: "Miras bırakanın akitleri tarafından dava konusu taşınmaz ile ilgili olarak davalı aleyhine açılıp önce görülen dava,

Güçlü Delil Kavramı

davasının davacılarının murisi veya satıcıları ise, önceki karar güçlü delil oluşturur¹⁷.

Yargıtay'a göre, davanın taraflarını bağlayan kesin hüküm, taraflardan biri ile üçüncü kişi arasında görülen başka davalarda, güçlü delil oluşturur. Diğer dava dosyasındaki güçlü delilin dayanağı olan belgelerin, görülmekte olan davada özenli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir¹⁸.

Bazı kararlarda güçlü kanıt kavramına yer verilmiştir¹⁹. Örneğin, kamulaştırma ile ilgili davalarda güçlü delil²⁰, güçlü kanıt kavramlarından

bu yerin dayanak kayıt kapsamı dışında ve yitik kişi Rumlardan kaldığının belirlenmesi nedeniyle redle sonuçlanmış ve karar kesinleşmiştir. Temyize konu davadaki davacılar her ne kadar önce görülen davada taraf bulunmamaları nedeniyle verilen karar kendileri için kesin hüküm oluşturmaya da çekişme konusu taşınmazın niteliğini belirleyen güçlü bir delil teşkil eder" (HGK 4.4.1989, 8-340/450: Budak A. C., Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 19 dn. 54; İKİD 1990/353 s. 7727-7729).

¹⁷ 20. HD 27.12.1996, 9122/16519 (YKD 1997/4 s. 576-578).

¹⁸ "Bundan ayrı daha önce davalı hakkında açıldığı anlaşılan 980/115 esas sayılı dava sonunda verilen ve davanın reddine ilişkin karar taraflar aynı olmadığı cihetle kesin hüküm teşkil etmezse de güçlü bir delil olarak ele alınıp incelenmesi ve dayanağı delillerin de bu dosyada dikkate alınması gerekir" (18. HD 15.2.1993, 13654/1656: Yayımlanmamış).

¹⁹ "Trafik kaydı, işleteni kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, işletenin kayda rağmen başkası olduğu kanıtlanabilir" (4. HD 14.4.2003, 14353/4658: YKD 2003/8 s. 1191-1194).

²⁰ "Aynı taşınmazın aynı değerlendirme tarihi itibarıyla değişik paydaşları tarafından açılan davalarda varılan sonuçlar güçlü delil olduğu kabul edildiğine göre, bu nitelikte olduğu anlaşılan aynı taşınmazlarla ilgili davaların birleştirilip birleştirilmeyeceği yönünde inceleme yapılmak üzere davalı vekili savunmalarında sözü edilen dosyaların dosyaya getirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece, yukarıdaki hususlar dikkate alınarak, tahkikat ikmal edildikten sonra, yukarıdaki esaslar dairesinde değerlendirme yapılmak ve özellikle fiyatlarda makul sonuçlara varılmak üzere bilirkişi kurullarından ek raporlar alınmalı ve mahkemece bu raporlar, bozma ilamı ile karşılaştırılarak değerlendirildikten sonra hakimin, benzer kamulaştırmalarda varılan değerler de dikkate alınarak ve gerektiğinde bu değerlere uygun sonuçlar esas alınmak suretiyle adil, gerçeğe uygun abartılı olmayan bilirkişilerce dikkate alınmamış olabilecek objektif değerlendirme unsurlarına da yer veren kanaata dayalı bir hüküm kurulmalıdır" (18. HD 23.12.1997, 11360/12516: Yayımlanmamış).

bahsedilmiştir²¹. Yargıtay'a göre, kamulaştırma bedelinin artırılması davalarında, diğer paydaş tarafından aynı konu ve vakıalara dayanılarak açılan ikinci davada; ilk karar, taraflar farklı olduğu için güçlü delil oluşturur. Güçlü delil, kesin hüküm niteliğinde bulunmadığından, açılan ikinci davada gerekli olan keşif yapılmalıdır²². Yine, aynı taşınmazın bir diğer paydaşınca, davadan kısa bir süre sonra açılan davada, önceki davada aynı değer biçme günü itibarıyla belirlenen ve kesinleşen değer, güçlü delil niteliğindedir²³. Bu konuyla ilgili bir başka kararda, aynı değerlendirme yılında verilmiş bulunan kararlarda, belirlenen miktarların güçlü delil özelliği kabul edilmekle birlikte, gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan, diğer delillere başvurulmadan hüküm verilmemesi hususu vurgulanmıştır²⁴.

²¹ “Bir paydaş tarafından açılmış olan kamulaştırma bedelinin artırılması davasında mahkemece belirlenen bedel diğer paydaşlar için kesin hüküm niteliğinde değil, ancak güçlü bir kanıt olur” (5. HD 5.3.1981, 728/2068: Deren-Yıldırım, s. 186; YKD 1982/3, s. 335).

²² “Kamulaştırma bedelini artırma davasında, öncelikle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesi uyarınca oluşturulacak bilirkişi kuruluna taşınmaz malın bedelinin biçtirilmesi gerekir. Diğer paydaşların açmış olduğu davada biçilen değer güçlü bir delil ise de kesin hüküm niteliğinde değildir. Zira, taraflar da ayrıdır. Kesinleşen hükümlere ait dosyalardaki bilirkişi raporları da gözönünde tutularak, mahallinde keşif yapılması farklı veya aynı değer biçildiği taktirde gerekçeleri gösterilmek, sonucuna göre karar verilmek gerekirken kesin hükümden söz edilerek keşif yapılmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir” (5. HD 21.4.1992, 6049/10708: Yayınlanmamış).

²³ “Kamulaştırma karşılığının saptanması için mahkemece iki kez bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır... Aynı taşınmaz malın bir diğer paydaşı tarafından bu davadan birkaç gün sonra açılan davada aynı değer biçme günü itibarıyla taşınmazın metrekaresine 13.000 lira değer biçilmiş ve bu değer kesinleşmiş ve böylece güçlü delil niteliğini almıştır. Eldeki davada ikinci bilirkişi kurulunun anılan diğer davadaki değere katılmadıkları, ilk rapordaki değeri benimsedikleri yolundaki izahat güçlü delil niteliğindeki diğer davadaki bedeli değiştirir nitelikte olmadığından, mahkemece bu davada kesinleşen diğer davadaki kıymet üzerinden artırma yapılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir”. Bu karar hakkında yazılan karşı oy yazısında, bilirkişinin tespit ettiği 15.000 lira dikkate alınmadan, önceki davadaki değere göre hüküm verilmesi eleştirilmektedir (5. HD 14.11.1985, 11981/12401: YKD 1986/3 s. 354-355).

²⁴ “Yargıtay uygulamalarında aynı taşınmazın paydaşları tarafından ayrı ayrı açılan bedel artırımı davalarında, aynı değerlendirme yılı itibarıyla verilen kararlarda saptanan fiatlar güçlü delil kabul edilmekte ise de böyle bir kabul, Kamulaştırma Kanununun 11. ve 15. maddelerinin uygulanmasını bertaraf etmeyeceği cihetle yasanın öngördüğü tahkikat yapılmadan bilirkişi kurulları

Güçlü Delil Kavramı

Bazı kararlara göre, resmi belgeler güçlü delil özelliğindedir ve kararın verilmesinde etkili olurlar. Güçlü delil niteliğinde kabul edilebilecek resmi belgeler olmasa bile, dava reddedilmeyip, diğer takdiri delillere başvurulacak bir sonuca varılmalıdır²⁵.

Bu konuyla ilgili diğer kararlara göre, bazı hususların ispatının güçlü delillerle yapılması gereklidir. Örneğin: İstihkak davalarında, mülkiyet karinesinin aksi güçlü delillerle ispat edilmelidir²⁶. Bu konuda, fatura, tanık ve

oluşturulup inceleme yapılmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır” (18. HD 27.3.1995, 2988/3706: Yayımlanmamış).

²⁵ “Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 79/8. maddesinde, bu tür hizmet tesbit davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayrı durumlarda dışında; resmi belge veya yazılı delillerin bulunması, sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması, salt, bu nedene dayalı istemin reddine neden olmaz. Somut bilgilere dayanması, inandırıcı olmaları koşuluyla, bordro tanıkları veya iş ilişkisini bilen veya bilmesi gereken komşu işyerleri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen kimi diğer kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür. Mahkemenin bu tür davaların kişilerin sosyal güvenliğine ilişkin olması ve kamu düzenini ilgilendirdiği göz önünde tutularak gerektiğinde, doğrudan soruşturmayı genişletmek suretiyle ve olabildiğince delilleri toplayıp bunları birlikte değerlendirmek suretiyle olumlu veya olumsuz bir sonuca gitmesi gerekirken, salt resmi belge olmadığından bahisle istemi reddetmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (21. HD 2.10.1996, 5041/5258: Yayımlanmamış).

²⁶ “24.07.1995 günündeki haciz, dava dışı borçlu Hüseyin ile davacı üçüncü kişilerin birlikte oturdukları konutta yapılmıştır. Borçlu Hüseyin davacıların eşi ve babasıdır, icra takibinin dayanağını oluşturan senetteki borçlu adresi de haczin yapıldığı adrestir. Şu halde, mahcuz menkulleri davacı üçüncü kişilerle borçlu birlikte ellerinde bulundurmaktadır. İİK. nun 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi uyarınca mahcuz eşyaların borçlunun elinde iken haczedildiği kabul edilmelidir. Davacıların dayanağı olan faturalar her zaman temini mümkün ve gerçek alıcılar adına düzenlenmesi zorunlu bulunmayan belgelerden olduğundan davalı alacaklıyı bağlamaz (HUMK.m. 299). Bu durumda; mülkiyet karinesinin aksi güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanmadığından, mercice davanın reddi yerine, delillerin takdirinde yanılıya düşülerek kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. S o n u ç : Temyiz olunan kararın açıklanan nedenlerle davalı alacaklı yararına (BOZULMASINA) (15. HD 16.1.1996, 3/7: Yayımlanmamış). Yine aynı konuda bir başka karar: “Mahcuz eşyalar İİK. nun 97/a maddesi gereğince borçlu ile 3. kişilerin menkul malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde addolunur ve menkul malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Bu durumda mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla alacaklı lehinedir. Bu karinenin aksi ancak güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanabilir. Davacının dayandığı deliller,

bilirkişi gibi delillere başvurulabilir²⁷. İstihkak davalarında taraflar farklı ise, önceki karar taraflardan biri yararına güçlü delil oluşturur²⁸. Davacı üçüncü kişi, aynı mal hakkında daha önce başka bir alacaklıya karşı istihkak davası açmış ve kazanmış ise, bu ilam üçüncü kişi ile (önceki davada taraf olmayan) şimdiki alacaklı (davalı) arasında kesin hüküm ve kesin delil olamaz. Çünkü, iki davanın tarafları başkadır. Böyle bir ilam, başka bir alacaklıya karşı açılan yeni bir istihkak davasında, davacı yararına güçlü delil oluşturur²⁹. Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararına göre, aynı konuda farklı bir yaklaşımı da mevcuttur. Bu karara göre, önceki ilam zayıf bir karine özelliğindedir³⁰.

yukarıda açıklanan nedenlerle mülkiyet karinesinin aksini kanıtlar nitelikte olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (15. HD 14.9.1994, 3790/4911: Yayınlanmamış). Yine aynı konuda ve güçlü delilden bahseden kararlar: (15. HD 20.9.1994, 4532/5031: Yayınlanmamış; 15. HD 22.11.1995, 6415/6831: Yayınlanmamış).

²⁷ “İİK'nun 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararındadır. Ancak, bu yasal karinenin aksinin güçlü delillerle kanıtlanması mümkündür. Davacı 3. kişi, 1.3.2002 tarihinde haczedilen eşyalardan 1 adet televizyon ve buzdolabı için 11.9.1996 tarihli fatura ibraz etmiştir. Davacı tarafca ibraz edilen bu faturanın gerçek olduğu saptandığı takdirde, içeriğindeki eşyalar yönünden yasal karinenin aksinin kanıtlandığının kabulü gerekir. Bu nedenle, fatura dip koçanlarının faturayı düzenleyen firmalardan getirilmesi, faturayı düzenleyen firma yetkililerinin tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi, gerektiğinde faturaların firmaların ticari defterlerinde, malların da envanterlerinde kayıtlı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak faturalı eşyalar yönünden oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir” (21. HD 16.4.2003, 2798/3469: YKD 2003/9 s. 1426-1427).

²⁸ “Önceden kesinleşen iki merci kararında, davacının istihkak davası kabul edilmiş olup, bu dava ile kesinleşen kararların tarafları aynı olmadığından kesin hüküm değilse de, davacı yararına güçlü delil oluşturur” (15. HD 26.9.1985, 1531/2886: Deren-Yıldırım, s. 186; Sınmaz B./Karataş İ., s. 433; Kiper s. 63; YKD 1985/12 s. 1824-1825).

²⁹ 15. HD 26.9.1985, 1531/2886 (Kuru B., İcra ve İflas Hukuku, C. 2, İstanbul 1990, s. 1057 dn. 241a; YKD 1985/12 s. 1824-1825).

³⁰ Böyle bir ilam “gayet zayıf bir karineden ileri değer dahi taşıyamaz. Zira, davacı ve davalının anlaşış böyle bir ilam almaları ve üçüncü kişileri (alacaklıları) zarara sokmaları her zaman mümkündür” (HGK 3.4.1963, 5/6: Kuru-İcra C. 2, s. 1056 dn. 241; İKİD 1963/31 s. 2335-2337).

Güçlü Delil Kavramı

Yargıtay'a göre, bir davanın güçlü delil olabilmesi için davadaki isteklerin dikkate alınması gerekir. Önceki kararda isteklerin dikkate alınmaması durumunda, kararın güçlü delil niteliği ortadan kaldırılmış sayılır³¹.

Yargıtay'a göre, "güçlü delilin usul hukukundaki şartlara uygun şekilde aksinin aynı güçte bir delille kanıtlanması mümkündür"³². Yine, kuvvetli bir karinenin aksi, ancak kuvvetli delillerle kanıtlanabilir³³.

Bazı Yargıtay kararlarındaki karşı oy görüşlerine göre, ceza hukukunda olduğu gibi, medeni usul hukukunda da parmak izleri güçlü delil olmalıdır³⁴.

³¹ "Olayımızda kurum davada taraf olmadığı için verilen hüküm Kurumu bağlamaz. Bir davanın güçlü delil sayılabilmesi için de davadaki isteğin tartışılarak hüküm altına alınması gerekir...Söz konusu kararın güçlü delil niteliği ortadan kaldırılmış sayılır" (10. HD 22.2.1993, 9462/1602: Deren-Yıldırım, s. 187; Tutumlu s. 242-243; YKD 1993/6 s. 881-882).

³² 8. HD 22.5.1998, 5213/5922 (YKD 1998/8 s. 1160-1162; Tutumlu s. 266-267).

³³ "Davacıların murisin davalı şirkete ait otobüste yolcu olarak bulunduğu çekişmesizdir. Ticari bir iş olan taşımacılık sahasında kullanılan otobüste yolcu olan kimsenin ücretli olarak yolculuk yaptığı konusunda kuvvetli bir karine mevcut bulunmaktadır. Bu karinenin aksi yine bu karineyi çürütebilecek nitelikte kuvvetli delillerle kanıtlanması gerekir. Davalı şirket tarafından ibraz edilen bilet fotokopisinde murisin sadece adı yazılarak ücretsiz yolculuk yaptığına ilişkin kayıt var ise de, tarih ihtiva etmeyen ve sonradan düzenlenmesi her an olanaklı bulunan bir belgeye itibar edilmesi mümkün olmadığı gibi, davalı taşıyıcı firmada görevli olan tanık beyanlarına dayanılması da isabetsiz bulunmaktadır. O halde, davalı şirketin hatır taşımacılığı savunmasının kanıtlanmadığı kabul edilerek ona göre hüküm kurulması gerekirken, hatır taşımacılığı bulunduğu bahisle % 10 oranında tazminattan indirim yapılması doğru olmadığından davacılar vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir" (11. HD 12.4.1988, 871/2265: ABD 1988/3 s. 444-447).

³⁴ 22.12.1982 tarih ve 793-1702/82-965 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararındaki KARŞI OY YAZISI: "Yargıtayın bugüne kadar kökleşen içtihadları, bozma ilamında açıklanan doğrultuda bulunmaktadır. Ancak, parmak izine dayanarak verilen mahkumiyet hükümlerinin onanması, diğer taraftan senetteki parmak izinin kendisine aidiyetini mahkemede kabul eden davalılar hakkındaki davaların kabulü ile parmak izini inkar edip bilimsel ve kesin olarak davalıya ait olduğu saptanan imza yerine parmak basılmış belgelere hukuk usulü muhakemeleri kanununun 297. maddesinin koşulları yok diye hiç değer verilmemesi ile uygulamada meydana gelen çelişki bu konu üzerinde tekrar durmayı zorunlu kılmaktadır. Borçlar Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan doğruya parmak izinden söz edilmemiştir. Yargıtay İçtihadları ile parmak izi yukarıda anılan 297. maddenin kapsamına giren el ile yapılan işaretlerden sayılmıştır. Seçimlerle ilgili bazı yasalar ile nüfus

Bazı kararlarında Yargıtay, güçlü delil lehine olan tarafın aleyhine dahi karar verilmesini istemiştir. Yani, davada dayanılan ilk ilam, davacı yararına güçlü delil oluşturmakla birlikte, mahkeme bu delilin aksine de karar verebilir

Yargıtay'a göre, güçlü delilin varlığında, başvurulabilecek tanık delili ve diğer delillerin, güçlü delilin etkisini kaldırarak nitelikte olması gerekir. Aksi

kanununda parmak izi okuma yazma bilmeyenler için imza yerine kabul edilmiştir. Bir senetteki parmak izinin kabulü ile bilimsel olarak yapılan bilirkişi incelemesi sonucu parmak izinin aidiyetinin saptanmasının ayrı ayrı değerlendirilmesi kolay kabul edilememektedir. İnkâr ve kötü niyetli davranışları ödüllendirmenin hukuk ilkeleri ile bağdaşamayacağını daima gözönünde tutarak bu yöndeki çelişkili uygulama üzerine eğilmede yarar bulunmaktadır. Senetteki parmak izi ile ilgili şahıs arasındaki bağlantı saptandıktan sonra hukuk açısından bu belgeye bir değer verilmek gerekir. Belgede parmak izi bulunan kişinin bunun nedenini açıklaması ve imza yerine parmak basmamış olduğunu ve o belgenin içeriğini bilemeyeceğini kanıtlaması zorunlu kabul edilmeli, aksi halde parmak izi, imza gibi bağlayıcı olmalıdır. Parmak izi tatbikatındaki bilimsel ve teknik gelişmeler ve ceza mahkemelerince parmak izinin güçlü bir delil olarak kabul edilmesi karşısında parmak izi ile ilgili içtihadlar, artık günün koşullarına uygun düşmemektedir. Bu konudaki kesin ve katı içtihad ve uygulamaya rağmen 50 yılı aşan bir süreden beri imza yerine parmak izi basılmak suretiyle sözleşme ve borç senetlerinin düzenlenmesine devam edilmesi yasaların uygulanması ve yaygın örf ve adetlerimize değer verilmesi açısından bazı gerçeklerin gözden kaçırıldığını da göstermektedir. Parmak izinin imza gibi bağlayıcı olduğunun kabulünde bir takım sakıncaların ortaya çıkması söz konusu ise bu haldede böyle bir belgenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde sözü edilen yazılı bir beyyine başlangıcı olarak kabulü ile uygulamadaki çelişkiler bir ölçüde giderilebileceğinden onama oyundayız" (yayımlanmamış). Bkz. Usulünce onaylanmamış parmak izli senetlerin hukuki durumu hakkında geniş bilgi için: Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s. 73 vd; bkz. Parmak izlerinin tespiti konusunda: Kök A. N., Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması (Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, C. VII, Sayı 3-4, Erzincan 2003 s. 3-8).

³⁵ "Dayanılan ilamlar davacı taraf yararına güçlü bir delil teşkil eder ise de, az yukarda izah edildiği üzere davalı Hasan yararına zilyetlikle taşınmaz edinme koşullarının gerçekleşmemesine ve bu konuda yanlar arasında herhangi bir nizanın bulunmamış olmasına göre dava konusu taşınmazın Hasan adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekirken, bu konularda yanılığa düşülerek yazılı biçimde karar oluşturulması isabetsiz, davalı Hasan'ın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün BOZULMASINA" (7. HD 20.4.1995, 6610/4463: YKD 1995/9 s. 1392-1395).

Güçlü Delil Kavramı

halde, davanın reddedilmesi gerekir³⁶. Tarafları farklı olan davada, önceki verilen karar güçlü delil olup, kesin delil niteliğinde değildir. Güçlü delilin varlığında, tanık gibi delillere başvurulmaması eksik inceleme ile karar verilmesidir ve bu husus bir temyiz nedenidir³⁷.

Yargıtay kararlarında, kuvvetli delil yanında, emare ve karine kavramlarına da yer verilmiştir³⁸. Yine Yargıtay'a göre, açılan ikinci davada

³⁶ “Dava, İİK'nun 96 ve devamı maddelerine dayalı "hacizde istihkak" istemine ilişkindir. Davacı üçüncü kişi ile davalı borçlu, baba-oğul olup, aynı evde birlikte oturmaktadır. Haciz de, takip dayanağı senette borçlu adresi olarak gösterilen bu evde yapılmıştır. İİK'nun 97/a maddesinde öngörülen "mülkiyet karinesi"ne göre, üçüncü şahıs ile borçlunun menkul malları birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mallar, borçlu elinde addolunur. Bu maddedeki mülkiyet karinesi, borçlu ve dolayısıyla davalı alacaklı yararınadır. Mülkiyet karinesinin aksinin, ancak çok güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanması gerekir. Oysa, davacı üçüncü kişinin dinlettiği tanıklar, bu karinenin aksini kanıtlar biçimde inandırıcı beyanda bulunmamışlardır. İbrahim edilen faturalar ise, her zaman herkes adına tedariki mümkün olup, mülkiyet belgesi sayılamazlar. O halde, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabul edilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir” (15. HD 22.11.1995, 6415/6831: Yayınlanmamış).

³⁷ “Öncelikle sigortalı tarafından işveren aleyhine açılıp kesinleşen işçilik haklarının tahsiline ilişkin davada verilen hüküm, o davada Kurum taraf olmadığından, Kurum için bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Başka ifade ile, o davada verilen hüküm işbu tesbit davasında davalı Kurum için kesin delil değil, güçlü delil niteliğindedir. Diğer taraftan dosyada mevcut ücret bordrolarından sadece 1986 yılının 1. ayına ait olanı davacının imzasını içermektedir. Bu yönde davacının imzasını içermeyen ücret bordrolarında öngörülen çalışma sürelerinin işyeri muhasebe kayıtları ile doğrulanması gerekmektedir. Bundan başka dosyaya ibraz olunan vizite kağıtlarının geçerliliği de Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan araştırılmalıdır. Yine bu döneme ilişkin olarak, davacı ile birlikte çalışanlar işyeri bordrolarından saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Giderek işe giriş bildirgesinin varlığı halinde, davacının 11.6.1985 tarihinde işe girdiğinin kabulü yerindedir. Ayrıca, işveren tarafından ibraz olunan 4 aylık sigorta prim bordrolarının Kurum kayıtlarına intikal edip etmediği primlerin ödenip ödenmediği araştırılmalı ve bu çevrede Kurum'a bildirilen çalışma sürelerine ilişkin istemde hukuki yarar yokluğundan bahisle reddedilmelidir. Mahkemece, belirtilen maddi ve hukuki esaslar gözönünde tutulmadan eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (10. HD 10.9.1996, 7554/6607: Yayınlanmamış).

³⁸ “Hakim tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği yönünde kuvvetli delil ve emare elde ederse durumu Cumhuriyet Savcısına ihbar ile tutuklar (HUMK m. 273)” (2. HD 15.11.1996, 10721/11701:

taraflar farklı, fakat ilk davadaki konu ve vakıalar aynı ise, birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada kuvvetli takdiri delil teşkil eder. Bu durumda, mahkeme tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde gösterecekleri delilleri toplamalı ve bunları birlikte değerlendirdikten sonra bir karar vermelidir³⁹.

Farklı yargı koluna tabi bir mahkeme kararında yer alan hususlar, diğer yargı kolu içinde yer alan mahkemede güçlü kanıt oluşturur. Örneğin idare mahkemesi kararında yer alan hususlar, hukuk mahkemesinde güçlü kanıttır⁴⁰. Diğer bir karara göre ise, özel bir mahkeme niteliğinde olan tapulama (kadastro) mahkemesinin kararı, başka mahkemede takdiri delildir⁴¹.

Bu Yargıtay kararlarının değerlendirilmesini aşağıda ele alacağız⁴².

C-ÖĞRETİDE DURUM

Öğretide de bu konuda, kuvvetli takdiri delil⁴³, önemli delil⁴⁴, kuvvetli delil⁴⁵, güçlü (kuvvetli) delil⁴⁶ gibi kavramlara dayanılmaktadır.

YKD 1997/3 s. 359-361; Ulukapı/Akcan s. 303); bkz. Aynı doğrultudaki karar için: 2. HD 12.3.2001, 2269/3659 (YKD 2002/3 s. 361-363). “Almanya’da işsizlik sigortasından yardım görmek, kişinin Almanya’da oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur” (HGK 22.10.1997, 10/588-857: Kuru-Usul C. II, s. 2012 dn. 92h; İKİD 1999/457 s. 13867).

³⁹ 8. HD 16.12.1981, 12206/12135 (Sınmaz B./Karataş İ., s. 428).

⁴⁰ “Kişisel kusurlu olarak olumsuz sicil raporu düzenlenmesi sonucu zarara uğranıldığı savı ile açılan tazminat davasında; ‘düzenlenen sicil raporunun yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu, objektif esaslardan uzak ve hukuka aykırı olarak tanzim edildiği’ şeklinde idare mahkemesi kararında yer alan olgular dava için önemli bulgular olup güçlü kanıt niteliğindedir. Dolayısıyla eldeki davada dayanak teşkil etmesi gerekir” (HGK 25.12.2002, 4-1107/1109: ABD 2003/1 s. 188-191).

⁴¹ “Tapulama mahkemesindeki davada davacı taraf değildir. Tapulama mahkemesinin kararı davacıya bağlamaz. Bu durumda Tapulama mahkemesinin hükmü takdiri delil niteliğindedir” (HGK 25.6.1976, 8-488/2351: Olgaç S., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1977, s. 727 no. 50).

⁴² Bkz. D.

⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 606; Yıldırım s. 224; Kuru-İcra C. 2 s. 1057; Budak s. 20; Kuru-Usul C. IV, s. 3484; Deliduman S.; Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 239-242.

⁴⁴ Yıldırım s. 224.

Güçlü Delil Kavramı

Öğretiye göre, Yargıtay kararlarındaki güçlü delil kavramını, kuvvetli takdiri delil şeklinde anlamak gerekir⁴⁷.

Öğretide, güçlü delil (kuvvetli takdiri delil) ile ilgili olarak şu örnekler verilmektedir: Noterlerin, Noterlik Kanunu m. 61 uyarınca yaptıkları tespitler kuvvetli delildir⁴⁸.

Hakimler, bazı davalarda kuvvetli deliller göstererek, içtihadı birleştirme kararlarının aksine karar verebilirler⁴⁹.

İstihkak davalarında, daha önce alınan ilam, tarafları farklı olan yeni davada kuvvetli takdiri delil teşkil eder⁵⁰.

Bir hukuki işlem için daha güçlü (kuvvetli) bir delil elde etmek için resmi senet de düzenlenebilir⁵¹.

İhtiyati tedbir isteyen haklı olduğunu gösteren kuvvetli deliller varsa, mahkeme, ihtiyati tedbir isteyen teminattan muaf tutabilir⁵².

Müdahil ile lehine katıldığı taraf arasında açılan ikinci davada (rücu davasında), birinci davada verilen hüküm, müdahil birinci davada taraf olmadığı için, kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi, kesin delil de teşkil etmez. Ancak, birinci davadaki hüküm, ikinci davada kuvvetli bir takdiri delil teşkil edebilir⁵³.

D-GÖRÜŞÜMÜZ

⁴⁵ Yılmaz E.; Noterlik İşlemlerinin Hukuk Davalarındaki ve İcra-İflas Takiplerindeki Önemi, s. 41-62, s. 51 (Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu, I-II, Ankara, 1997) (Yılmaz-Noterlik İşlemleri); Deliduman s. 239-242; Kuru-El Kitabı s. 725, s. 759; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 707; Berkin s. 164, s. 252.

⁴⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 452; Kuru-El Kitabı s. 441; Kuru-Usul C. II s. 2111.

⁴⁷ Kuru-İcra C. 2, s. 1057.

⁴⁸ Yılmaz-Noterlik İşlemleri s. 51; Kuru-El Kitabı s. 759; Deliduman s. 239-242.

⁴⁹ Berkin s. 164, s. 252. bkz. Ayrıca, güçlü gerekçeler gösterilerek içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesinin mümkün olduğu konusunda: Yılmaz E., "İçtihadı Birleştirme" veya "Adalettteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara, s. 1-30, s. 8).

⁵⁰ Kuru-İcra C. 2 s. 1057.

⁵¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 452; Kuru-Usul C. II s. 2111; Kuru-El Kitabı s. 441.

⁵² Kuru-El Kitabı s. 725; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 707; Kuru-Usul C. IV, s. 4328.

⁵³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 606; Kuru-Usul C. IV, s. 3484. Müdahalenin etkisi konusunda geniş bilgi için bkz: Pekcanitez H., Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992 s. 170 vd; Özekes M., Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 81 vd.

Yargıtay kararlarında, güçlü delil konusunda kavram birliği ve bu delilin bağlayıcılığı noktasında bir birlik bulunmamaktadır. Genellikle “güçlü delil” kavramına dayanılmıştır. Güçlü delil yanında, “takdiri delil”, “kuvvetli takdiri delil”, “kuvvetli delil”, “delil”, “bağlayıcı delil”, “bağlayıcı olmayan delil”, “önemli delil”, “güçlü kanıt” gibi farklı hukuki sonuçları olan kavramlara yer vermiştir. Örneğin, bağlayıcı delil kavramıyla, kesin delili amaçladığı söylenebilir. Kuvvetli takdiri delil ile, kesin ve takdiri deliller arasında olabilecek bir delil türü olabileceğini düşünmek mümkündür. Bağlayıcı olmayan delil türünden, takdiri deliller mi anlaşılacaktır? Yoksa, bağlayıcı olmayan delil; yeni bir davada hiç dikkate alınmayacak mıdır? Çünkü, bazı kararlarda, her olay, kendi unsurları içinde değerlendirilmeli, başka davaların sonuçları bağlayıcı olmamalı yargısına varılmıştır.

Yargıtay kararlarında, bu delilin hukuki niteliği ve özellikleri tam bir şekilde ortaya konulmamıştır. Çoğu kararlarda, yalnızca güçlü delil veya diğer kavramlardan bahsedilmiştir.

Bazı kararlarda, önceki mahkeme kararı bağlayıcı delil olarak görülmüştür. Bununla, güçlü delilin kesin delil olduğu kabul edilmekle beraber; başka kararlarda güçlü delilin kesin hüküm ve kesin delil oluşturmayacağı, hatta güçlü delilin zayıf bir karine niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

Güçlü delil olarak başvurulabilecek hususların kapsamı da geniştir. Örneğin, tarafları farklı olan ve fakat dava sebebi ve konusu aynı olan veya taraf dışında yalnızca biri aynı olan davalardaki kararlar, resmi belgeler, diğer dava dosyasındaki tanık ifadeleri ve bilirkişi raporları ve belgeler güçlü delildir. Yine yargılama sırasında yalan tanıklıktan dolayı tutuklama için güçlü deliller olmalıdır. Noter tespit tutanakları, trafik kayıtları güçlü delildir. Bazı karinelerin aksinin ispatında güçlü deliller aranmalıdır.

Güçlü delil kavramı yanıltıcıdır ve benzer konulardaki kararlar çelişkilidir. Bu delilin varlığında, vicdani kaniye göre ve gerekçeli olarak karar verilmesi istenmektedir. Yargıtay kararlarında, “güçlü delil” kavramından bahsedilmesine rağmen, bu delile dayanılarak verilen kararlar bozma nedeni sayılmıştır. Örneğin, kamulaştırma bedelinin artırılması davasında, önceki davada kesinleşen miktar; bazı kararlara göre, güçlü delil, diğer bazı kararlara göre güçlü delil değildir. Yani, delilin gücünün olmadığını, bizzat Yargıtay da, kararı bozmakla, onaylamış olmaktadır. Yine, Yargıtay, bu delilin varlığında vicdani kaniye göre bir sonuca varılmalıdır demektedir.

Bu delil takdiri delil özelliğindedir. Kararlarda, bu delilin takdiri delil olduğu da açıkça kabul edilmektedir. Yargıtay, güçlü delil kavramını belirttiikten sonra, ilgili olayda, başka delillere de başvurulmasını istemektedir. Güçlü delil yanında başka delillere başvurulmaması eksik inceleme ve araştırma nedeni

Güçlü Delil Kavramı

kabul edilerek, karar bozulmaktadır⁵⁴. Bu nedenle, takdiri bir delilin güçlü (kuvvetli takdiri) delil olması mümkün değildir.

Güçlü delilin aksi, medeni usul hukukundaki unsurlara uygun şekilde aynı güçteki delillerle kanıtlanmalıdır. Yargıtay'ın bu ifadelerle anlatmak istediği, güçlü delilin aksi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen hususlar çerçevesinde olacaktır şeklinde anlaşılabilir. Yani, bununla Yargıtay, Kanunda düzenlenen delil sistemini kabul etmektedir.

Hukukumuzda kesin deliller, ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm olarak; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak sayılmaktadır⁵⁵. Öğretide, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, "deliller" değil, "tahkikat" kısmında düzenlediği taraf isticvabının da delil olduğu kabul edilmektedir⁵⁶. Öğretide, takdiri deliller yönünden, delil türlerinin sınırlı olarak sayılmadığı kabul edilmektedir⁵⁷.

Öğretide bir görüş, Türk Öğretisinde ve bazı Yargıtay kararlarında, kanunda kesin hükmün üçüncü kişiye etkisinin (sirayetinin) düzenlendiği hallerde, ilk davada verilen kararın ikinci davada üçüncü kişiye karşı kesin delil değil, güçlü ya da önemli delil hükmünde olduğunun kabul edildiği belirtilerek; kesin hükmün üçüncü kişiye etkisinin varlığını kabul etmek yerine, kesin deliller ile takdiri delillerin arasında kalan bir delil türünün varlığının kabul edilmesinin ne kadar doğru olduğunun tartışılabilceğini savunmaktadır⁵⁸.

Öğretide bir başka görüş, hukukumuzda kesin deliller ve takdiri delillerden farklı olarak, güçlü delil adı altında bir delil türünün olmadığını belirterek, taraflar için kesin hüküm teşkil eden bir karar, taraflardan biri ile üçüncü bir kişi arasında görülen başka davalarda yalnızca takdiri delil oluşturur ve bu takdiri delil, hayat tecrübelerine göre, hakim tarafından önemle

⁵⁴ Bkz. Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi ve bunun sonuçları için: Akcan R., Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s. 255 vd.

⁵⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 341; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 335-336; Kuru-Usul C. II s. 2032 vd; Yılmaz E., (medeni yargılama hukukunda) Yemin, Ankara 1989, s. 178.

⁵⁶ Yıldırım, K., Die Bedeutung des Urkundenbeweis im türkischen Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Zivilprozess International 3. Band 1998, s. 380; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 341; isticvabın delil olup olmadığı hususu, öğretide tartışmalıdır. Bkz. Bu konuda: Tercan E., Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, s. 126 vd, s. 314 vd.

⁵⁷ Konuralp-İspat s. 36-37.

⁵⁸ Deren-Yıldırım s. 150.

değerlendirilmesi gereken, ispat gücü (delil değeri) yüksek, kuvvetli bir takdiri delildir denilmektedir⁵⁹.

Kanımızca, Yargıtay kararlarında ve öğretide değişik adlarla belirtilen “güçlü delil kavramı” takdiri delil niteliğinde olup, Özel hüküm sebepleri içinde ele alınabilecek bir delil türüdür. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 367 hükmü, takdiri delillerin kanunda tahdidi olarak sayılmamış olduğunu gösteren bir hükümdür⁶⁰.

Kanundaki delil türlerine ve ayırımlarına bağlı kalmak amacıyla, güçlü delil örneklerini madde 367 çerçevesinde değerlendirmek mümkündür.

Hakim, senetle ispatı gereken konular dışında kanunda belirtilmeyen (düzenlenmeyen) delilleri de dikkate alabilme yetkisi ile donatılmıştır⁶¹. Kanunda, güçlü delil veya kuvvetli takdiri delil türü bulunmamaktadır. Hakimin, Kanunda belirtilmeyen delilleri, özel hüküm sebepleri olarak incelemesi mümkündür. Bu yetkiyi hakime, madde 367 hükmü vermektedir.

Özel hüküm sebepleri, kanunda düzenlenen delil türleri dışında, bir vakıa iddiasının ispatı için tarafların dayanabilecekleri ve hakim tarafından da değerlendirilebilecek olan ispat araçlarıdır. Özel hüküm sebepleri, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu davalarda geçerlidir. Özel hüküm sebepleri şeklinde diğer ispat araçlarının da delil sayılması, deliller yönünden sınırlamayı kaldırdığı için, hukukumuzda katı delil sistemi yerine, her türlü ispat aracından yararlanılmasına izin veren serbest delil sisteminin kabul edildiği söylemek mümkündür⁶².

Kanunda gösterilen delillere ilişkin katalog tahdidi değildir. Medeni usul hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi daha kapsamlı biçimde geçerli kılınmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 240 uyarınca, hakim ikame olunan delilleri, yemin, mahkeme içi ikrar ve kesin hüküm dışında serbestçe değerlendirir⁶³.

Dijital imzalı elektronik belgeler, Türk İspat Hukukunun “torba delili” olarak adlandırılabilir özel hüküm sebebi olarak kabul edilmektedir⁶⁴.

⁵⁹ Budak s. 19.

⁶⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 401; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s. 26 ve son.

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 336; Taşpınar s. 44.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 379-380.

⁶³ Yıldırım M. K., İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1999, s. 66-67 ve s. 86.

⁶⁴ Berber L.K., “İmzalıyorum O Halda Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri (TBB 2000/2 s. 503-556, s. 548).

Güçlü Delil Kavramı

Elektronik ortamda oluşan delillerin, özel hüküm sebebi olarak değerlendirilmesi gerekir⁶⁵. Torba delil olarak kabul edilen madde 367 hükmü, yeni teknik gelişmelerin ortaya çıkardığı deliller konusundaki sorunlara bir çözümdür. Güçlü delil konusunda, ilgili madde bir çıkış noktasıdır.

SONUÇ:

Güçlü delil bir takdiri delildir. Fakat, Kanunda düzenlenmeyen bir takdiri delildir. Çünkü, Kanundaki takdiri deliller bellidir. Bunların içinde güçlü delil adıyla bir takdiri delil türü yoktur. Kanunda düzenlenmeyen takdiri delillerin, yer alacağı delil türü, özel hüküm sebepleridir. Bu takdiri delile ilişkin olarak, Yargıtay ve öğreti tarafından verilen örnekler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 367 dahilinde incelenebilecek örneklerdir. Güçlü delilin kapsamı geniştir. Aynı veya farklı yargı kollarındaki mahkeme kararları, trafik kayıtları, noter senetleri, noter tespit tutanakları, mahkeme tutanaklarında yer alan tanık ifadeleri, bilirkişi raporları, satım sözleşmesine ilişkin faturalar ve bunlarla ilgili kayıtlar gibi. Bu örnekler, her somut olayın özelliğine göre, madde 367 hükmü çerçevesinde hakim tarafından resen veya tarafların isteği üzerine serbestçe değerlendirilmelidir.

Bu delil, kesin hüküm niteliğinde değildir. Fakat, kesin hükmün, tarafları farklı görülmekte olan diğer davalarda, üçüncü kişilere etkisi vardır. Güçlü delilin varlığına rağmen hakim, aksine de karar verebilir. Güçlü delil olarak kabul edilen, hususlardan yararlanılabilir. Bu konudaki kararların gerekçeli olması gerekir. Hakim, bu delilin varlığında, tanık, bilirkişi gibi diğer delillere başvurabilir. Bu deliller hakimi bağlamayacağı için, kesin delil değildir. Hakim, kendiliğinden veya tarafların iddia ve savunmaları üzerine, gerekli tüm delillere başvurmalıdır. Güçlü delil olarak kabul edilen, diğer dava dosyasındaki belgelerin bir örnekleri, görülmekte olan dava dosyası içinde yer almalıdır. Kesinleşen kararda, ileri sürülen hususlar, olumlu veya olumsuz bir şekilde hüküm altına alınmamışsa, bu hususlara güçlü delil olarak dayanılmamalıdır. Hakim, bu delilin varlığına rağmen, gerekli inceleme ve araştırmayı yapmalı, eksik inceleme ile karar vermemelidir. Hakim, güçlü delili değerlendirdikten sonra vicdani kanısına göre karar vermelidir.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 380.

**5092 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNA EKLENEN
SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA
YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI KURUMU**

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN*

A- GENEL OLARAK

5092 sayılı Kanun ile Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Kurumu İcra ve İflâs Kanununa eklendi. Bu kurum, Dünyada son yıllarda geliştirilen ve ödeme gücünü içine düşen, fakat yaşama kabiliyetini yitirmemiş şirketlerin iflâsına karar verilip ekonomik hayattan silinmeleri yerine, bu şirketlerin kurtarılarak ekonomiye yeniden kazandırılması düşüncesine dayanmaktadır¹. Çünkü; bir sanayi veya ticari işletmenin kapanmasının çok geniş etkileri vardır. Gerçekten, işletmelerin kapanmasının, işletme sahipleri, yöneticileri ve işçiler gibi doğrudan doğruya işletme ile bağlantılı olan şahısların yanı sıra, o işletme ile ticari ilişki içerisinde olan başka işletmeler için de yansımaları sözkonusu olmaktadır. Zira, işletmenin başarısızlığa uğramasının üretim tesisleri, stoklar ve müşteri çevresi üzerinde de etkileri vardır. Hatta, büyük işletmelerin kapatılmasının, işletmenin bulunduğu bölgede çeşitli sosyal sorunlara da yol açabileceği kuşkusuzdur.

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması kurumu büyük beklentilerle getirilmiş olmasına rağmen, uygulamada, belki de pek bilinmediğinden, (şimdilik) aynı şekilde rağbet görmüş değildir. Bu konu, doktrinde de henüz yeteri kadar işlenmiş değildir. Bu nedenle, bu çalışmada sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması kurumu hakkında genel bilgiler verilecektir. Bunun yanında, bu konuda uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel bazı sorunlar da irdelenmeye çalışılacaktır. Çalışmada, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden de kısaca söz edilecektir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. Hükümet Gerekçesi.

B-KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

İşletmelerin kurtarılması fikrine öncülük eden ülke ABD'dir. Gerçekten, gerek Türkiye, gerekse birçok Batı Avrupa Ülkesi bu konuda düzenleme yaparlarken büyük ölçüde ABD hukukundan etkilenmişlerdir². ABD'nin yanında İngiltere, Fransa, İsviçre ve Almanya'da da zor durumdaki işletmelerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenlemeler vardır. Bu ülkelerin iflâs hukuklarında son yıllarda bu yönde önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir³. Biz bu hukuk sistemlerinden ABD ile Alman hukuk sistemine çok kısa olarak değineceğiz.

I-ABD Hukuku

Zor durumdaki işletmelerin kurtarılması (veya bu hukuk sisteminde kullanılan tabirle yeniden yapılandırma) ABD Federal hukukunun bir parçası olan İflâs Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Bu kanun bölümlere ayrılmıştır.

² **Konuralp, H.**, Uzlaşma Suretiyle Sermaye Şirketlerinin Yeniden Yapılandırılmasının Tarihi Gelişimi ve Amacı, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.15 vd.); **Braun**, in: Braun, E., (hrsg), Insolvenzordnung, Kommentar, München, 2002, Vorbemerkung vor §§ 217 bis 269, Nr. 1; **Otte**, Karsten, in Kübler/Prüttin (Hrsg.) InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2002, § 217 Nr. 8; **Kemper**, Martin, Die U.S. –amerikanischen Erfahrungen mit Chapter 11, Ein Vergleich mit dem Insolvenzplan der neuen Insolvenzordnung, Frankfurt am Main 1995, s.3.

³ Bu konuda bkz. **Konuralp**, s. 15 vd.; Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak; **Üstündağ, S.**, İflâs Hukuku, 6. Bası İstanbul 2002 kitabına 4949 ve 5092 sayılı kanun hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle hazırlanmış olan EK, İstanbul 2004; **Hunkeler**, D., Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Freiburg 1996; **Kremer**, T., Unternehmensanierung in Frankreich, Köln 1994; **Dammann**, R., Das neue französische Insolvenzrecht, ZIP – Report, 6/96, s. 300; **Haeussermann**, Lutz, Sanierung der Aktiengesellschafts gemäß Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Code aus schweizerischer Sicht, Zürich 1986, s. 34 vd.; **Terhart**, Peter, Chapter 11 Bankruptcy Code: Eine Alternative Für Deutschland? Frankfurt am Main 1995; **Fassbach**, B., Die "cram down" des amerikanischen Konkursgerichtes im Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 des Bankruptcy Code: Vorbild für das Obstruktionsverbot in der deutschen Insolvenzordnung Frankfurt am Main 1997; **Hirte**, H./Otte, K., Die Rechtsetwicklung im Insolvenzrecht in den Vereinigten Staaten im Jahre 1993, ZIP 18/94, s. 1493 vd.; **Jander**, K.H., Übersicht über das amerikanische Konkursrecht unter Berücksichtigung der Reformvorhaben, RIW 1993 Heft 7, s. 547 vd.; **Perker**, S., Das Reorganisationsverfahren im englischen Recht im Vergleich zur geplanten deutschen Insolvenzordnung, 1997; **Cork, K./Graham, D.**, Insolvenzrechtsreform in England – Erläuterungen zum Cork-Report, ZIP 1982/11, s. 1275 vd.; **Shearman, J.**, Reformvorschläge zum englischen Insolvenzrecht, ZIP – Report, ZIP 13 /95, s. 1129 vd.; **Cork, K./Graham, D.**, Insolvenzrechtsreform im England – Erläuterungen zum Cork – Report, ZIP 11/82, s. 1275 vd.; Japonya'daki düzenleme için bkz. **Pape**, F., Der Sanierungsplan nach japanischem Recht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

Konumuzu düzenleyen bölüm,”yeniden örgütlenme Bölümü” 11. Bölümde düzenlenmiştir. Bu nedenle, genellikle 11. Bölüm olarak da anılmaktadır⁴.

Yeniden yapılandırma prosedüründe en sık karşılaşılan husus, alacaklıların, alacaklarının bir kısmına veya tamamına karşılık olarak, yeniden örgütlenen şirkete ait bir miktar ortaklık hissesi almalarıdır. Bu konudaki başka bir alternatif ise, şirketin bir bütün olarak ve işler halde bir üçüncü kişiye satılmasıdır. Ancak bu son ihtimal ABD’de pek başarılı olamamaktadır⁵.

Yeniden yapılandırma prosedürü, genellikle, alacaklılar tarafından değil⁶, borçlu şirketin yöneticileri tarafından yapılan bir “iradi iflâs talebi” ile başlar. Bu talebin ve yeniden yapılandırma prosedürünü en önemli özelliği, doğrudan doğruya talebin yapılmasıyla, mahkemenin kararına ihtiyaç duymaksızın şirket aleyhine açılan bütün takipler ile davaların durmasıdır. Duracak olan takiplere rehlin paraya çevrilmesiyle yolu ile takipler de dahildir⁷. Borçlu veya eğer bir şirket sözkonusu ise şirketin yönetim kurulu, yeniden yapılandırma prosedürü süresince de genellikle görevlerine devam eder. Başka bir ifade ile, yeniden yapılandırma prosedürü içinde, kural olarak borçlu işin başında kalmaya devam eder. Ancak, bu süre zarfında borçlu veya borçlu şirket yönetim kurulu bir yediemin borçlu (debtor in possession) konumunda ve iflâs mahkemesinin denetimi altındadırlar⁸. İstisnaen bu görev iflâs idare memurlarına da verilebilmektedir⁹. Yeniden yapılandırma talebinde bulunmak için hiçbir ön şart

⁴ Bu konuda bk. **Flessner, Axel**, Sanierung und Reorganisation, Insolvenzverfahren für Grossunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, Tübingen 1982, s. 33 vd. (özellikle bu sistemin ABD’de ortaya çıkışı ve uğradığı değişiklikler konusunda); **Haussermann**, s. 51 vd.; **Kemper**, s. 4 vd.; **Westbrook, Jay**. L. (Çev. Budak, Ali Cem), ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu – Şirketlerin “Going Concern” olarak Alacaklılara Karşı Korunması, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 10 vd.; **Konuralp**, s. 15.

⁵ **Terhart**, s. 15; **Westbrook**, s. 12.

⁶ Şüphesiz alacaklıların da şirketi iflâsa zorlama yetkisi vardır. Ancak, alacaklılar bu yetkilerini alacakları iflâs dışı yollardan da garanti altına aldığı için çok nadir olarak kullanırlar (**Westbrook**, s. 10; **Terhart**, s. 58 vd. ve 70 vd.).

⁷ **Kemper**, s. 89 vd.; **Westbrook**, s. 13.; **Konuralp**, s. 18. Bu sistemin en göze çarpan yönlerinden birisi de şudur: Alacaklılardan birisi, iflâs talebine rağmen, yani iflâs talebinin bulunduğu ve dolayısıyla takiplerin durduğunu bilmesine rağmen, buna uymayarak borçlu aleyhine takip yaparsa, hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (**Westbrook**, s. 15). Ancak, belli şartlar altında duran takiplere devam edilmesi mümkündür.

⁸ Bu konuda lehte ve aleyhteki görüşler için bkz. **Kemper**, s. 58 ve 59.

⁹ **Westbrook**, s. 26; **Kemper**, s. 62 vd.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

bulunmamaktadır. Ancak, talebin makul bir başarı şansı olması ve kötüniyetle yapılmamış olması gerekir. Aksi takdirde, erken bir zamanda reddedilebilir¹⁰.

Yeniden yapılandırma prosedürünün en önemli aşaması, yeniden yapılandırma planıdır. Bu planda alacaklıların alacaklarının ne oranda, nasıl ve ne zaman verileceği, şirketin varlığını sürdürebilmesi için, hangi tedbirlerin alınacağı yer alır. Planda sık görülmemekle birlikte işletmenin satılması da öngörülebilmektedir. Alacaklılar, çoğu kez yeniden örgütlenme sonucunda şirkette pay sahibi olurlar. Eski pay sahipleri de sahip oldukları payların en azından belli bir kısmını korurlar. Bu plan alacaklılar ve hisse senedi sahiplerinin oyuna sunulmaktadır. Planın alacaklıların belli bir çoğunluğu tarafından kabul edilmesi yeterlidir. Alacaklıların korunması için planın tasdiki için iki şart öngörülmüştür. Buna göre, ilk olarak planın kabulü için, alacaklıların şirket tasfiyesi sonucunda alacakları orandan daha az bir oran almamaları gerekir. İkinci olarak, mahkemenin planın başarı şansı olduğuna kanaat getirmesi gerekir. İlk şart için alacaklıların itirazı gerekli iken, ikinci şartı mahkeme kendiliğinden dikkate alacaktır¹¹.

II-Alman Hukuku

Almanya'da yeni Aciz Kanunu 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu Kanun ile, konkordato kanunu ve iflâs kanunu yürürlükten kaldırıldı. Böylece bu iki kanun tek bir kanunda birleştirilmiş oldu. Bu Kanunun hazırlık çalışmaları ta 1978 yılına kadar gitmektedir. Bu yıllarda Almanya'da özellikle petrol krizinden sonra iflâs olayları ciddi şekilde artmıştır. Açılan iflâs davalarında ise, ciddi sorunlar ortaya çıkıyordu. Gerçekten, açılan iflâs takiplerinden dörtte üçü masa mevcudunun yetersizliğinden dolayı tatil ediliyor; geriye kalanların da %10'u yine iflâs masasının yetersizliğinden dolayı erkenden kapanıyordu. Bu husus öyle bir duruma gelmişti ki, Almanya'da iflâsın iflâsı kavramı konuşulmaya başlanmıştı¹². İşte, kısaca belirtilen bu sakıncaların ortadan kaldırılması için, yeni bir kanun hazırlandı ve yürürlüğe girdi¹³.

Bu yeni kanunun konumuzu ilgilendiren yönlerini çok kısaca şu şekilde özetleyebiliriz. Borçlu için üç tane ihtimal söz konusudur; Bunlar, tasfiye

¹⁰ Westbrook, s. 26.

¹¹ Bkz. Kemper, s. 166 vd.; Haeussermann, s. 173 vd.; Westbrook, s. 22; Terhart, s. 128 vd.

¹² Bkz. Bork, R., Einführung in das Insolvenzrecht, 3. neue bearbeitete Auflage, Tübingen 2002, s. 4 vd.; Kissner, in: Braun, E., (hrsg), Insolvenzordnung, Kommentar, 2. Auflage, Münch 2004, vor § 1, Nr. 4 vd.; Pape, G./Uhlenbruck, W., Insolvenzrecht, München 2002, s. 20 vd.; 31; Prütting, H. in: Kübler, B.M./Prütting, H. (Hrsg.) InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I Köln 2002, Einleitung Nr. 18 vd.; Kilger, J., Der Konkurs des Konkurses, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, Heft 3 /1975, s. 142 vd.

¹³ Yeni Kanunun Almanya'daki aciz prosedürleri üzerindeki etkisi konusunda (eski dönem ile karşılaştırmalı olarak) bkz. Seagon in Buth/Hermans, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 2. Auflage, München 2004, s. 65 vd.

(Liquidation), yeniden yapılandırma (Sanierung) ve mevcudun terki suretiyle yapılandırma (Übertragende Sanierung)¹⁴. Bu yolların nasıl kullanılacağı Kanunda düzenlenmiştir. Ancak, bu yollardan birisini kullanmak isteyen taraflar mutlaka Aciz Kanunundaki hükümlere bağlı kalmak zorunda değildirler. İsterlerse düzenleyecekleri bir plan ile bu üç yolu kural olarak kanundaki hükümlere bağlı kalmadan da kullanabilirler. Buna göre, Alman hukukunda plan sadece yeniden yapılandırma için geçerli olan bir araç değildir. Aynı zamanda, mevcudun terki suretiyle yapılandırma ve tasfiye için de kullanılabilir. Buna göre, yeniden yapılandırma planının yanında, bir tasfiye planı ve mevcudun terki suretiyle planından da bahsedilebilir¹⁵. Şüphesiz, plan daha çok yeniden yapılandırma prosedürü için anlam ifade etmektedir. Kanun, planın içeriği konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Türk hukukunda olduğu gibi, sadece usule ilişkin bazı düzenlemeler koymuş, bunun nasıl doldurulacağını taraflara bırakmıştır¹⁶.

Plan iki bölümden oluşmaktadır. Bir bölümde (Darstellender Teil), borçlunun malvarlığı, borçların nasıl karşılanacağı, alacaklıların nasıl tatmin edileceği, tasfiye, yeniden yapılandırma veya malvarlığının terki suretiyle yapılandırma kurumlarından hangisinin tercih edileceği belirtilir¹⁷. Diğer bölümde ise (Gestaltender Teil), hazırlanan plan ile, ilgililerin hukuki durumlarının nasıl bir değişikliğe uğrayacağı belirtilir. Buradaki ilgililerden kasıt, aciz alacaklıları, tercih hakkına sahip alacaklı (absonderungsberechtigten Gläubiger) ve borçludur¹⁸. Alacaklılar gruplara ayrılabilir. Ancak, tercih hakkına sahip alacaklılar ile işçiler için mutlaka grup oluşturulması gerekir.

¹⁴ **Pape/Uhlenbruck**, s. 65; **Bork**, s. 2 vd.; **Seagon** in Buth/Hermans, 101; **Kissner**, in: Braun, Insolvenzordnung, vor § 1, Nr. 4 vd.; **Eidenmüller**, H.; Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999, s. 31 vd.

¹⁵ **Uhlenbruck**, W., Das neue Insolvenzrecht, Herne/Berlin 1994, s.106; **Bork**, s. 153; **Seagon** in Buth/Hermans, s. 99.

¹⁶ Bu nedenle, Alman hukukunda Aciz planı, hukuki niteliği itibarıyla bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. (**Bork**, s. 154). Plan ile taraflar Kanundaki prosedürden ayrılabilirler için, plan, borçlu veya aciz idaresi ile alacaklılar arasındaki bir sözleşme olarak da nitelendirilmektedir (**Haesemeyer**, FS Gaul, 1997, s. 177 vd). Planın hukuki niteliği konusunda bkz. ayrıca; **Otte**, in: Kübler, B.M./Prütting, H. (Hrsg.) InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I Köln 2002§ 217 Nr. 62 vd.; **Braun**, in: Braun, vor 217 Nr. 1; **Schiessler**, W., Der Insolvenzplan, Bielefeld 1997, s. 17 vd. ve özellikle **Eidenmüller**, H. in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung hrsg. Von Hans-Peter Kirschof, München 2002, § 217 Nr. 4 vd.(Adı geçen son yazara göre, Aciz planı – Insolvenzplan-, tıpkı sulhta olduğu gibi, hem maddi hukuka ilişkin, hem de usul hukukuna ilişkin iki taraflı (Doppelnatur) bir sözleşmedir

¹⁷ **Smid**, S., Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002, s. 398; **Bork**, s. 154, 155; **Seagon** in Buth/Hermans, s. 101, 102.

¹⁸ **Bork**, s. 156; **Seagon** in Buth/Hermans, s. 102.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

Aynı grupta bulunanlara eşit davranılmalıdır. Bununla birlikte, alacaklılar başka bir uygulamayı da kabul edebilirler (§ 226, I, I InsO).

Plan için sadece borçlu veya aciz memuru başvurabilir (§ 218 InsO). Plan, aciz mahkemesine sunulur. Plan başlangıçta sunulabileceği gibi, son duruşmaya kadar da sunulabilir. Mahkeme bazı şartların gerçekleşmesi halinde planı hemen reddedebilir (§ 231 InsO). Mahkeme, planın hemen reddedilmesi gerektirecek bir durumun bulunmadığını saptarsa, planı alacaklıların onayına sunar. Planın kabulü için, bütün alacaklı grupları tarafından ve her bir gruptaki alacaklı sayısı ve alacak oranının çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bir tek alacaklı grubu bile kabul etmezse, plan reddedilmiş sayılır. Kural böyle olmakla birlikte, bütün gruplarca kabul edilen bir planın sadece bir tek grubun olumsuz davranmasıyla başarısızlığa uğramaması için, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi (Obstruktionsverbot) kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, planı kabul etmeyen alacaklılar, plan ile planın olmadığı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelerine ve kendilerine hakkaniyete uygun bir pay da verilmesine rağmen, planı reddetmişlerse, bu tavırları planın geçerli olmasına etki etmeyecektir (§ 245 InsO). Planın geçerli olması için, kural olarak alacaklıların yanında borçlunun da planı kabul etmesi gerekir (§ 247 InsO)¹⁹. Son olarak, alacaklı ve borçlu tarafından kabul edilen planın mahkeme tarafından da onaylanması gerekir (§ 248 InsO).

Alman hukukunda, geçerli olan bir diğer ilke ise, azınlığın korunması ilkesidir (Minderheitenschutz) (§ 251 InsO). Bu ilkeye göre, bir alacaklının plan ile alacağı miktar, planın olmaması durumunda alacağı miktardan daha az ise, mahkeme planı onaylayamaz²⁰. Son olarak Alman Aciz Kanununun 254. maddesi ile, plandan dolayı alacağını tam olarak alamayan alacaklıların, üçüncü kişilere (örneğin, borçlunun kefillerine) başvurma hakkı saklı tutulmuştur.

C-TÜRK HUKUKU

I-Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği gibi, bir çok batılı ülkede işletmelerin ödeme güclüğü sorunu, bu işletmeleri tasfiyeden kurtarıp, yeniden yapılandırmak suretiyle ülke ekonomisinin hizmetine sokmak şeklinde aşılmaya çalışılmıştır. Buna karşılık, ülkemizde bu sorun son yıllara kadar, alacaklıların tahsilinde karşılaşılan güçlükler sorununa indirgenmiştir. Türk kanun koyucusu, son yıllara kadar sözü edilen bu sorunu, alacaklıların (ve özellikle kredi kurumlarının) alacaklarını zorla tahsil etmelerine ilişkin icra ve iflâs hukuku hükümlerinin “alacaklı taraf” lehine değiştirilmesi ile aşabileceğini düşünmüş, borçlu işletmelerinin kurtarılması ve yeniden yapılandırılması suretiyle ekonomiye

¹⁹ İstisnalar için bkz. § 247 II InsO.

²⁰ **Münchener Kommentar InsO-SinZ** § 251 Nr. 1 vd; **Bork**, s. 164.

kazandırılması düşüncesini fazla önemsememiştir²¹. Bu yaklaşımın uzun vadede başarılı olamadığı gözlemlendikten sonra, son yıllarda işletmelerin kurtarılması ve ekonomiye yeniden kazandırılması için de düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır²². Gerçekten, önce, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanuna, iflâsın ertelenmesi²³ ve mevcudun terki suretiyle konkordato kurumu getirildi. Daha sonra, 5092 sayılı Kanun ile sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması kurumu İcra ve İflâs Kanununa eklendi. Son olarak, 17.04.2004 tarihli Resmi Gazetede Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik yayımlandı ve yürürlüğe girdi.

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklılarıyla uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa yönetim yapılarını yeni şartlara uygun duruma getirmek suretiyle faaliyetlerine devam etmelerine imkan sağlayan hukuki kuruma uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma diyoruz²⁴. Bu kurum, her ne kadar Kanunda, konkordato hükümlerini izleyen maddelerde düzenlenmiş ise de, konkordatonun bir türü olmadığı gibi, külli bir takip ve tasfiye usulü de değildir.

²¹ Bu konuda bkz. **Üstündağ**, S., Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Alacakların Cebri İcra Yolu Tahsili – Yürürlükten Kaldırılmış Olan 3332 sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepleri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 151 vd.; **Üstündağ**, S., İcra ve İflâs Kanununun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990, s. 32 vd.; **Budak**, Ali Cem, İcra ve İflâs Kanununda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler, Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 315 vd.

²² Bu arada ülkemizde idarî düzenlemelerle de şirketlerin kurtarılmasına yönelik tedbirlerin alındığını belirtmek gerekir. Bu konuda daha önce, 3332 sayılı Şirket Kurtarma Kanunu çıkartılmıştı (Bu bkz. **Üstündağ**, S., Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Alacakların Cebri İcra Yolu Tahsili – Yürürlükten Kaldırılmış Olan 3332 sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepleri, Türk, İngiliz ve ABD hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, Yayına Hazırlayan Ali Cam Budak, s. 157 vd.). Bu Kanunun yürürlükten kaldırılmasından sonra, bu defa 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (31.01.2002 tarih ve 24657 –Mükerrer- sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) ile sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır (Bkz. Ayrıca, **Konuralp**, s.13 vd.).

²³ **Atalay**, O., İflâsın Ertelenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağanı, Ankara 2004, s. 49 vd.; **Pekcanitez**, H., Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991.

²⁴ **Pekcanitez**, H./**Atalay**, O./**Sungurtekin**, **Ö. M./Özeker**, M., İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004, s. 431; **Atalay**, O., Yeniden Yapılandırma Projesi, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.22 vd.).

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

Burada, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen ya da bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bir yeniden yapılandırma projesi hazırlamakta ve bu projeyi alacaklıların onayına sunmaktadır. Hazırlanan bu proje alacaklıların belli bir çoğunluğu²⁵ tarafından kabul edilirse, borçlu, kabul edilen bu proje ile muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yeniden yapılandırma için başvurabilmektedir. Mahkeme gerekli şartların gerçekleştiğini tespit ederse, yeniden yapılandırma planını onaylamaktadır.

II-Yeniden Yapılandırma Yoluna Başvurma Sebepleri

Yeniden yapılandırma yoluna hangi hallerde başvurulabileceği, İİK m. 309/m ve Yönetmeliğin 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir sermaye şirketi veya kooperatif:

- 1- Muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olması (yani aciz hali),
- 2- Mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi (borca batık olma hali),
- 3- Yukarıda sayılan durumlardan birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olması,

Hâllerinden biri varsa, borçlu sıfatı ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmalarına ilişkin hükümlerden yararlanmak amacıyla başvuruda bulunabilir. Görüldüğü gibi, yeniden yapılandırma iflâsın ertelenmesine göre, daha geniş bir uygulama alanı bulabilecektir.

Yukarıda sayılan hallerden üçüncüsü, yani borca batık veya aciz haline düşme tehlikesinin kuvvetle muhtemel olması, komisyonda çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. Gerekçe olarak da, bu şartın çok muğlak olduğu ve çok rahatlıkla alacaklılar tarafından kullanılabileceği belirtilmiştir. Ancak, yeniden yapılandırma kurumunun temel mantığı, zor durumda olan veya zor duruma düşme ihtimali olan bir şirket veya kooperatifin mümkün olan en erken zamanda yeniden yapılandırmak suretiyle ekonomiye kazandırılmasıdır. Bu nedenle, burada zamanlama çok önemlidir ve mümkün olduğu kadar erken bir zamanda bu yola başvurulması gerekir. Aksi takdirde, kurtulma şansı kalmadığından yeniden yapılandırma da mümkün olmayacak, şirket iflâsa doğru gidecektir²⁶.

²⁵ Burada aranan çoğunluk, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturan ve projenin kabulü için gerekli olan çoğunluğu ifade eder. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi hâlinde, her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir (m. 309m, III).

²⁶ Bkz. **Pekcanitez**, s. 46. Alman hukukunda, aciz prosedürünün açılması için üç tane sebep öngörülmüştür. Bunlar, borca batık olma (Überschuldung), ödeme güçlüğü

Bu sebeplerin hangi durumda gerçekleşmiş sayılacağı hususu Yönetmeliğin 2, 3 ve 4. fıkralarında belirtilmiştir. Buna göre, borçlunun “muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda” olmasının tespitinde, borçlunun borçlarını ödeyememesi veya borçlarını muaccel olduğunda ödeyemeyeceğinin anlaşılması ve yeniden yapılandırmaya gidilmediği takdirde bu hâllerin devamlılık arz edecek olması esas alınır.

“Mevcut ve alacakların borçları karşılamaya yetmemesi” durumunun tespitinde ise, borçlunun mevcutlarının muhtemel satış değerleri üzerinden müccel veya şarta bağlı borçları da göz önünde bulundurularak yeminli mali müşavir tarafından hazırlanmış ara bilanço, nakit akış tablosu ve diğer değerlendirme belgeleri esas alınır.

Borçlunun birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan koşullardan birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olması, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan durumlardan birinin yakın zamanda ve kaçınılmaz suretle gerçekleşmesi ihtimaline göre tespit edilir.

III-Yeniden Yapılandırma Projesinin Hazırlanması

1-Genel Olarak

Mali durumu bozulan ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen bir sermaye şirketi veya kooperatif, borçlarını hangi şartlarda ödeyeceğini, bu ödemeyi sağlayacak finansal imkânları nasıl elde edeceklerini, işletmesinde ve yönetiminde ne gibi değişiklikler yapacağını, mali bünyenin güçlendirilmesi, verimlilik ve kârlılık için hangi tedbirleri alacağını hazırlayacağı bir yeniden yapılandırma projesi ile ortaya koymalıdır. Borçlu, işletmesinin tekrar yaşayabilecek duruma gelmesi için gerekli olan tedbirleri alacağını göstermelidir. Bu bağlamda, borçlu, meselâ, işletmesinin belli bir bölümünü kapatabilir, çalışanların sayısını azaltabilir veya onlarla yapmış olduğu iş sözleşmelerini yeniden müzakere edebilir, işletmesini kısmen veya tamamen devredebilir, diğer bir şirket ile birleşebilir, işletmenin yönetimini değiştirebilir, borçlarının vadelerini uzatabilir, faiz oranlarını değiştirebilir (İİK m. 309n/5).

Yeniden yapılandırma projesinde bazı alacaklılar proje kapsamı dışında bırakılabilir. Bu durumda bu alacaklıların borçlarında hiçbir değişiklik olmaz. Bunlar, borçlarını daha önce kararlaştırılan oranda ve tarihte alırlar. Talepte

(Zahlungsunfähigkeit) ve ödeme güçlüğü içine düşme tehlikesidir (drohende Zahlungsunfähigkeit) (Bu konuda bkz. **Drukarczyk, J./Schüler, A.**, Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000; s. 95 vd.; **Pape/Uhlenbruck**, s. 235 vd.; **Bork**, s. 40 vd. Görüldüğü gibi, Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, üçüncü şart için ödeme güçlüğü ile borca batık olma durumuna düşme tehlikesine değil, sadece ödeme güçlüğüne düşme tehlikesi öngörülmüştür.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

bulunacak şirket, projeye dahil ettiği alacaklılar²⁷ arasında da eşit davranmak zorunda değildir. Sadece, aynı grupta yer alan alacaklılar arasında eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, projede alacaklılar farklı gruplara ayrılıp, bunların her birisine ayrı ödeme teklifleri yapılabilir.

2-Projesinin İçeriği (m. 309n)

Borçlu tarafından hazırlanan ve asliye ticaret mahkemesine sunulacak yeniden yapılandırma projesi, aşağıdaki hususları içermelidir:

a) Projeden etkilenen alacaklıların tâbi olacağı koşullar ve benzer alacaklara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağı.

b) Projenin, borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisi.

c) Projenin, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi.

d) Borçların yeniden yapılandırılması için gerekli görülüyorsa, borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurup başvurmayacağı.

e) Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi, borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler.

Görüldüğü gibi, Kanunda projenin uygulanabilmesi için başvurulabilecek bazı yöntemler örnek kabilinden sayılmaktadır. Borçlu, burada sayılan yöntemlerin dışında işletmenin zor durumdan kurtulabilmesi için gerekli başka tedbirlere de başvurabilecektir.

f) Tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından ve nasıl denetleneceği.

g) Projeyi reddeden alacaklının alacağıının, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklarla eşit muameleye tâbi olacağı.

Hukukî nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer olan alacakların aynı sınıfta yer almaları şartıyla, proje, alacaklıları birden fazla sınıf içerisinde gruplandırabilir.

Yeniden yapılandırma projesinin içeriğini düzenleyen İİK m. 308n'deki hükümler incelendiğinde, yeniden yapılandırmanın unsuru olarak şirket değil, işletmenin esas alındığını görmekteyiz. Başka bir ifade ile, burada önemli olan işletmenin sahibinin korunması değil, işletmenin kendisinin korunması ve yaşatılmasıdır. Bu nedenle, işletme devir veya birleşme suretiyle el değiştirebilecek, ancak, mevcudiyetini sürdürebilecektir. Bu düşünce de Türk

²⁷ Bunlara Kanun "projeden etkilenen alacaklılar" diyor. İİK m. 309m, III'e göre, "projeden etkilenen alacaklılar" terimi, yeniden yapılandırma projesi ile alacakları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklıları ifade eder.

hukuku bakımından yenidir. Zira, başka tedbirlerde, meselâ iflâsın ertelenmesinde tüzel kişiliğin (şirketin) kendisinin korunması esas alınmıştır²⁸.

3-Projeden Etkilenen Alacaklıların Belirlenmesi (YYYön. m. 5)

Borçlu bütün alacaklılar ile yeniden yapılandırma projesi yapmak zorunda değildir. Yapacağı anlaşmada bazı alacaklıları projenin dışında bırakabilir. Başka bir ifade ile, borçlu, alacaklılardan sadece bir kısmı ile yeniden yapılandırma anlaşması yapabilir. Borçlu, projeyi müzakere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı alacaklıları ilgili kanun ve yönetmelikte yer alan hükümlere uymak koşulu ile serbestçe belirler. Müzakerelere davet edilen alacaklılar, “projeden etkilenen alacaklılar” sayılır.

Borçlu, müzakerelere davet ettiği alacaklılara, projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıların listelerini gönderir; sınıflandırma yapılacak ise, projeden etkilenen her bir alacaklının yer almasını öngördüğü sınıfları da listede gösterir. Bu listede, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olan ancak projeden etkilenmeyen alacaklılar da gösterilir.

4-Projeden Etkilenen Alacaklıların Sınıflandırılması (YYYön m. 6)

İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, projede birden fazla alacak sınıfı yer alabilir. Sınıflar, alacağın niteliğine göre tespit edilir. Buna göre, borçlu hazırlayacağı projede, alacaklılarını gruplara ayırarak her gruba farklı ödeme teklifinde bulunabilir. Ancak, bu ödemeleri mümkün kılacak finansal ve yapısal yeniden yapılandırma yöntem ve tedbirlerine ilişkin kısmı tüm alacaklılar için aynı olmak zorundadır. Bunun dışında YYYön m. 6’da alacaklıların sınıflandırılmasında esas alınacak ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre:

a) Esas itibarıyla benzer alacaklar aynı sınıfta gösterilir. Benzer alacakların farklı sınıflar içerisinde yer alabilmesi için kabul edilebilir ekonomik veya ticari sebepler bulunmalıdır.

b) Bir alacaklı, alacaklarının niteliği gereği birden fazla alacaklı sınıfında yer alabilir ve niteliği farklı olan her bir alacağı için proje üzerinde ayrı ayrı oy kullanır.

c) Projeden etkilenen alacaklıların teminatl ve teminatsız alacaklılardan oluşması halinde, projede teminatl ve teminatsız alacaklılar için ayrı sınıflar bulunmalıdır.

d) Bir alacağın teminat altına alındığı rehinli malın üzerinde başkaca bir rehin veya başka bir mükellefiyetin bulunmadığı durumlarda o alacak için ayrı bir sınıf oluşturulabilir.

e) Bir alacağın birden fazla rehin ile teminat altına alındığı veya aynı malların üzerinde başka rehinlerin bulunduğu hâllerde, bu alacak aynı anda

²⁸ Atalay, s. 24.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

farklı sınıflar içerisinde değerlendirilebilir. Ancak bu alacağın tâbi olacağı şartlar, o sınıftaki diğer tüm teminatlı alacakların öncelik ve dereceleri açısından hakkaniyete uygun olmalıdır.

f) Birden çok alacak tek bir mal ile teminat altına alınmış ise, alacakları bu mal ile temin edilmiş olan tüm rehinli alacaklar aynı sınıfta yer alır.

g) Rehinli mal üzerinde uygun surette yapılan değer tespiti sonucu rehinli malın değeri teminatlı bir alacağın yalnızca bir kısmını karşılıyor ise rehinle karşılanmayan kısım teminatsız alacak olarak sınıflandırılır.

Proje aynı sınıfta olup da etkilenen alacaklılar arasında ayırım veya hakkaniyete uygun olmayan çözüm içeremez. Şu kadar ki, ayırımdan veya hakkaniyete uygun olmayan çözümden etkilenen alacaklıların tümü bu durumu açıkça kabul edebilir.

5-Projeden Etkilenen Alacaklıların Bilgilendirilmesi

İcra ve İflâs Kanununun 309o maddesinin (5) numaralı bendi uyarınca borçlu yeniden yapılandırma projesinin onaylanması için mahkemeye başvururken, projenin alacaklılar tarafından kabul edilmesinden önce, projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine imkan sağlayacak ölçüde bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Bunun için borçlu, alacaklılara bu konuda gerekli bilgi ve belgeleri göndermek zorundadır. Alacaklılara bu bağlamda gönderilmesi gereken belgeler YYYön m. 7'de düzenlenmiştir. Sözü edilen hüküm incelendiğinde, bu konuda oldukça ayrıntılı bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. Bu da, yeniden yapılandırma kurumunun ne kadar zor ve masraflı olduğunu ortaya koymaktadır.

İİK m. 309o/5'e göre, bilgilendirilmenin uygun araçlarla yapılması gerektiği ifade edilmekte; uygun araçlara örnek olarak da iadeli taahhütlü mektup ile noter ihbarnamesi gösterilmektedir.

YYYön m. 7'ye göre, alacaklılara gönderilmesi gereken belgeler şunlardır:

aa) İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesindeki unsurları içeren ve borçlu tarafından usulüne uygun olarak imzalanmış ve mühürlenmiş proje, alacaklıların bu proje çerçevesinde tâbi oldukları şartları gösteren beyan ve borçlunun bu projeyi akdetmeye yetkili olduğunu ispatlayan evrak,

bb) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde sayılan²⁹ veya mevcut en son finansal tablolar ile yeniden yapılandırılan işletmeye ilişkin finansal tahminleri gösteren bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış rapor özeti,

²⁹ Yönetmeliğin 8. maddesine göre, Borçlu, alacaklıları bilgilendirmek üzere, alacaklılarına aşağıdaki rapor ve tabloları gönderir ve bunları İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin ikinci fıkrası uyarınca asliye ticaret mahkemesine yapacağı başvuruda ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerinin vaziyetini bildiren cetvele ek olarak sunar:

cc) Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre hazırlanmış iflâs analiz raporu özeti³⁰,

dd) Alacakların sebeplerini, niteliğini ve miktarını sınıflarına göre ayrı ayrı gösteren alacaklı listesi veya listenin dağıtım için fazla kabarık olması durumunda özeti,

ee) Projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıları gösteren, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olup da projeden etkilenmeyen alacaklıları da kapsayan, borçlunun etkilenen alacaklıların proje dahilinde ellerine geçecek miktarın da yer aldığı bu Yönetmeliğin 5 inci maddesi uyarınca hazırlanmış bir çizelge,

ff) İşletmeyi finansal zorluğa düşüren faktör ve nedenleri gösteren açıklama,

gg) Yeniden yapılandırma yoluyla finansal darboğazı atlatmaya yönelik stratejiyi gösteren plân,

hh) Projenin uygulanmasına yönelik şartlar,

ii) Gerekli finansmanın temin edilebileceğine ilişkin beklentiler ve şartları,

-
- aa) En son denetçi veya denetim kurulu raporu. Eğer rapor yoksa, şirketin neden denetlenmemiş olduğuna ilişkin borçlu tarafından düzenlenen rapor.
- bb) Başvuruda bulunan borçlu, ilgili mevzuat gereğince bağımsız dış denetim yaptırmak zorunda ise son denetime ilişkin rapor.
- cc) Son üç yıla ait finansal tablolar. Şirket veya kooperatif üç yıldan daha kısa bir süre önce kurulmuşsa, kuruluşundan itibaren düzenlenen tüm finansal tablolar.
- dd) Borçlunun aktiflerinin durumu gösteren ve aktifinde yer alan her bir mal veya mal grubunun tarifini, defter değerini, tahmini piyasa değerini, değerlemede temel alınan usul ve esasları, üzerinde bulunan rehin hakkını veya üçüncü kişinin zilyetliğinde olanları ve rehinli alacaklıların veya üçüncü kişi zilyetlerin adlarını ve adreslerini de içeren karşılaştırmalı bir değerlendirme tablosu.

³⁰ Yönetmeliğin 9. maddesine, alacaklılara gönderilecek diğer bilgi ve belgelere eklenmek üzere, bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından, projenin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı bir analiz raporu hazırlanır. İflâs analizi raporu hazırlanırken aşağıdaki hususlar da dikkate alınır:

- aa) En son denetim raporları,
- bb) Nakit akışına ilişkin tahminler,
- cc) Kâr tahminleri,
- dd) Yeniden yapılandırma sürecinde sağlanacak finansman,
- ee) Yönetimin plan ve tahminlerinin makul olup olmadığı,
- ff) Yönetimin yetkinliği,

İflâs analizi raporunda ayrıca projeye göre alacaklıların ellerine geçecek miktar ile borçlunun iflâsı halinde ellerine geçmesi beklenen muhtemel miktar da karşılaştırmalı olarak gösterilir.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

jj) Vergi yükümlülükleri,

kk) Projenin başarısız olmasına yol açabilecek ekonomik, siyasi, hukuki, ticari vergi riskleri gibi riskler ve engeller,

mm) Yönetmeliğin 11 inci maddesi uyarınca hazırlanmış oylama davetiyesi.

IV-Projenin Oylanması

1- Genel Olarak

Borçlu, yukarıda belirtilen projeyi ve ilgili belgeleri uygun vasıtalarla alacaklıların bilgisine sunarken, aynı zamanda projeyi kabul edip etmeyeceklerine de karar vermelerini ister.

Borçlu, proje hakkındaki oylamayı mektup ile veya alacaklıları davet etmek suretiyle yapabilir.

Her iki durumda da borçlunun projeden etkilenen alacaklılardan hepsini ayrı ayrı oylama davetiyesiyle oylamaya çağırması gerekir. Oylama davetiyesinin alacaklıların proje hakkında karar vermelerine ve zamanında oy kullanmalarına imkan verecek şekilde oylama tarihinden makul bir süre önce gönderilmesi gerekir (YYYön m. 10).

Oylama davetiyesinin içeriği YYYön m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre, oylama davetiyesi alacaklının alacağıın sınıfını ve miktarını, oylamanın posta yolu veya bu amaç için yapılacak bir toplantıda gerçekleşeceğini, oylamaya ilişkin usulü, hangi tarihe kadar oy verilebileceğini, oylama görevlisinin adını ve unvanını ve davetiyeye eklenen tüm belgelerin bir listesini içerir.

Borçlunun oylama için toplantı yapmayı öngördüğü hallerde, toplantının günü, saati ve yeri davetiyede açıkça belirtilir. Borçlu, oylama için toplantı yapılmasını öngörmediği takdirde, alacaklıların, hangi tarihe kadar ve ne suretle oy kullanabilecekleri davetiyede açıkça belirtir.

Alacaklılar, proje üzerinde bizzat veya bir vekil aracılığıyla oy kullanabilirler. Davetiyede, tüm vekaletnamelerin Örnek-3'e uygun şekilde hazırlanması ve vekalet veren alacaklı ile vekilinin imza sirkülerinin form'a eklenmesi ve oylama görevlisine oy pusulası ile birlikte verilmesi gereği belirtilir.

Davetiyede, alacaklının toplantıya katılmaması veya süresi içinde davetiyede belirtilen usule uygun olarak oy kullanmaması durumunda, projenin tasdiki için gereken çoğunluğun hesabında dikkate alınmayacağı ve gerekli çoğunluk sağlandığı takdirde, oylama sonucu ile bağlı olacağı da ihtaren bildirilir.

Oylama davetiyesine eklenmesi gereken belgeler, YYYön m. 12'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, projeden etkilenen her bir alacaklıya oylama davetiyesi ile birlikte aşağıdaki belgelerin de gönderilmesi gerekir:

- a) İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesi uyarınca hazırlanmış proje,
- b) Bu Yönetmeliğin 7, 8 ve 9 uncu maddelerindeki usule göre hazırlanmış olan ve projeden etkilenen alacaklılara bildirilmesi gereken rapor ve belgeler,
- c) Oy Pusulası

2- Oylama Toplantısı

Borçlu, oylama toplantısı yapmaya karar verirse, projeden etkilenen tüm alacaklıların katılımını kolaylaştırmak amacıyla, toplantıyı etkilenen tüm alacaklılar için uygun olabilecek gün, saat ve yerde yapmalıdır.

Toplantıya gerekli nitelikleri haiz bir oylama görevlisi başkanlık eder. Oylama görevlisi borçlunun tayin edeceği bir noter veya alacaklılar yahut borçlu tarafından daha sonra İcra ve İflâs Kanununun 309/ö maddesi uyarınca proje denetçisi olarak görev yapmak üzere seçilmiş üçüncü bir kişi olabilir. Oylama görevlisi, hâzırûn cetvelini³¹ tutmak, oy pusulalarını toplamak, oylamanın sonucunu kâğıda dökmek ve asliye ticaret mahkemesine sunulacak olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren raporu hazırlamak suretiyle oylama sürecini denetlemek ve idare etmekle yetkilidir.

Alacaklılar, proje üzerinde vekil aracılığıyla oy kullanabilirler. Bu durumda, düzenlenecek vekaletnamede, alacaklının ve vekilinin adı, soyadı, unvanı ve adresi yer alır. Vekaletnamenin, davetiyede belirtilen gün, saat ve yerde yapılacak toplantıda oylanacak yeniden yapılandırma projesine ilişkin olarak verildiğine dair açık bir ifade bulunmalıdır (YYYön m. 15).

Projenin kabul edilebilmesi için, projenin, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturan bir çoğunluk tarafından uygun görülmesi gerekir. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi hâlinde, her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir (m. 309m. III). Burada akla şöyle bir soru gelebilir. Proje birden fazla alacaklı sınıfı içerir ve bu alacaklı sınıfları birisi dışında projeye onay vermez ise ne olacaktır? Bu durumda proje reddedilmiş mi sayılacaktır? Alman hukukunda bu konuda Obstruktionsverbot denilen bir kurumun mevcut olduğunu; buna göre, planı kabul etmeyen alacaklılar, plan ile planın olmadığı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelerine ve kendilerine hakkaniyete uygun bir pay da verilmesine rağmen, planı reddetmişlerse, bu tavırları planın geçerli olmasına etki etmeyecektir (§ 245 InsO)³². Her ne kadar İcra ve İflâs Kanununda bu konuda bir düzenleme yok ise de, Türk hukuku açısından da

³¹ Hâzırûn Cetveli YYYön m. 14' düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hâzırûn cetvelinin; oylamaya katılan alacaklının adı veya unvanı, alacaklı vekil aracılığı ile oy kullanmışsa, vekilin adı, alacaklının alacağı miktarı, varsa, alacaklının alacağı dahil olduğu sınıf ve alacaklının veya vekilinin imzasını içermesi gerekir.

³² Bkz. yuk. s. 12.

dürüstlük kuralı çerçevesinde benzer bir sonucun kabul edilmesi uygun olacaktır.

3- Posta İle Oylama

Borçlu, oylama için mutlaka alacaklıları toplamak zorunda değildir. İsterse, posta yolu ile de oylama yaptırabilir. Bu durumda borçlu, oylama davetiyesinde oyların gönderileceği adresi ve oyların tebellüğ edileceği son tarihi de açıkça belirtmek zorundadır (YYYön m. 12). Bununla birlikte, Kuru'ya göre, posta yolu ile oylama kanunda öngörülmediği için, kanuna aykırıdır³³.

Kendilerine yukarıda belirtilen şekilde yeniden yapılandırma projesi tebliğ edilen alacaklıların, projeyi kabul edip etmediklerini proje teklifi yapan borçlu şirketin belirlemiş olduğu süre içerisinde bildirmesi gerekir. Ancak, burada verilen süre hak düşürücü nitelikte bir süre değildir. Alacaklı, projenin tasdiki için mahkemeye başvurulmasına kadar bildirim yapılabilir. Verilen süre içinde veya projenin mahkemeye sunulmasına kadar açık bir şekilde onay verilmezse, proje reddedilmiş sayılır ve bu alacaklı gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmaz ve gerekli çoğunluk sağlanırsa proje ile bağlı olacaktır. Bu şekilde, alacaklıların sürece katılmaları teşvik edilmiştir³⁴. Alacaklı, projeyi kabul yönünde oy kullanmışsa, bu beyanının, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı bir tutanak ile yapılması gerekir.

Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 10,11,12,13 ve 15 inci maddeleri posta yolu ile oylama usulü için de geçerlidir. Ayrıca, aslen oy kullanan alacaklı oy pusulasına noter onaylı imza sirkülerini de ekler.

Oylama görevlisi Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde belirtilen usulde hâzırûn cetveli tutar ve cetvelin beşinci sütununa oyların alındığı tarihi kaydeder. Posta yolu ile oylama, ilgili diğer kanun ve yönetmeliklerdeki hükümler ile de uygunluk içerisinde gerçekleştirilir.

4- Oylama Raporunun Hazırlanması

Oylama görevlisi İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin (8) numaralı bendi uyarınca, asliye ticaret mahkemesine oylama sürecine ilişkin ayrıntıların bildirilmesi amacıyla verilecek olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren bir rapor hazırlar. Raporda Örnek-5'de yer alan bilgiler bulunur. Oylama görevlisi oylamaya ilişkin olarak uygun bulduğu diğer bilgilere de raporunda yer verebilir. Hâzırûn cetveli ile oy pusulaları rapora eklenir (YYYön m. 17).

³³ Kuru, B., İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 1355, DNA. 11.

³⁴ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 439.

V- Yeniden Yapılandırma Projesinin Mahkemece İncelenmesi, Tasdiki Ve Tasdikin Sonuçları

1-Yeniden Yapılandırma İçin Başvurulması

Konkordatoda farklı olarak yeniden yapılandırma için, sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler başvurabilir. Buna göre, anonim şirket, limitet şirket ve paylı komandit şirketler yeniden yapılandırma için başvurabilirler. Ancak, bankalar ve sigorta şirketleri (anonim şirket olmalarına rağmen) yeniden yapılandırma yoluna borçlu sıfatı ile başvuramazlar (m. 309t son fıkrası). Aynı şekilde, konkordatoda olduğu gibi, gerçek kişi tacir veya tacir olmayan birinin bu yola başvurabilmesi mümkün değildir.

Yetkili ve görevli mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir (n. 309m, D).

Burada üzerinde durulabilecek bir diğer konu, yeniden yapılandırmanın başka tedbirlerle de birlikte talep edilip edilemeyeceğidir. Meselâ, borca batık olan bir şirket (İİK m. 179'a göre, bu durumda iflâsın istenmesi zorunluluğu vardır), yeniden yapılandırma projesinin tasdikini, tasdik edilmezse iflâsın ertelenmesini ona da karar verilmeyecek olursa, iflâsına karar verilmesini terditli olarak ileri sürebilir mi? Teorik olarak bunun mümkün olduğu söylenebilir. Aynı şekilde, borçlunun önce konkordato talep edip, daha sonra, alacaklılarla uzlaştıktan sonra yeniden yapılandırma veya iflâsın ertelenmesi kararını aldıktan sonra yeniden yapılandırma için talepte bulunabilmesi gerekir³⁵.

Aşağıda ifade edileceği gibi³⁶, borçlu yeniden yapılandırma için başvurduğunda başlangıçta bir koruma görmeyecektir. Başka bir ifade ile, borçlu alacaklılara projeyi sunduğu anda, alacaklılardan gelen ihtiyati haciz veya icra takipleri ile karşı karşıya kalabilir. Yeniden yapılandırma prosedüründe tedbir, ancak, proje alacaklılar tarafından kabul edilip tasdik için mahkemeye başvurulduktan sonra söz konusu olabilir. Bu husus, yeniden yapılandırma sisteminin borçlu için belki de en zayıf tarafını oluşturmaktadır. Bu nedenle, buradaki tehlikenin ortadan kaldırılması için, yeniden yapılandırma ile iflâsın ertelenmesi birlikte düşünülebilir. Buna göre, İİK m. 179a'ya göre, borçları aktifinden fazla olan bir anonim şirket derhal durumu ticaret mahkemesine bildirirken, aynı zamanda yeniden yapılandırma yoluna başvuracağını belirterek, iflâsın ertelenmesini talep edebilir. Mahkeme iflâsın ertelenmesi kararını verecek olursa, şirket yeniden yapılandırma yoluna başvurabilir. Bu durumda yeniden yapılandırma ile iflâsın ertelenmesi birlikte yürüyebilir. Ticaret mahkemesi, iflâsın ertelenmesi talebini reddedecek olursa, acaba yeniden

³⁵ Bkz. **Pekcanitez**, H., Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulanması, İcra ve İflâs Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, Seminer, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.49; **Atalay**, s. 50.

³⁶ Bkz. a.ş.a. s. 22.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

yapılandırma prosedürüne devam edilebilir mi? Kuru, bu soruya olumsuz cevap verip, ticaret mahkemesinin bu durumda, yeniden yapılandırma için başvurulmuş olmasından dolayı iflâs kararı verilmesinin durdurulmasına karar veremeyeceğini belirtmektedir³⁷.

İİK m. 179a'da borcun aktiften fazla olması hali sermaye şirketleri ve kooperatifler için doğrudan doğruya bir iflâs sebebi olarak öngörürken, İİK m. 309/m'de de bu husus yeniden yapılandırma sebeplerinden birisi olarak öngörülmüştür. İİK m. 179a'ya göre, bir sermaye şirketinin veya kooperatifin borçları aktiflerinden daha fazla olursa, şirket yetkililerin durumu mutlaka ticaret mahkemesine bildirmeleri ve şirketin iflâsını istemeleri gerekir. Kuru'nun yukarıda belirttiği gibi, bu durumda yeniden yapılandırma yolu ile iflâs kararının verilmesinin durdurulmasına karar verilemeyecek olursa, m. 309/m'da öngörülen "Mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi" sebebine dayanarak yeniden yapılandırma yoluna başvurma fiilen imkansız hale gelecektir. Bu da hükmün konuluş amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, şirketin borçları aktifinden fazla olduğu için yeniden yapılandırma yoluna başvurulmuş ve bu arada ticaret mahkemesine müracaat edilmişse, ticaret mahkemesinin yeniden yapılandırma prosedüründen dolayı, iflâs kararının verilmesinin durdurulmasına karar vermesi gerektiği kanısındayım.

Yeniden yapılandırma başvurusuna aşağıdaki belgelerin eklenmesi gerekir (İİK m. 309/o).

- a) Yeniden yapılandırma projesi.
- b) Borçlunun malî durumunu gösterir belgeler, ayrıntılı bilanço, defterlerinin vaziyetini bildiren bir cetvel, gelir tablosu ve borçlunun malî durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler.
- c) Projenin, borçluyu yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme plânına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeler.
- d) Projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ile bunların alacaklarının listesi.
- e) Başvuru öncesi müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamalar.
- f) Projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar.
- g) Projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren belge.

³⁷ Kuru, s. 1350, dn. 4.

h) Sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetvel.

i) Borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren ve gerekli nitelikleri haiz bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış bulunan finansal analiz raporları ile dayanakları.

2- Projesinin Mahkemece İncelenmesi ve Tasdiki

a) Projesinin Mahkemece İncelenmesi, Ara Dönem ve Koruma Tedbirleri (İİK m. 309/ö)

Mahkeme, yeniden yapılandırma başvurusundan sonra otuz gün içinde bir duruşma günü tespit etmek ve bunu İcra ve İflâs Kanununun 288. maddesinde öngörülen usulle ilân etmek zorundadır (m. 309/ö). Yapılacak olan ilân ve tebligatta, başvurunun kapsam ve sonuçları, başvuru dosyasının hangi tarihten itibaren nerede görülebileceği ve itirazların da ileri sürülebileceği duruşmanın günü ve saati gösterilir.

Mahkeme, ayrıca, borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri derhal alır. Mahkeme bu tedbirlerin verilmesi için de isterse bir duruşma günü belirleyebilir. Ancak mahkeme tedbir kararlarını mutlaka duruşmalı olarak vermek zorunda değildir. Mahkeme, duruşma gününe kadar projenin uygulanmasının tehlikeye gireceği kanaatinde ise, duruşma yapmadan dosya üzerinde de gerekli olan tedbirlere karar verebilir.

Bu duruşmada mahkeme, alacaklılar ve borçlu tarafından seçilmiş, atanmasından projenin tasdikine veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek olan ve gerekli bilgi ve tecrübeye sahip ve gerekli nitelikleri haiz bir veya birkaç ara dönem denetçisi tayin edebilir. Alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçmedikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları, ancak şartların ara dönem denetçisi atanmasını gerekli kıldığı hallerde mahkeme, bir veya birkaç ara dönem denetçisini re'sen atayabilir.

Ara dönem denetçisinin sahip olması gereken nitelikler ve kendisine ödenecek ücret, Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ara dönem denetçisi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli mali müşavirler arasından seçilir. Projede denetçinin görevleri belirlenebilir, sorumlulukları da verilen görevlere göre tespit edilebilir. Denetçilerin bağımsız ve tarafsız olmaları, etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir.

Ara dönem denetçisine ödenecek olan ücreti borçlu ve alacaklılar kendi aralarında kararlaştırabilirler. Bunlar aralarında kararlaştırmamışlarsa, ara

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

dönem denetçisinin ücretini mahkeme belirler. Borçlu, bu tutarı peşin olarak mahkeme veznesine depo eder. Mahkeme tasdik talebine ilişkin nihai kararında, ara dönem denetçisinin ücretini kesin olarak belirler ve daha önce depo edilen miktarın eksik kalması halinde tamamlanmasına, aksi takdirde iadesine karar verir.

Aksi projede öngörülmemişse, ara dönem denetçisi, tasdik kararı ile birlikte proje denetçisi olarak da atanabilir.

Mahkeme, ara dönemde borçlunun malvarlığının korunması ve projenin uygulanabilmesi için gerekli olan diğer tedbirleri de alır. Buna göre, mahkeme, projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili olan davaların, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipleri ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına ara dönem için karar verebilir. Buna karşılık ticaret mahkemesi, projeden etkilenmeyen alacaklıların başlattıkları takiplerin ve açtıkları davaların durdurulmasına karar veremez. Bu nedenle, projeden etkilenmeyen alacaklıların, şirketin mallarını haczettirmeleri ve sattırmaları mümkündür. Bu işe, yeniden yapılandırma prosedürünün başarıya ulaşmasını zorlaştırabilir; hatta engelleyebilir³⁸.

Ara dönemde borçlu, işletmenin devamı için zorunluysa veya malvarlığının kıymetinin korunması ya da artırılması için gerekli görülmesi hâlinde, kredi gibi finansman araçlarına başvurabilir. Bir finansman kaynağının kullanılabilmesi için teminat verilmesi gerekiyorsa, bu teminat öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis edilmemiş taşınır veya taşınmaz malları üzerinde sağlanır.

Finansman kaynağı terimi, borçluya hammadde gibi işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri sağlayanları da kapsar.

b) Projesinin Tasdiki (İİK m. 309/p)

Mahkeme yeniden yapılandırma projesinin tasdiki için yapılan duruşmada, ara dönem denetçisini, borçlu işletmenin yetkililerini ve duruşmada hazır bulunan alacaklıları dinler; projenin tasdiki için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması halinde, en geç otuz gün içinde başvurunun tasdikine veya reddine karar verir.

Mahkeme yapacağı inceleme sonucunda;

- aa) borçlunun yeniden yapılandırmaya iyi niyetle başvurduğunu,
- bb) 309/m ilâ 309/o maddelerindeki şartların yerine geldiğini,

³⁸ Kuru, s. 1360, dn. 18.

cc) projeyi reddetmiş olan her alacaklının projeye eline geçecek miktarın en az iflâs tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olduğunu tespit ettiği takdirde,

en geç otuz gün içinde başvurunun tasdikine, aksi halde reddine karar verir.

Mahkeme, tasdik kararı ile birlikte, borçlu ile alacaklıların bu konudaki görüşlerini de dikkate alarak, yetkileri sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilir. Borçlu ve alacaklılar, denetçi seçmedikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları takdirde, mahkeme, nitelikleri ve görev alanı yönetmelikle belirlenecek olan bir denetçiyi re'sen atayabilir.

Proje denetçisinin kim olacağı ve ücreti tasdik edilen projede belirlenmemişse, bu hususlar projenin tasdikinin görüşüldüğü mahkeme tarafından belirlenir. Proje denetçisinin ücreti, göreve atanan kişinin piyasadaki o nitelikte uzman kişinin alacağı ücret esas alınarak harcayacağı emek ve mesaiye göre mahkemece belirlenir (YYYön m. 19).

Proje denetçisi tasdik edilen projenin sonuna kadar görevlerini sürdürecektir. Bu süre, projeye göre birkaç yıl veya daha uzun olabilir. Ancak, yeniden yapılandırma projesinin yapısı gereği bu sürenin uzun olması gerekir. İstanbul yaklaşımında bu süre 8 ilâ 12 yıl arasında değiştiğine göre, burada da aynı süreler sözkonusu olabilir. Çünkü, eğer şirketin daha kısa bir süreye ihtiyacı varsa, onun yeniden yapılandırma yerine, çok daha basit, ucuz ve kolay olan iflâsın ertelenmesi yoluna başvurması daha akılcı olacaktır. Nitekim, uygulamada da iflâsın ertelenmesi yolu tercih edilmektedir.

Yukarda izah edildiği gibi, yeniden yapılandırma başvuru üzerine mahkeme, otuz gün içinde duruşma günü belirlemek zorunda idi. Otuz gün içinde karar vermek durumunda da olduğuna göre başvuru ile karar tarihi arasında ara dönem olarak toplam 60 günlük bir süre söz konusudur. İçinde onlarca, belki yüzlerce alacaklı ve onlarla ilgili dosyalar ile bağımsız denetim kuruluşlarının raporları bulunan büyük bir proje ve buna ilişkin itirazlar hakkında toplam 60 gün içinde karar verilmesinin, oldukça zor olacağı muhakkaktır. Mahkeme bu süre içinde karar veremezse ne olacaktır? Bu durumda, yeniden yapılandırma projesinin tasdik edilmediği sonucuna mı varmak gerekir?³⁹. Yoksa bu konuda mahkemenin kararının beklenmesi mi gerekir? Birinci durumda, borçlu mağdur olacak, ikinci ihtimalde ise, alacaklıların zarara uğramaları sözkonusu olabilecektir. Kanaatimce sırf 60 gün içinde karar verilmemesinden dolayı projenin geçersiz sayılmaması gerekir. Zira burada öngörülen süre, düzenleyici bir süredir. Dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olmasının işlemin geçerliliğine bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak,

³⁹ Bu görüşte, **Pekcanitez**, s. 40.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

mahkemelerin de kararlarını fazla geciktirmemeleri gerekir. Bunun için de yeniden yapılandırma talebini inceleyen mahkeme, bu konuda uzman olmalıdır.

Burada akla gelebilecek bir diğer sorun da mahkemenin bilirkişiye başvurup başvurmaması meselesidir. Mahkemelerin Kanunda öngörülen süre içerisinde karar vermelerinin zor olduğu yukarıda ifade edildi. Eğer mahkemeler bilirkişiye de gidecekler ise, bu durumda 60 günlük süre içinde karar vermeleri nerede ise imkansız hale gelecektir. Bunun dışında, proje başvurusunda projenin uygulanabilirliği konusunda bağımsız denetim kuruluşlarından da rapor sunulması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Bu kuruluşların verdiği raporlara karşı bilirkişi olarak kimden ikinci defa rapor alınacaktır? Meselâ bu konuda bir muhasebeci veya mali müşavirden rapor alınabilir mi? Bu durumda, bu raporlara da itiraz sözkonusu olabilecektir. Böylece, mahkemenin karar vermesi iyice zorlaşacaktır. Bu nedenle, çok önemli bir itiraz ileri sürülmedikçe yeniden bilirkişi incelenmesi yapılmaması uygun olacaktır⁴⁰.

Tasdik veya ret kararının tebliğinden itibaren on gün içinde borçlu ve tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar kararı temyiz edebilirler. Bu konudaki temyiz incelemesi ivedilikle yapılır ve verilecek karara karşı, karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Tarafların itiraz ve temyizi maktu harca tabidir.

c) Projenin Tasdiki Kararının Sonuçları (İİK m. 309/r).

Yeniden yapılandırma projesi, tüm hüküm ve sonuçlarını, başvurunun tasdikine ilişkin kararın verildiği andan itibaren doğurmaya başlar. Projenin şartları, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir. Buna göre, projede borçlu ile alacaklılar arasında bir uzlaşma sağlanmışsa, bu uzlaşma kendileriyle daha önce yapılan bütün sözleşme hükümlerinden önce uygulanacaktır. Başka bir ifade ile, iki sözleşme hükümleri arasında bir çelişki varsa, proje hükümleri geçerli olacaktır. Hatta taraflar arasında yapılan sözleşmede, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvuramayacağına ilişkin hükümler geçerli olmayacak, borçlu bu hükümlere rağmen yeniden yapılandırmaya başvurabilecektir. Ancak, projede, borçlunun daha önce yaptığı bazı sözleşmelerinin saklı kalacağı kararlaştırabilir.

Kararın temyiz incelemesi sonunda Yargıtay'ca bozulması üzerine, projenin tasdik kararının icrası kendiliğinden durur. Bozma kararına kadar yapılan işlemler geçerliliğini muhafaza eder.

Başvurunun tasdiki talebinin reddine ilişkin mahkeme kararının verilmesi hâlinde, mahkemece verilmiş tedbirler kalkar, durmuş olan dava ve takiplere devam edilir.

⁴⁰ Pekcanitez, s. 39.

VI-Yeniden Yapılandırmanın Feshi, Projenin Tadili Ve İhlâli

1-Yeniden Yapılandırma Feshi (m. 309s)

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında, konkordatonun bir alacaklı için feshine ilişkin İcra ve İflâs Kanununun 307. maddesi ile tamamen feshine ilişkin 308. maddesinin birinci fıkrası kıyasen uygulanır. Yeniden yapılandırmanın tamamen feshine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, durum mahkemece 288 inci maddede öngörülen usule göre ilânen duyurulur. İlândan itibaren on gün içinde, projeden etkilenen alacaklılar tasdik kararını vermiş olan mahkemeden borçlunun derhal iflâsına karar verilmesini isteyebilirler. Doğrudan iflâs talebinde bulunma yetkisi Kanunda açıkça sadece projeden etkilenen alacaklılara tanınmıştır. Dolayısıyla projeden etkilenmeyen alacaklıların bu sebebe dayanarak doğrudan iflâs talep edebilmesi mümkün değildir⁴¹.

2-Yeniden Yapılandırma Projesinin Tadili (m. 309ş)

Projenin bir kısmının ihlâli hâlinde, bu ihlâl sadece bazı alacaklıları etkiliyorsa, hakları ihlâl edilen bu alacaklıların borçlu ile projenin tadili konusunda anlaşmaya varmaları durumunda, tadil edilmiş proje mahkemenin tasdikine sunulur.

Projenin devamı için bu tadilatın yapılması zorunlu ise ve tadil edilmiş proje hakları ihlâl edilmiş olan alacaklıları projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha uygun bir duruma getirmiyorsa, mahkeme tadil edilmiş projeyi tasdik eder. Yeniden yapılandırma projesinin tasdikine ilişkin usul projenin tadili hakkında da uygulanır.

3-Yeniden Yapılandırma Projesinin İhlâli ve Doğrudan İflâs (m. 309t)

Borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi hâlinde durum proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılar tarafından projeyi tasdik etmiş olan mahkemeye bildirilir. Aynı hak, projenin tasdikinden önce borçluya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi finansman kaynağı yaratıp bundan kaynaklanan alacağını kısmen veya tamamen elde edemeyen alacaklı için de söz konusudur. Bu bildirim üzerine mahkeme, borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarını önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır ve bir duruşma günü tayin ederek 288 inci maddede öngörülen usule göre ilânen duyurur.

Mahkeme, projeden etkilenen veya etkilenmeyen alacaklıların itirazlarını inceledikten sonra, borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediğini, projenin uygulanmayıp tadilinin de söz konusu olmadığını veya finansman alacaklısının alacağını tamamen ya da kısmen elde edemediğini tespit

⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 447.

Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma İle Yeniden Yapılandırılması

edince derhal borçlunun iflâsına hükmeder. İflâs kararı verilebilmesi için projeden etkilenen alacaklıların talebine gerek yoktur⁴².

VII-Cezaî Yaptırımlar

5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanununun 334. maddesinde değişiklik yapılarak, yeniden yapılandırmada yetkili kimseleri hataya düşürenlere cezaî yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre, Konkordato mühleti elde etmek veya konkordato veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesini tasdik ettirmek için gerçeğe aykırı hesap veya bilanço göstererek malî durumu hakkında alacaklıları, komiseri, ara dönem denetçisini veya yetkili memuru hataya düşürmek veya konkordato projesine ya da sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması projesine uymamak yoluyla kasten zarara sebebiyet veren borçlu, ilgilinin icra mahkemesine yapacağı şikâyet üzerine altı aydan bir yıla kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır.

Son olarak, 5092 sayılı Kanun ile tasdik edilen yeniden yapılandırma projesi ile ilgili olarak, tıpkı 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da olduğu gibi, çeşitli harç ve vergi istisnaları ile teşvik belgelerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir (m. 309u).

D-SONUÇ

İcra ve İflâs Kanununun 309m ve devamı maddelerinde öngörülen sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması prosedüründe, muaccel para borçlarını ödemeyecek durumda (aciz halinde) olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen (borca batık) ya da bu hallerden birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bu durumunu ve bu durumdan nasıl kurtulabileceğini gösteren bir proje ile alacaklılara başvuracaktır. Borçlu şirketin alacaklılara sunacağı yeniden yapılandırma projesine, işletmesinin mali durumunu gösteren belgeleri ve bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından onaylanan fizibilite ve iflâs analizi raporlarını da eklemesi gerekir. Alacaklılar bu projeyi Kanunda öngörülen çoğunlukla kabul ederlerse, borçlu şirket ticaret mahkemesine başvurarak projenin tasdikini isteyecektir. Bu arada, borçlu şirketin mahkemeye başvurmasına kadar kendisine karşı yapılabilecek olası takip ve davalar için, herhangi bir tedbir söz konusu değildir. Tedbirler ancak, projenin tasdiki için mahkemeye müracaat edilmesinden sonra söz konusu olabilecektir. Kendisine başvuru ticaret mahkemesi de bu binlerce sayfa tutan talep hakkında toplam 60 günde içinde karar vermek durumundadır.

Yukarda özetlemeye çalıştığımız prosedüre biraz da uygulama açısından baktığımızda, oldukça ürkütücü bir tablo ile karşı karşıya olduğumuz hemen

⁴² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 448.

görülebilecektir. Çünkü, öncelikle, borçlu şirket, aciz halinde veya borca batık ya da bu durumlardan birisine düşme tehlikesi içinde olduğunu söylediği anda, alacaklıların hemen hepsinin takipleri ile karşı karşıya gelecektir. Bu da şirketin iflâs etmesi demektir. Bu nedenle, çok az şirket böyle bir yola başvurmaya cesaret edebilecektir.

Bunun yanında, yeniden yapılandırma prosedüründe borçlu şirketin yeniden yapılandırma projesine çok sayıda belge eklemesi gerekir. Bu belgelerin içinde, bağımsız denetim kuruluşundan alınması gereken belgeler de var. Bu belgeleri, sağlamak, hem çok zor hem de çok masraflıdır. Bu nedenle, bu yol oldukça karmaşık ve pahalı bir yoldur.

Ayrıca, ticaret mahkemesini binlerce sayfalık dosya, raporlar ve varsa itirazlar hakkında 60 gün içinde karar vermesi de çok zordur. Özellikle, mahkeme bilirkişiye de başvuracak olursa, bu süre içinde karar vermesi daha zor olacaktır.

Son olarak, borçlu şirket için iflâsın ertelenmesi gibi çok daha ucuz ve etkin sonuç verebilecek bir imkan varken, yeniden yapılandırma yoluna başvurması çok olası bir durum değildir.

Bütün bu saymaya çalıştığımız nedenlerden dolayı, yeniden yapılandırma yolunun, sadece küçük işletmelerin değil, büyük işletmelerin bile pek tercih etmeyecekleri, metruk bir kurum olarak⁴³ (olağanüstü zamanlarda mühlet ve tatil kurumu gibi) İcra ve İflâs Kanununda yer alma tehlikesi vardır.

⁴³ Pekantez, s. 41.

İŞVERENİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN NORMUN KORUMA AMACI (HUKUKA AYKIRILIK BAĞI) BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. İbrahim Aydınlı*

I- Genel Olarak

A-Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülüğünün Tarihi Gelişimi

a-Borçlar Hukuku Açısından

Borçlar hukukunda ele alınan borç ilişkisinden beklenen asıl amaç, tarafların “*ifa menfaatinin*” gerçekleşmesidir. İfa menfaatinin gerçekleşmesini sağlayan ana yükümlülükler ise edim yükümlülükleridir. Özellikle endüstri devrimiyle ortaya çıkan liberal düşünce, devletlerin ekonomi ve hukuk sistemleri üzerinde etkili olmuştur. Liberal devlet anlayışıyla oluşan hukuk sistemlerinde sözleşme kurumu, tamamen özgür iradeli eşit kişiler arasında meydana gelen bir hukuki ilişki olarak, hukuki metinlerde yerini almıştır. Ancak 19. yy. başlarında ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan kişilerin, sözleşme özgürlüğünden beklenildiği gibi yararlanmadıkları ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine geliştirilen sosyal devlet düşüncesi ile, devlet ve hukuk sistemlerinde, zayıf olanın korunması amacıyla, sosyal adalet teorisi gelişmeye başlamıştır. Bu gelişmeler, borç ilişkisine yönelik üç önemli hukuk düşüncesi ortaya çıkarmıştır. İlk olarak, borç ilişkisinin doğumunun sadece klasik icap-kabul sisteminden değil, aynı zamanda dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ilişkisi ile de meydana geldiği kabul edilmiştir. Söz konusu gelişmelerin ikinci sonucu olarak, borç ilişkilerinin, edim menfaati yanında, korunma menfaatinin de içerdiğinin belirlenmesidir. Böylece taraflar, edim dışında, kendilerinin ya da hukuki tasarruf alanları içinde bulunan kişi ve mal varlıklarına karşı, borç ilişkisi çerçevesinde zarar vermeme yükümlülüğü ile sorumlu tutulmuşlardır. Üçüncüsü ise, edim ilişkisi olmaksızın da sadece koruma yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkilerinin kabul edilmesidir¹.

* Gazi Üniversitesi. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

¹ LARENZ, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 108 vd., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Borçlar Hukuku, Genel

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşme hukukunda ortaya çıkan bu gelişmeler neticesinde modern borçlar hukuku, borç ilişkilerinde edim menfaati yanında, sosyal korunma ihtiyacını da önemseyerek, “*korunma menfaatini de*” ikinci bir amaç olarak ele almıştır².

Bu gelişmeler neticesinde borç ilişkisinden doğan yükümlülükler; edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmıştır. Bunlardan edim yükümlülükleri, kendi arasında asli ve yan edim yükümlülükleri şeklinde ikiye ayrılır³. Burada konumuzu asıl olarak ilgilendiren yükümlülük türü yan yükümlülüklerdir. Bu nedenle edim yükümlülükleri üzerinde ayrıntıya girmeyeceğiz.

Yan yükümlülükler genel olarak, dürüstlük kuralının sınırlarını belirlediği güven ilişkisinden doğarlar. Bunlar fonksiyonları itibariyle, kendi içinde ikiye ayrılırlar. Birincisi *ifaya yardımcı yan yükümlülükler olup*, özellikle edim yükümlülüklerinin sözleşmenin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlayan başlıca hazırlama ve sağlama yükümlülükleridir. İkincisi ise, edim menfaati ile doğrudan ilişkisi olmayan ve edim yükümlülüğünden bağımsız olan, *koruma yükümlülükleridir*(*schutzpflichten*)⁴.

Koruma yükümlülükleri; bazen tarafların hukuki ilişki kurmak amacıyla sosyal bir temas içine girmeleri ile, bazen de hukuki ilişki kurmak amacıyla olmasa bile dürüstlük kuralının temelini ve sınırlarını oluşturan sosyal temaslar neticesinde olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Her iki sosyal temasta da tarafların karşılıklı mal ve can varlıklarını korumaya yönelik yükümlülükleri koruma yükümlülüklerinin muhtevasını oluşturur. Bu yükümlülükler edim yükümlülüğünden bağımsız oldukları için edim yükümlülükleri doğmadan (vorvertragliche-önceye etkili borç ilişkisi) veya aynı anda (vertragliche-sözleşme kurumunun genişlemesi) ya da sona erdikten sonra (nachvertragliche Schutzpflichten-sonraya etkili borç ilişkisi) da varlığını sürdürürler. Hatta koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüğü olmadan da sadece koruma

Hükümler, İstanbul, 1978, s. 9, TANDOĞAN, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961 s.493, Ayrıca geniş bilgi için bkz; ATAMER, Yeşim; “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, İstanbul, 2001, s. 9 vd.

² STOLL, Hans; Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung AcP, 1936, s. 257, THIELE, Wolfgang; “Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung”, Juristenzeitung, 1967, s. 649, ESSER/SCHMIDT; Schuldrecht, Allgemeiner Teil Band, I, 6 A, Heidelberg, 1984, s. 86, LARENZ, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 9.

³ Geniş bilgi için bkz; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2001 s. 30 vd.

⁴ Bkz; EREN, Borçlar Hukuku, s.36vd., ARAL, Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, 1985, s.17-24, İNAL, Tamer; Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 1992, s.90-130. KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2002, s. 19, 20,

yükümlülüklerini ihtiva eden borç ilişkisi olarak ta söz konusu olmaktadır. İşte edim yükümlülüğü olmadan da ortaya çıkan koruma yükümlülükleri “*edimden bağımsız koruma yükümlülüğü*” olarak doktrinde benimsenmiştir⁵.

Esasen koruma yükümlülüklerinin kaynağı dürüstlük kuralıdır⁶. Buna göre, sözleşme kurma amacıyla veya başka bir nedenle sosyal temasa geçen kişiler, birbirlerinin edim dışındaki mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemekle yükümlüdürler. Bunun yanında taraflar, karşılıklı olarak hukuki alanları içinde bulunan diğer şahıslara ve onların mal varlıklarına da koruma yükümlülüğü gereği zarar vermemekle yükümlüdürler. Edimden bağımsız koruma yükümlülükleri, genelde sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkilerinden ortaya çıkabileceği gibi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde de kendini gösterir⁷.

Koruma yükümlülükleri ifa davasına konu olamazlar; buna karşılık tazminat davasına konu olabilirler⁸. Kanımızca koruma yükümlülüklerinin bu özelliği, onların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü korunması gereken menfaat bir defa ihlal edildiğinde, artık onun aynen ifası imkansız hale gelir; bu nedenle de ifa davası açılamaz. Bu durumda yapılması gereken, zararın tazmini yoluna gitmektir. Tazminat davasının ise sözleşmeye ya da haksız fiil hükümlerine dayandırılması farklılık yaratır. Zira tazmin talebinin haksız fiile dayandırılması, öncelikle koruma yükümlülüğünü doğuran dürüstlük kuralının hakim olduğu borç ilişkisine, her hangi bir hukuki değer verilmemesi sonucunu doğurur. Ayrıca zarar gören tarafın, haksız fiil hükümlerine göre dava açmak zorunda kalması, ispat ve zamanaşımı bakımından onun aleyhine olur⁹. Oysa

⁵ CANARIS, Claus Wilhelm; “Ansprüche wegen “Pozitiver Vertragsverletzung” Und Schutzwirkung für Dritte “ bei nichtigen Vertragen, Juristscherechrschrift, 1965, Nummer 15-16, s.475 vd., THIELE, JZ, 1967, s.649, LARENZ, SR, s.14., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, 11vd., EREN, Borçlar Hukuku, s.40 vd., SEROZAN, Rona; Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul, 1998, s. 120 vd.,

⁶ Geniş bilgi için bkz; AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Kaynaklanan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara-2004, s. 90vd.

⁷ LARENZ, Karl; Die Begründung von Schuldverhältnisse durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, Jahrgang, 2 Halbband, Heft 51/52, NJW, 1960, s.58, SONNENSCHNEIN, Jürgen; “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar”, (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1, 1984, s.257, TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963, s.165, Teoman, AKÜNAL; “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C:14, S:5, Temmuz-1988, s. 222.

⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 12, EREN, Borçlar Hukuku, s.43, KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 19.

⁹ İNAN, Ali Naim; “Culpa in Contrahendo” Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

böyle bir durumda, korunmaya muhtaç olan taraf, zarar gören taraftır. Bu nedenle tazminat davasının sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılması gerekir¹⁰.

b-İş Hukuku Açısından

Modern borçlar hukukunda borç kaynaklarının gelişmesinde rol oynayan sosyal ve ekonomik olaylar, iş hukukunun ortaya çıkışı ve gelişiminde de önemli yer tutmaktadır¹¹. İş hukuku doğuşu itibariyle sosyal hukuk, bir başka ifadeyle sosyal adalet düşüncesinin hakim olduğu bir hukuk dalıdır¹². Özellikle işçinin işveren karşısında, sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumda olması ve tarihi gelişmelerin de etkisiyle, iş hukukunda işçiyi ekonomik, sosyal ve sağlık açısından koruyucu bir çok düzenleme getirilmiştir. Ayrıca işçinin işverene karşı İş Kanunları'nda getirilen fesih yaptırımlarında, ihlal edilen edim yükümlülükleri kadar edimden bağımsız menfaatlerin de aynı derecede önemsenerek hükme bağlanmıştır¹³. Bu hükümler incelendiğinde bunların edim menfaati ile doğrudan ilgili olmasından çok, işverenin iş organizasyonu içinde

Çalışma” Adalet Dergisi, Yıl: 45, S:6, Haziran, 1954, s.878. Alman ve Türk/İsviçre Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun karşılaştırması ile ilgili geniş bilgi için bkz; ATAMER, Yeşim; Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996, s.5-38.

¹⁰ SEROZAN, Rona; “Sözleşmenin Müsbet İhlali ve Culpa in Conrehendo” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:18, İstanbul, 1990, s. 36., AYDINLI, s. 18vd.

¹¹ 18. yy yıldaki ferdiyetçi anlayışın mutlak sözleşme özgürlüğüne karşı toplumcu görüşlerin kuvvetlenmesi ile sınırlamalar yoğunlaşmaya başlamıştır. TEKİNAY, s.290. Özellikle İş Hukukunun doğuş ve gelişim seyri sosyal koruma içerikli olması ile sosyal ve ekonomik olarak işverene eşit olmayan işçilerin korunması amacıyla anayasal ve yasal düzenlemeler getirilmiştir. Sözleşme özgürlüğü konusuna geniş bilgi için bkz; EREN, Borçlar Hukuku, s.17 vd., 346 vd. TEKİNAY, Selahattin Sulhi; “Ölüm Sebebi ile Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963.s.289 vd., İş Hukukunun Tarihsel gelişimi ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz; SÜZEK, Sarper; İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara, 1998, 8-17, TURAN, Kamil; İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara, 1990, s. 77-215.

¹² Sosyal hukuk kavramı için bkz; SÖZER, Ali Nazım; Türkiye’de Sosyal Hukuk, Ankara, 1994, s. 23-24.

¹³ İş hukukunun kendine özgü ilke ve tazminatları ile ilgili olarak bkz; SÜZEK, Sarper; “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir Ekonomi 60. Gün yaş Armağanı, Ankara, 1993, s.129. Ayrıca iş hukukunun borçlar hukukundan niçin ayrıldığıнын nedenleri ve sonuçları açısından bkz; SÜZEK, Düzenleme Boşlukları, s.130-131. Medeni hukuktaki sözleşme karşılıklı irade beyanları, fesih, ifa gibi ana kavramlar İş hukukunun yapısı gereği farklı bir şekilde ele alınmak zorundadır. CAEN, LYON Gerhard; Medeni Hukuk Genel İlkelerinin, İş Hukukundaki İşlevi Üzerine”, (Çev; Ali GÜZEL) Sosyal Siyaset Konferansları, 32/33, İstanbul, 1983, s.261. İşçinin gördüğü işle doğrudan ilgisi olmayan işçiye ait maddi ve manevi değerlerin, işveren tarafından ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan hukuki yaptırımlara ilişkin geniş bilgi için bkz; AYDINLI, s.210vd.

çalışan işçilerin¹⁴, korunma menfaati ile ilgili olduğu görülmektedir. İleride normun koruma amacı bakımından değineceğimiz alt işveren ve geçici işçi ilişkilerinde olduğu gibi (İşKm.2/6,m.7). Özellikle iş sözleşmesinde edimin şahsiliği¹⁵ ve işçinin işverene olan bağımlılığı¹⁶, modern borçlar hukukunda ortaya çıkan edim menfaatinden çok işçinin korunma menfaatini, yoğun bir şekilde karşımıza çıkarmaktadır.

Bugünkü hukuk sistemlerinde, tarafların korunma menfaatini sağlayan koruma yükümlülüğünün, işveren bakımından ele alınması ayrı bir önem arz etmektedir. Çünkü her borç ilişkisinin kurulma safhasında, ilişkinin devamında ve sona ermesinde tarafların korunma menfaatlerini ilgilendiren hukuki yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. *Çalışma hayatında gerçekleşen işçi-işveren ilişkilerinde ise, ekonomik ve sosyal olarak güçlü olan işveren karşısında işçilerin, işverene hem hukuki hem de ekonomik anlamda bağımlı olmaları nedeniyle, korunma menfaatine yönelik ihtiyaçları daha fazla bulunmaktadır.* Sonuç olarak hukuk dünyasında ortaya çıkan sosyal koruma amaçlı söz konusu gelişmeler, borçlar hukuku veya sözleşme hukukundan farklı bir şekilde doğmuş bulunan iş hukukunun da temelini oluşturmaktadır. Çünkü iş hukuku liberal düşüncenin ilkelerinden olan ferdi özgürlük ve sözleşme serbestisi ilkelerine karşı işçilere koruma sağlamaktadır.

B-Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı

İş hukukunda koruma yükümlülüğünün hükme bağlandığı hukuki düzenlemelere, normun koruma amacı teorisi açısından yaklaşıldığında, işverenin koruma yükümlülüğüne ilişkin olan hukuki düzenlemelerin hukuki niteliği tespit edilebilir.

Normun koruma amacı kuramının (Die Lehre vom Schutzzweck der Norm) doğuşu ve bununla ilgili yapılan doktriner tartışmalara ayrıntılı olarak girmek istemiyoruz¹⁷. Bu nedenle incelememizi, işverene koruma ve gözetme yükümlülüğü getiren hukuk normlarının, hukuka aykırılık bağı anlamında amacını tespit ederek, işverenin yükümlülüğünün niteliğini tesbitle sınırlandırmak istiyoruz.

¹⁴ İfade etmek istediğimiz işçi kavramı, işyerinde çalıştığı işverenin işçisi olabileceği gibi alt işveren işçisi ya da ödünç işçiyi de kapsamaktadır. Bu nedenle işçi kavramı özellikle genel anlamda kullanılmıştır.

¹⁵ Konuyla ilgili görüşler ve geniş bilgi için bkz; AYDINLI, s. 94 vd.

¹⁶ Konuyla ilgili görüşler ve geniş bilgi için bkz; AYDINLI, s. 100 vd.

¹⁷ Konuyla ilgili olarak bkz; EREN Fikret; Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, 463 vd., TANDOĞAN, Haluk; "Hukuka Aykırılık Bağı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyum, İstanbul, 1980. s. 5 vd.

II- Normun Koruma Amacı Teorisi

A-Genel olarak

Normun koruma amacı teorisinin bir başka adı “hukuka aykırılık bağı”dır. Bu teorinin sorumluluk hukukunda üstlendiği en önemli görev, sorumluluk şartlarına yeni bir unsur getirerek sorumluluğun sınırlandırılmasıdır¹⁸. Bu sınırlandırma ise sorumlu olan kişinin, sadece ihlal ettiği davranış yükümlülüğünü düzenleyen normun, korumak istediği menfaatin ihlalden veya önlemek istediği zarardan sorumlu tutulmasıdır. Burada sorumlu olunan şeyin tespitinde kanun hükmünün veya sözleşme hükmünün neyi korumayı amaçladığı amaçsal yorum (Gai yorum) ile bulunur¹⁹.

Kanuni düzenlemeler açısından herkese ödev yükleyen mutlak hakların korunmasını içeren hükümler, doktrinde davranış normları olarak adlandırılır. İşte bu davranış normlarının düzenlenme amacının neler olduğu sorusuna cevap, aynı zamanda söz konusu norma uymakla yükümlü tutulan kişilerin sorumluluğun hangi zararlar nedeniyle ve kime karşı olacağını belirler²⁰. Aynı şekilde sözleşmenin hükümlerinin ihlali halinde, bundan doğan hangi zararlardan ilgili tarafın sorumlu tutulacağı, o sözleşmenin koruma amacı içine giren menfaatlerle ilgilidir²¹.

Normun koruma amacı teorisinin asıl gayesi; bir davranış hukuka aykırı olduğu halde, ortaya çıkan zararlar, ihlal edilen normun önlemek istediği zararlar içine girmiyor ise söz konusu zararlardan failin sorumlu tutulmamasıdır²². Böylece sorumluluğun çerçevesi çizilmiş ve sorumluluk sınırlandırılmış olmaktadır.

¹⁸ EREN, Normun Koruma Amacı, s. 461.

¹⁹ EREN, Normun Koruma Amacı, s.462. Ayrıca bkz; Amaçsal yorum sadece ilgili madde değil, yasa hükmünün içinde bulunduğu kanunun bütünlüğünü göz önüne alarak, tüm yasadaki genel düşünce ve prensiplerle yasanın korumak istediği amacı belirler. Yazara göre Medeni kanunda asıl yorum metodu amaçsal yorumdur. (MK1) ZEVKLİLER, Aydın; Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İzmir, 1992, s.8, EDİS, amaçsal yorumu, yorumda dayanılacak unsurlardan olan kanunun konuluş nedeni denilen “Ratio Legis” içinde değerlendirmiştir. EDİS Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara,1997, s.196 Aynı görüşte; SÜZEK, Sarper; Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Kamu-İş, Ankara 2003, s. 43.

²⁰ LARENZ, s. 319.

²¹ RABEL, Das recht des Warenkaufs, Band I, Berlin, 1957, s.496, (EREN, Normun Koruma Amacı, s. 463’ten naklen).

²² EREN, Normun Koruma Amacı, s. 465. Ancak normun koruma amacı ile uygun illiyet bağı sorumluluk hukukunda beraber uygulanmalıdır. Her iki kuram birbirini tamamlayan unsurlardır. Çünkü sadece bunlardan birinin ele alınması umulmaz sonuçlar doğurabilir. Örneğin kişi hemofili hastası olduğu için küçük bir yararlanma olayı sonucu kan kaybından ölmüştür. Burada buna yol açan kişi BK 45. maddeye göre hukuken haksız fiil

Bir normun koruma amacının tespitinde üç önemli unsur öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki normun koruduğu kişilerin kimler olduğudur²³. İkincisi korunan değer çerçevesinin tespit edilmesidir²⁴. Üçüncü ise ilgili hukuk normu hangi zararlı davranışı engellemek istemektedir²⁵.

Normun koruma amacı kuramının asıl ortaya çıkışı ve gayesi sorumluluğun sınırlandırılmasıdır. Ancak bizim amacımız, işverenin koruma yükümlülüğünün edim yükümlülüğünden bağımsız olduğu görüşümüze, normun koruma amacı kuramından dayanaklar bulmaktır. Aksine bu kuram bizim için tek bir anahtar değil, yardımcı bir araçtır²⁶.

Doktrinde normun koruma amacı değerlendirilirken, asıl dayanak noktasının “davranış yükümlülükleri” olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, belli bir tehlikeli durumun yaratılmış olması halinde, bu tehlike içine giren kişiler, girdikleri ortamı yaratan kişiden, doğal olarak haklı bir güvenlik isteminde veya korunma beklentisi içinde olmaları, diğer tarafı davranış yükümlülüğü altında bırakmaktadır. Davranış yükümlülükleri, asıl kaynağını belirtilen bu hukuk düşüncesinde bulur. Aynı görüş, tehlikeli ortamın vereceği zarardan, kişinin sorumlu tutulabilmesi için, ortaya çıkan tehlikenin denetlenebilir olmasının gerekli olduğunu da belirtmektedir²⁷.

B- Normun Koruma Amacına İlişkin Şartların, İşverenin Koruma Yükümlülüğü Bakımından Değerlendirilmesi

a- Normun Koruma Amacından Yararlanan Kişi veya Kişiler

*Normun*²⁸ koruduğu kişi ve kişilerin kimler olduğu normun düzenleme amacından ortaya çıkarılabilir. Burada zarar görenin, zararını söz konusu norma

hükümlerine göre sorumludur. Çünkü bu madde kişinin hayat hakkını korumayı amaçlayan bir normdur. Ancak uygun illiyet bağına göre böyle bir yaralamadan normal olaylara göre kişinin ölmesi uygun bir sonuç değildir. O halde buna sebep olan kişi bu zarardan sorumlu olmaması gerekir. Görüldüğü gibi her iki nazariye hukuki sorumluluğu farklı yönlerden sınırlamaktadır. Aynı yazar, s. 467.

²³ Bu ölçüt ENDEMANN tarafından 1896 yılında geliştirilen bir ölçüttür. Bkz; ENDEMANN, “Einführung in das Studium des BGB I.Bd.s. 910, (ATAMER, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 71’den naklen).

²⁴ Bu kriter ise 1898 yılında v.LİSZT tarafından geliştirilmiştir. V.LİSZT, Deliktobligationen im System des BGB Berlin, 1898, s.32, (ATAMER, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 71’den naklen).

²⁵ Son olarak RUMELİN normun koruma amacı teorisini tamamlayan ölçüyü geliştirmiştir. RUMELİN, Max; Die Verwendung Der Causal Begriffe im Straf und Civilrecht, AcP 90,(1900), 171,306, (ATAMER, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 71’den naklen).

²⁶ EREN, Normun Koruma Amacı, s.488, TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 24.

²⁷ Geniş bilgi için bkz; ATAMER, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 76-79.

²⁸ Normun koruma amacı teorisinden, sadece hukuki düzenlemeler değil, sözleşmelerin yorumlanmasında da yararlanılması gerekir. TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 25.

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

dayanarak tazmin etmesi için, hukuk kuralının menfaatini koruduğu kişiler içinde bulunması gerekir²⁹.

Davranış yükümlülüğünün yukarıdaki değerlendirmesini, işverenin koruma yükümlülüğü açısından ele aldığımızda, bir işveren işyeri ve işletmeyi kurmakla, buralarda faaliyet göstermesi sonucunda doğacak tehlikelere kaynaklık eden bir ortamı yaratmış olmaktadır³⁰.

İşyerinde çalışan işçiler, çalışmadan kaynaklanan tehlikelerle ilgili işverenden, bunların önlenmesini istemeleri, haklı bir davranıştır. Çünkü işyerinin sahibi işveren veya onun yetkili kıldığı işveren vekilleri ancak, bu hakimiyet alanında tehlikelerin önlenmesi açısından fiziken ve hukuken etkili ve yetkili tek kişidir. Elbette bu tehlikeler işverenin etkili ve yetkili olabileceği derecede, işverenin sorumluluk alanını ilgilendirir. Bu da mücbir sebep gibi beklenmeyen ve önlenemeyen tehlikelerden işverenin sorumlu olmayacağı anlamına gelmektedir. O halde işverenle sadece iş sözleşmesi yaparak değil, diğer hukuki ilişki türleri aracılığıyla işyeri ile temasta olan kişiler de bu korunma menfaati şemsiyesi altında bulunmaktadır. Bu kişiler işverenin kendi işçileri olabileceği gibi, işverenle aralarında iş sözleşmesi olmayan, ama bu işyerinde çalışan alt işveren işçileri, ödünç alınan işçiler de olabilir. İşte bu kişilere karşı işveren davranış yükümlülüğü ile sorumludur. Yani burada edim yükümlülüğünün ötesinde kişilerin haklı olarak sosyal temastan veya iş ilişkisinden doğan edimden bağımsız bir korunma menfaatlerinin olduğu kanısındayız. Çünkü iş hukukunun işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin maddelerinde işverene getirilen yükümlülükler, edim menfaatinin asıl amaç olarak alındığı Borçlar Kanunu düzenlemelerinden farklı olarak, işverenin çalıştırdığı işçiden çok sahip olduğu işyeri ve işletme ölçü alınarak getirilmiştir³¹.

İş hukuku düzenlemelerinde ilişkin bir başka örnek, fazla çalışmaya ilişkin normlardır; işçilerine kanuna aykırı olarak fazla çalışma yaptıran bir işverene karşı diğer işveren, bu nedenle maruz kaldığı haksız rekabet sonucu uğradığı zararın tazmini için dava açmasıdır. İşçilerin fazla çalışmasını düzenleyen kanun maddelerinin korumak istediği kişi veya kişiler işveren veya

²⁹ EREN, Normun Koruma Amacı, s.471; TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 9.

³⁰ Sorumluluk hukukunda hakimiyet ilkesi ve bunun doğurduğu sorumluluk için bkz; AKYOL, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976,s .54, İNAL, Tamer; Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 1992, s.84, SONNENSCHNEIN, Jürgen; “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar”, (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1, 1984, s.260, TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963, s. 165.

³¹ Bkz; İşKm.77,78,79, İş Sağlığı ve Yönetmeliği'nin 5/b, 10/b,12/b maddeleri başta olmak üzere ilgili iş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri. AYDINLI, s.157,158.

işverenler değil, bilakis fazla çalışmaya maruz bırakılan veya kendi rızaları ile çalışan işçilerdir³².

Görüldüğü gibi kanunun izin verdiği süre üzerinde işçilerini fazla çalışmaya zorlamak İşK 41 vd. maddelerine aykırıdır. Bu maddeler işçileri korumaya yöneliktir. Bu kanun hükmü işverenlere işçilerini bu anlamda korumaları ve işçi rıza gösterse bile onlara kanunun üzerinde çalıştırmama sorumluluğunu yüklemektedir. Aslında bu anlamda işin düzenlenmesi konusunda kanunda işverene getirilmiş bir koruma yükümlülüğü mevcuttur; ve buradaki yükümlülük her ne kadar iş ilişkisinin konusu olarak görülen işle dolaylı olarak ilgili olsa bile, kanunun koruma amacından anlaşıldığı kadarıyla edimden bağımsızdır. İşKm.41'in amacı işçilerin yaşam sağlıklarının ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır³³. Kısacası burada korunan kişi çalışan işçidir. Yoksa rakip işverenlerin korunması bu kanun maddesinin amacı değildir. Bu nedenle işverenin açtığı dava hukuki dayanaktan yoksundur.

Konuya alt işveren ile ilgili hukuki düzenleme açısından yaklaşacak olursak; İşKm.2/6'da düzenlenen alt işveren kurumunda Kanun, asıl işvereni aynı zamanda alt işverenin işçilerine karşı bu kanundan veya iş sözleşmelerinden doğan haklarından müteselsilen sorumlu tutmuştur. Oysa alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Burada Kanunun amacının alt işverenin işçilerini korumak olduğunu hem madde metninden hem de tarihi yorum³⁴ metoduyla anlayabiliriz. O halde bu açık düzenleme nedeniyle alt işveren işçilerinin ücretleri alt işverence ödenmediği zaman işçiler İşK1/son'a dayanarak bu haklarını talep edebilirler. Yine bir iş kazasına uğrayan alt işveren işçileri, kanunun öngördüğü müteselsil sorumluluk gereği, asıl işverene de gerek kendileri gerekse destekten yoksun kalanlar SSK'ca karşılanmayan zararları için başvurabileceklerdir. Asıl işverenin

³² Örnek EREN; Normun Koruma Amacı, s. 472'den alınmıştır.

³³ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 16 Bası, İstanbul, 2003 s.295, ÇENBERCİ, Mustafa İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s. 575, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004, s. 673, 674.

³⁴ Alt işveren kurumu ilk defa 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu ile Türk iş hukukuna dahil olmuştur. 3008 sayılı kanunun 1. Maddesinde 1950 tarihli değişiklikle kanunda açık olmayan müteselsil sorumluluğa ve konusuna açıklık getirilmiş ve kanun gerekçesinde bunun amacı "...bu suretle ... işçi ücretlerinin teminatı kuvvetlendirilmiştir." şeklinde belirtilmiştir. TBMMZC, D.VIII, T.4 S. Sayısı, 126, s. 1-2 (CANBOLAT, Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s.2'den naklen) Aynı kanun maddesinin 1967 tarihinde Cumhuriyet senatosunda Çalışma komisyonu sözcüsü müteselsilen sorumluluğu amacını "... istihdaf edilen gaye çalışanların haklarını mutlak bir teminat altına almaktır fikrının esprisi bu" şeklinde belirtmiştir. CSTD,B.82, O.1., 6.7.1967 sh.222 (CANBOLAT, s.16'dan naklen).

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

müteselsil sorumluluğu, sosyal güvenlik hükümlerinin getirdiği yükümlülükler açısından SSK 87/1'de de düzenlenmiştir³⁵.

İşverenin koruma ve gözetme borcunun düzenlendiği ana maddelerden olan BK 332. maddesinin ikinci fıkrasında, işçi iş kazası sonucu ölmüşse geride kalanlar buna sebebiyet veren işverene karşı tazminat davasını akde aykırılık hükümlerine göre açabileceklerdir³⁶. Bu hükümde de işçi dışında onun yakınlarının zararının akde aykırılık hükümlerine göre tazmini açıkça belirtilmiştir. Böylece BK 332. madde normunun koruma amacı içine, işçi ile beraber işçinin desteğinden mahrum kalanların da girdiği açıkça düzenlenmiştir.

Normun koruma amacı ile açıklanabilecek bir başka sorun, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu zarar gören işçi dışında yakınlarının da işverenden manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacaklarıdır? Manevi tazminat talebinin sadece cismani zarara uğrayan kişiler tarafından istenebileceğine ilişkin kural BK'nun 47. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kurala göre, manevi tazminat talebi yansıma yoluyla olsa bile, cismani zarar gören kişinin yakınları tarafından istenemez³⁷. Ancak öğreti ve yargı kararlarında cismani zarar sadece vücut bütünlüğünün arızası ile değil, sinir ve ruh bütünlüğünün zarara uğraması ile de meydana gelebilmektedir. İşte buradan yola çıkarak, iş kazası ya da meslek hastalığına uğrayan işçinin yaralanan yakınlarının, ruh ve sinir bütünlükleri arızaya uğraması halinde, cismani zarar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle işçinin yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunmaları yansıma yolu ile değil, doğrudan BK'nun 47. maddesine dayanmaktadır³⁸. Sonuç olarak

³⁵ Bkz; GÜZEL Ali / OKUR Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 1994, s. 125 vd.

³⁶ Türk Sorumluluk hukukunda haksız fiil sonucu bunun zararlarının tazminini talep edebilecek kişi ancak doğrudan zarar gören kişi olacaktır. Bunun dışında zararlı davranıştan dolayı olarak zarar görenler haksız fiil failine başvuramayacaklardır. Aslında uygun illiyet bağı dolaylı zarar görenler için mevcuttur. İşte normun koruma amacı bunları dışarıda bıraktığı için sorumluluk sınırlanmıştır. Yoksa dolaylı zarar görenlerin faile başvurmaları halinde fail tazminat yükümlülüğünün altından kalkamaz. Bunun tek istisnası adam ölmesi sonucu geride kalanların tazminat istemeleri halinde BK 45. madde buna cevaz vermiştir. TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı s.1 vd. Bunun yanında bir başka istisna iş kazası sonucu işçinin ölmesi halinde haksız fiilden dolayı olarak zarar gören geride kalanlar daha da uygun bir korunmaya alınmışlardır. Çünkü 45. maddede geride kalanlar haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunurken BK 332. maddede destekten yoksun kalanlar tazminat davalarını iş sözleşmesine aykırılığa dayanarak açmaktadırlar. İki dava arasında ispat ve zamanaşımı bakımından farkların mevcut olduğunu daha önce yeri geldikçe belirtmiştik. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974, s.159 vd., KAPLAN, E. Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992, s. 125 vd.

³⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 333 vd.

³⁸ EREN, Fikret; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara, 1975, s.109 vd, Aynı yazar, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 479 vd.

BK'nun 47. maddesine hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı ile yaklaşıldığında, ilgili maddenin koruma amacı içinde sadece iş kazası ve meslek hastalığına uğramış işçi yoktur. Bu olaydan dolayı vücut bütünlüğünün biyolojik yapısı yanında diğer yarısını oluşturan ruh bütünlüğü bozulan işçinin yakınları da, 47. maddenin koruma amacı kapsamındadır. Bir başka deyişle; ortaya çıkan zararın, olayla uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı içinde olması nedeniyle işçinin yakınları da işverenenden manevi tazminat talebinde bulunabilir³⁹.

Normun koruma amacı içinde bulunan ve işverenin bu nedenle edimden bağımsız koruma yükümlülüğünden yararlanan ikinci işçi türü ödünç işçidir. Ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir ilişkidir⁴⁰. Ödünç işçi kendi rızasıyla, ödünç alan işverenin işyerinde, iki işveren arasındaki yapılan ödünç işçi verme sözleşmesinin hükümlerine göre çalışmaya başlar. Ödünç alan işveren, ödünç aldığı işçiye karşı, aralarında iş sözleşmesi olmamasına rağmen, kanuni düzenleme ile ödünç verilen işverenin koruma yükümlülüğü açısından bazı yönlerde ferden bazı yönlerden ise müteselsilen sorumlu tutulmuştur. İş Kanunu'nda ödünç alınan işçinin, işçi sağlığı ve iş güvenliğine yönelik eğitim verme yükümlülüğü ödünç alan işverene ferden yüklenmiştir (İşKm.7/1). Bunun dışında kalan işçi sağlığı ve güvenliğine yönelik koruma yükümlülükleri açısından ise ödünç alan işveren, ödünç veren işverenle müteselsilen sorumlu tutulmuştur (İşKm.7/3).

4857 sayılı yeni İş Kanunu ile getirilen bu düzenleme her şeyden önce hakimiyet (egemenlik) anlayışına uygun bir düzenlemedir. Öncelikle bir işvereni (ödünç veren işvereni) fiziken ve hukuken etkili ve yetkili olmadığı bir işyerinde, alınmayan tedbirlerden sorumlu tutmak, **hakkaniyet anlayışına** ters düşer. Bu aynı zamanda herkes kendi hukuki tasarruf alanında ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmalıdır, anlamına gelen **hakimiyet ilkesi**⁴¹ne de aykırı

³⁹ SÜZEK, Karar Değerlendirilmesi, 2001, s. 43. SÜZEK, İş Hukuku, s. 373 vd., ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s.182, EREN, Borçlar Hukuku, s. 792.

⁴⁰ Ödünç İş ilişkisinin genel ve teorik anlamına ilişkin geniş bilgi için bkz; SOYER, Polat; "İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar", Yasa Hukuk Dergisi, C:III, S:3, Mart-1980. ENGİN, Murat; "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi", İHD, C:I, 1991. AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara, 1995. Ödünç iş ilişkisinin yeni iş kanunundaki düzenlemesine ilişkin bkz; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 217 vd.

⁴¹ Sorumluluk hukukunda hakimiyet ilkesi için bkz; AKYOL, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s. 54, İNAL, Tamer; Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 1992, s.84, SONNENSCHNEIN, Jürgen; "Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar", (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

düşmektedir. Çünkü ödünç işçinin uğradığı zarar, ödünç alan işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerinde meydana gelmiştir. Kısaca bu zarardan sorumlu olan işveren, ödünç alan işverendir. Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasındaki ilişkiyi, sözleşme derecesinde değerlendirerek, sosyal temastan doğan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşüne uygun olduğu kanaatindeyiz⁴².

Normun koruma amacının içine giren kişilerin kimler olduğuna ilişkin olarak; 4857 sayılı İş Kanunu'na dayanılarak (İşKm.77/2) çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde de, ödünç alan işverenle, alt işveren bakımından asıl işverenin, ödünç işçilere ve alt işveren işçilerine yönelik olarak, edimden bağımsız koruma yükümlülüklerinin olduğunu destekleyen hükümler getirilmiştir. Yönetmelikte, alt işveren işçileri ile ödünç işçilerin asıl işverenle girdikleri sosyal temas ya da iş ilişkisine hukuki sonuç bağlayan nitelikte olan düzenlemeler ayrıca yer almıştır. Konuyla ilgili İş Sağlığı ve Güvenliği yönetmeliğinin 5. maddesinin d fıkrasında; “bir işyerini birden fazla işverenin kullanması halinde işverenler, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasında ve bilgilendirilmesinde birbirlerinin işçilerine karşı ortak sorumluluğu”nun olduğu belirtilmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 10. maddesinin b bendinde ve 12. maddesinin b bendinde “işverenin işyerine çalışmak üzere gelen başka işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda, işverene bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü” getirilmiştir.

b- Normun Koruma Amacından Yararlanan Değer veya Değerler

Normun koruma amacının ikinci unsuru, *normda korunmak istenen değerler ve bunların sahipleridir*. Ancak bu değerler zarar görürse bunların tazmini istenebilir. Bunlar dışında aynı hukuka aykırı davranış sonucu oluşan diğer zarar gören değerlerin tazmini ilgili norma dayanılarak istenemez⁴³.

Bu unsorda da iş hukukuna ilişkin örnekler verilebilir⁴⁴. Yine yukarıda verdiğimiz alt işveren örneğinde, kanun koyucu açıkça alt işveren işçilerinin çalıştıkları “...işyeri ile ilgili olarak bu kanundan veya iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden ” diyerek, söz konusu işçilerin hangi değerlerinin korunmasından asıl işverenin de

Fakültesi, C:V, S:1, 1984, s. 260, TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963, s. 165.

⁴² AYDINLI, s. 199. Benzer görüşte; SÜZEK, İş Hukuku, s.251, MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 224, 225.

⁴³ ATAMER; Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 81.

⁴⁴ Aslında konuyla ilgili incelemeler Borçlar hukuku alanında yapılmış ve tüm örnekler bu hukuk dalına ilişkindir. Biz bunları alıntı yapmayıp bu örneklerden esinlenip iş hukuku düzenlemelerinden işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünü içeren kanun maddelerinden örnek vermeyi konumuza açıklık getirmesi bağlamında daha uygun bulmaktayız.

müteselsilen sorumlu olacağını belirtmiştir⁴⁵. Bunlar; iş sözleşmesinden doğan tüm haklar ile İş Kanununda düzenlenen işçilere yönelik tüm haklardır. Bu ücret olabileceği gibi ihbar veya kıdem tazminatı, çalışma belgesi isteme, yeniden istihdam edilme hakkı, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin haklar veya BK 313 vd. düzenlenen haklar veya iş sözleşmesinde düzenlenmiş işçi hakları olabilir.

Ödünç iş ilişkisinde ise, kanun koyucu ödünç alan işverene, ödünç aldığı işçiye karşı, aralarında iş sözleşmesi olmamasına rağmen, işçi sağlığı ve iş güvenliğine yönelik eğitim verme yükümlülüğü bakımından doğrudan yükümlülük getirmiştir (İşKm.7/1) Bunun dışında kalan işçi sağlığı ve güvenliğine yönelik koruma yükümlülükleri açısından ise konun koyucu, ödünç alan işvereni ödünç veren işverenle müteselsilen sorumlu tutulmuştur (İşKm.7/3). Sonuç olarak ödünç alan işverenin edimden bağımsız koruma yükümlülüğünün doğrudan ve sonuç olarak kapsamı; işçiyi gözetme yükümlülüğü denilen, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin gerekli olan tedbirleri alma, alınan tedbirlere uyulup uyulmadığını denetleme, tedbirlere ilişkin eğitim verme ve bunlara uyulmaması halinde ortaya çıkacak her türlü tazminatın ödenmesidir (İşKm.77, SSKm.87).

c- Normun Koruma Amacının Hedeflediği Hukuka Aykırı Davranış

Üçüncü ve son unsur *ilgili hukuk normu hangi zararlı davranışı engellemek için konulmuşsa, ancak önlenmek istenen davranışın ortaya çıkardığı zarar tazmin edilebilir*⁴⁶.

Bu unsura verilecek örnek kendini İşKm.77'de göstermektedir. Bu maddeye göre, işveren işçilerin iş güvenliği ve sağlığı için gerekli olan (teknolojik gelişmelere uygun olarak) tedbirleri ve önlemleri almak zorundadır. Eğer almaz ise bu halde işveren bundan zarar gören işçiye ve ölmüşse geride kalanlara karşı sorumludur. Kanuni düzenlemede önlenmek istenen davranış, çalışma şartlarından (işten ve işyerinden⁴⁷) dolayı ortaya çıkacak bir iş kazası ve

⁴⁵ Asıl işverenin müteselsilen sorumlu olduğu konularla ilgili geniş bilgi için bkz; CANBOLAT, s. 64vd.

⁴⁶ ATAMER; Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 84.

⁴⁷ EREN, İşverenin Sorumluluğu, s. 43.vd., Aynı yazar işverenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayan uygun illiyet bağına kesen nedenler olarak mücbir sebep, umulmayan hal, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunu incelemiştir. s.94 vd. İş risklerinde (iş kazası ve meslek hastalığı) uygun illiyet bağı konusuna bkz; ULUSAN, s. 70 vd., AKIN, Levent; İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001, s. 39vd.,46vd.

AKIN, iş kazalarında uygun illiyet bağına ilişkin verilmiş Yargıtay kararlarını değerlendirirken, bir olayın iş kazası sayılması ve bu nedenle sigorta yardımlarının yapılmasının ayrı konular olduğunu belirtmektedir. Yazar, aynı iş kazası sonucu işverenin sorumlu olmasının ise, işverenin iş sözleşmesinden doğan gözetme borcunu ihlal etmesi ile sözleşme sorumluluğunun ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu nedenle bir kaza iş kazası sayılmasına rağmen, bu kazadan işveren sorumlu olmayabilir. Yazara göre,

İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Amaç Bakımından Değerlendirilmesi

meslek hastalığıdır. Biz buna kısaca iş tehlikesi diyebiliriz. O halde iş tehlikesine girmeyen veya yapılan işle ilgili olmayan bir sebebe dayanan ve zarara yol açan bir ihlal, bu maddenin önlemek istediği bir davranış değildir. Bu nedenle dikkat edilirse 77. madde de “ her işveren işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini....” diyerek işyeri dışında işçinin özel alanı veya işverenin özel alanı içinde işverenin işçinin sağlığına zarar vermesi halinde, artık bu zarar iş ilişkisi içinde değil bunun dışında gerçekleştiği için burada işçi İŞK’nun 77. maddesine dayanamaz. Ayrıca işçi ölmüş ise geride kalanlar destekten yoksun kalma tazminatının düzenlendiği BK332. maddeye dayanarak zararlarını tazmin ettiremezler. Çünkü 332 ‘de de ihlali önlenmek istenen davranış “.....çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza.....” diyerek önlenmek istenen ihlalin ne olduğu açıkça belirtilmiştir⁴⁸.

Aynı şekilde alt işveren işçileri ile ödünç işçilerinde asıl işverene ve ödünç alan işverene karşı yöneltebilecekleri her türlü talep ve tazmin genel olarak çalışma ilişkisine yönelik olarak edimden bağımsız koruma

işverenin gerekli olan işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almaması durumunda, sözleşme sorumluluğu ortaya çıkar. Burada alınması gereken önlemler, ancak işverenin “hakimiyet alanı” içinde olan ve işçi sağlığı ve iş güvenliğini riske sokan zararlı sonuçlara yönelik olmasıdır. Ancak bu halde uygun illiyet bağı kurulmuş olur. Yoksa işverenin hakimiyet alanı dışında işçi kaza geçirirse ve bu kaza iş kazası sayılsa bile işveren bundan sorumlu olmaz.

Yazar, ilgili konuda Yargıtay’ın 1981 yılında verdiği bir kararı (bkz; Yarg.9HD, 29.12.1981T, E. 11284/15904 sayılı kararı (AKIN, Cismani Zarar, s.38’den naklen) eleştirmiştir. Bu karara konu olan olayda işçi görevle bir başka yere gönderilmiştir. Görev esnasında, bindiği uçak düşmüştür. Yargıtay bu olayı iş kazası saymış; aynı zamanda işverenin kusursuz sorumlu olacağı dolayısıyla da işvereni de sorumlu tutmuştur. AKIN, burada haklı olarak, gerçekleşen olayın işverenin emriyle işçinin bir yere gitmesi şeklinde olduğu için (SSK11-b)iş kazası sayılacağını belirtmiştir. Ancak ortaya çıkan olay işverenin “hakimiyet alanı” dışında meydana geldiğinden, işverenin gerekli önlemleri almasının mümkün olmayacağını savunmaktadır. AKIN, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlardan İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararları”,Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1996, s.35-36. Burada yazarın kusurlu kusursuz sorumlulukla ilgili görüşlerine girmek istemiyoruz. Bizim konumuz açısından burada önemli olan uygun illiyet bağı tespit edilirken (hem kusurlu hem de kusursuz sorumlulukta) sorumlu olan işverenin, hakimiyet alanı içinde (işyeri veya işverenin gözetimi ve denetiminin hukuken olabilecek yerler) olayın gerçekleşmiş olmasıdır. Çünkü böyle bir olayda, işveren ortaya çıkabilecek zararlar için önlem almaya fiziken ve hukuken etkili ve yetkili olacaktır. Sorumlu olacak kişinin bir zararın önlenmesinde, gerek kusurlu gerek kusursuz sorumlu olsun, ancak kendi hakimiyet alanı içinde fiziken ve hukuken etkin olabileceği zararlardan sorumlu tutulması, hem uygun illiyet nazariyesi, hem de hakkaniyet ilkesinin gereğidir . Sorumlu olunacak riskler kişinin hakimiyet alanından kaynaklanan ya da beslenen riskler olması gayet doğaldır. Zaten bu yaklaşım, uygun illiyet teorisi dediğimiz hayattaki olayların tabi akışına uygun sonuçlar anlamında kendini gösterir.

⁴⁸ KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 42-45,s. 80 vd.

AYDINLI

yükümlülüklerinin ihlalinden kaynaklanması gerekir. Bunlar ise açıkça İşKm.2/6 ile 7/1 ve 4. fıkralarda belirtilmiştir. Hatta ödünç iş ilişkisinde işçi, yanında çalıştığı ödünç alan işverene “işe ilişkin” olup kusuru ile zarar verirse, bunu tazmin etmek zorundadır, anlamına gelen düzenlemenin mefhumu muhalifinden (aksi ile kanıt) hareketle, ödünç alan işveren de işe ilişkin olan ve kanunda ayrıca belirtilen yükümlülüklerden dolayı ödünç işçiye karşı sorumlu olur.

III- Sonuç

Sonuç olarak normun koruma amacı (hukuka aykırılık bağı), ortaya çıkışı ve unsurları açısından, işverenin koruma yükümlülüğünün edimden bağımsız olduğunun tesbit edilmesinde, bize yardımcı olmaktadır. Buradaki asıl amacımız hukuk teorileri ile konulara yaklaşarak, kanuni düzenlemesi henüz olmayan çalışma hayatındaki ortaya çıkabilecek yeni işçi işveren ilişkilerinin hukuki değerlendirmesine ortak bir hukuki yapı oluşturmaktır.

İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ VE YAPTIRIMLARI*

Arş. Gör. Yalçın BOSTANCI**

GİRİŞ

İş sağlığı ve güvenliğinin öncelikli konusu, işyerinde işçilerin bedeni ve ruhi varlığına zarar vermesi muhtemel riskler ve bu risklere karşı tedbir hazırlamaktır. Geniş anlamda ise işyerlerinde sağlıklı ve emniyetli çalışma ortamı hazırlamak yanında, işçilerin verimli çalışmasına yönelik işyeri şartlarının sağlanması; işçinin çalışma ortamındaki verimli çalışmasını olumsuz etkileyen dış çevre şartlarının iyileştirilmesine yönelik çalışmalar yapmaktır.

İş Hukukunda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümler esas itibarıyla 4857 sayılı Kanunun 5. bölümünde toplanmıştır. 1475 sayılı Kanuna göre işçi sağlığını koruyucu hükümler daha ayrıntılı düzenlenmiş ve söz konusu hükümler AB'nin konuyla ilgili yönergelerinden esinlenmiştir¹.

İş hukuku mevzuatı iş sağlığı ve güvenliği kapsamında işverene birtakım yükümlülükler öngörmüş; bunlara uyulmadığı takdirde işverene uygulanacak yaptırımlar açıkça belirtilmiştir.

Bu çalışmamızda, işverenin yükümlülükleri hakkında çerçeve niteliğinde bilgi verdikten sonra, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi ve buna bağlanan sonuçlar incelenmeye çalışılacaktır. İşverenin hukuki sorumluluğu içinde yer alan, maddi tazminat, manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı konularına çalışmanın kapsamını çok fazla genişletmemek düşüncesiyle yer verilmemiştir.

I. KAVRAM

* Bu çalışma 30.05.2004 tarihi itibarıyla mevcut olan mevzuat ve kaynaklar esas alınarak hazırlanmıştır

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ **TUNCAY** A.Can, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler, TİSK ve PERYÖN Tarafından Düzenlenen "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri" Semineri, TİSK Yayın No:241, İstanbul 2004, s.38.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

İş hukukunun, çalışılan ortamın insanileştirilmesi düşüncesinden doğduğu ve “insanileştirilmiş” bir çalışma ortamının da öncelikle işçinin maddi- manevi varlığını tehdit eden risklerden arınmış “sağlıklı ve güvenli” bir ortamı anlattığı göz önüne alınacak olursa iş sağlığı ve güvenliğinin, bu hukuk disiplini içindeki yeri ve önemi daha iyi kavranır².

Sağlıklı ve güvenli bir çalışma ihtiyacı insanlık tarihi kadar eskidir. Ancak bunun bir sosyal ihtiyaç olarak ortaya çıkması yakın zamanların olgusudur ve “iş sağlığı ve güvenliği” kavramı olarak doğuşunda, sanayileşmeyle başlayan fabrika tipi üretim sürecinde ekonomik ve hukuki olarak bir başkasına bağlı çalışan ve adına “işçi” denilen yeni çalışanlar kitlesi önemli bir etken olmuştur³. İşin yapılması sırasında işyerindeki fiziki çevre koşulları nedeniyle işçilerin maruz kaldıkları sağlık sorunları ve mesleki risklerin ortadan kaldırılması veya azaltılması şeklinde tanımlanabilecek iş sağlığı ve güvenliği kavramı işçilerin sağlığı bakımından en olumsuz koşulları yaratan sanayi devrimiyle birlikte önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır⁴.

İş sağlığı ve güvenliğinin kapsamı belirlenirken dar ve geniş anlamda neleri içine aldığına bakılmalıdır. Dar anlamda, işin görülmesi sırasında oluşabilecek tehlikelere karşı işçinin yaşamı ve sağlığının korunmasını ve çalışma süreleri dâhil çalışma yöntem ve şekillerinin düzenlenmesini kapsar. Geniş anlamda ise, iş ilişkisinin sosyal niteliğinden hareketle devletin, çalışma ilişkisinin⁵ işçinin yararına kurulması ve geliştirilmesi için elindeki tüm araçları seferber etmesini içerir⁶.

II. İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak konusunda esas yükümlülük işverene aittir. İşverenin bu yükümlülüğünün hukuki dayanakları hem özel hukuk, hem de kamu hukukudur. İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu, iş sözleşmesinin içeriğinde işçiyi gözetme

² **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s.725.

³ **ARICI** Kadir, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Dersleri, Ankara 1999, s.1-4.

⁴ **SÜZEK** Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s.8.

⁵ İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü olarak gözetme borcu, edim dışı borç ilişkisi esasında, MK.2’den doğan koruma borcu olarak da görülebilir (**BAŞBUĞ** Aydın, İşyeri Hekiminin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu İçerisindeki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Türk Tabipler Birliği, Uluslar arası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, s.66 vd.)

⁶ **EYRENCİ** Öner/ **TAŞKENT** Savaş/ **ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2003, s.204-205.

borcunun bir parçasıdır. Özel hukuka dayanan bu yükümlülük, kamu hukuku kuralları ile ayrıca güçlendirilmiştir⁷.

İşverenin kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcunu düzenleyen temel kural İş Kanununun 77. maddesinde yer almıştır. Buna göre, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdürler (İşK.77/I). İş Kanunu 78'e göre çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği⁸ hükümlerine göre de, işverenler işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak için gerekli her türlü önlemi almak, organizasyonu yapmak, araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar (Yön.6/I-a). Ayrıca, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun sürekli iyileştirilmesi amaç ve çalışması içinde olacağı hüküm altına alınmıştır. Yönetmeliğin daha sonraki düzenlemelerinde de, bu önlemlerin alınmasında işverenin hangi prensiplere uyacağı, koruyucu ve önleyici hizmetler, ilk yardım, yangınla mücadele ve kişilerin tahliyesi, ciddi ve yakın tehlike halinde alınacak önlemler de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁹. Görüldüğü gibi işverenin kamu hukukundan doğan işçiyi gözetme borcunun kapsamını İş Kanunu çok geniş tutmuş, hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın bütün işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliği açısından "gerekli" her türlü önlemi almaları zorunlu tutulmuştur¹⁰.

İş Kanunu ve Yönetmelik çerçevesinde, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün BK.332 hükümlerine göre geniş ve mutlak bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Gerçekten de İş kanunu bakımından işverenin alması gereken önlemler, BK.332'deki gibi "hakkaniyet dairesinde" kendisinden beklenilecek önlemler değil, iş sağlığı ve güvenliği için gerekli olan önlemlerdir ve bu önlemler, bilimin, tekniğin tecrübenin vardığı noktaya göre işverenden

⁷ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.212.

⁸ RG. 9.12.2003, 25311; Yayımlı tarihinde yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, risk değerlendirmesi, sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman, işçilerin bilgilendirilmesi, işçilerin görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması, ve risk grupları gibi mevzuatımız açısından yeni kavram, müessese ve istihdam modellerini de beraberinde getirmiştir (GÜLŞENİ Hande Çankaya, İş Sağlığı ve Güvenliği Konseptinin Dünyadaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.30).

⁹⁹ DEMİRCİOĞLU Murat/ CENTEL Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2003, s.160; ŞAKAR Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2003, s.135.

¹⁰ ÖZDEMİR Namık Kemal, 4857 Sayılı İş Yasası İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 2004/004, İstanbul, Şubat 2004, s.26 vd.; SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2003, s.78-79; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.146; ARSEVEN Faik, Yeni İş Kanununun Getirdiği Başlıca Yeniliklerin Değerlendirilmesi, MESS Mercek, S.34, Nisan 2004, s.32; PİRLER Bülent, İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Geri Kalan İşler, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.8; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.212.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi beklenir¹¹. Bu itibarla, işveren sadece mevzuatta yazılı önlemleri almakla her zaman yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılamaz. İşveren, mevzuatta öngörülmemiş¹² ancak bilimsel teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de almak zorundadır¹³.

İşverenin sözkonusu sorumluluğu, sadece işçinin fiilen çalıştığı yerde değil, çalışma nedeniyle dolaştığı işyerinin girişi, merdiven, asansör, duş, mutfak vb. bölümlerde de mevcuttur¹⁴. Yine işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüğü, sadece iş sözleşmesi ile kendisine bağlı işçiler için değil; işyerinde çalışan başka işverenin işçileri için de işverenin yükümlülüğü sözkonusudur¹⁵.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşçileri Bilgilendirmek ve Eğitmek

İşverenler, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli önlemler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermekle yükümlüdür (İŞK.77/2). Yönetmeliğe göre de, işverenin, işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak için eğitim ve bilgi vermesi, iş sağlığı ve güvenliği bakımından genel yükümlülüklerindedir (Yön.6/a).

İşveren, işyerinin büyüklüğüne göre işyerinin geneli ile işçinin çalıştığı bölümde veya yaptığı her işte yürütülen faaliyetler, sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler ve işyerinde ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için görevlendirilenler hakkında işçilerin ve temsilcilerinin gerekli bilgiyi almalarını sağlamak zorundadır (Yön.10/a, 1,2). Ayrıca işyerinde özel görev ve sorumluluğu bulunan işçilerin veya temsilcilerinin, Yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan risk değerlendirmesi ve koruyucu önlemlere; iş kazası kayıtları ve raporlarına, sağlık ve güvenlik ilgili denetim faaliyetlerinden, bu

¹¹ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Ankara 2002, s.331; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.729.

¹² Maddenin ilk şeklide işverenlere işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili bilim ve teknolojik gelişmeleri izleme ve uygulama zorunluluğu da getirilmiş idi. İtirazlar ve eleştiriler üzerine bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır (TUNCAY Can, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İşveren, C.41, S.10, Temmuz 2003, s.9; ŞARDAN Serdar, Yeni İş Kanunu İle Birlikte İş Sağlığı ve Güvenliği Konusuna Getirilen Değişiklikler, Çimento İşveren, C.18, S.1, Ocak 2004, s.5).

¹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.331.

¹⁴ KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Prof.Dr.Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, Ankara 2003, s.142-143; KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992, s.41.

¹⁵ EKMEKÇİ Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İş Sağlığı ve Güvenliği, TİSK ve PERYÖN Tarafından Düzenlenen "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri" Semineri, TİSK Yayın No:241, İstanbul 2004, s.54.

konuda sorumlu kişi ve kuruluşlardan, koruma ve önleme çalışmalarından elde edilen bilgilere ulaşabilmelerini sağlamakla yükümlüdür (Yön.10/c,1,2,3). Yönetmeliğe göre, işverenin, başka işverenlerin kendi işyerinde çalışmak üzere gelen işçilerinin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilgi sahibi olabilmeleri için bunların işverenlerine gerekli bilgileri vermesi gerekir (Yön.10/b).

Kanunun iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverene yüklediği işçileri eğitime yükümlülüğü, Yönetmeliğe göre, özellikle işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesi, yeni teknoloji uygulanması hallerinde her işçinin çalıştığı yere ve yaptığı işe özel bilgi ve talimatları içeren sağlık ve güvenlik eğitimi almasını sağlamaya yöneliktir (Yön.12/a). Bu konuda özel görevi bulunan işçi temsilcileri özel olarak eğitilir (Yön.12/b). İşveren, çalışmak üzere işyerine gelen işçilerin de yaptıkları işlerde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik risklerine karşı yeterli bilgi ve talimatı almalarını sağlamakla yükümlüdür (Yön.12/b). İşverenin eğitime ilişkin yükümlülüğü sadece kendi işçileri bakımından değil; ödünç iş ilişkisiyle işyerinde çalışan işçiler ve alt işverenin işçileri için de sözkonusudur¹⁶.

Değişen ve yeni ortaya çıkan risklere göre eğitimin yenilenmesi, gerekiyorsa periyodik olarak tekrarlanması icap eder (Yön.12/2). İş sağlığı ve güvenliği ile iş hijyeni konusunda alınacak önlemlerin işçilere mali yük getirmemesi gerektiği (Yön.6/e) gibi eğitim de işçilere veya temsilcilerine herhangi bir mali yük getirmemelidir. Eğitimde geçen süre çalışma süresinden sayıldığından (Yön.12/d) işçiler, eğitim nedeniyle ücret ve diğer haklarından yoksun kılınmaz¹⁷.

Kanunda eğitime yönelik doğrudan hüküm bulunması, eski Kanuna göre ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi nedeniyle artık işyerlerinde verilecek eğitim, sistemli olmak zorundadır. Yine içerik olarak da, mesleki gelişimi, her türlü güvenlik önlemine uymayı kapsamak zorundadır¹⁸.

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyulup Uyulmadığını Denetlemek

İş Kanununa göre işçiler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü oldukları gibi (İşK.77/1), işverenler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek zorundadırlar (İşK.77/2).

İşyerlerinde işçi sağlığı ve güvenliğini sağlayıcı önlemlere uyulup uyulmadığını denetim ve işçileri bu konuda eğitime görevi ile ilgili hükümler

¹⁶ EKMEKÇİ, İş Sağlığı, s.54.

¹⁷ CILGA Erten, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Dönem, MESS Mercek, S.34, Nisan 2004, s.112; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.730.

¹⁸ ÖZDEMİR, s.25.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi
AB'nin 91/383 sayılı Belirli Süreli İş Hükümlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği
Yönergesi hükümlerine paralel düzenlemelerdir¹⁹.

4. İş Sağlığı ve Güvenliği Konularında İşçilerin Görüşlerini Almak, Katılımlarını Sağlamak

İş sağlığı ve güvenliği konularına, korumanın sujesini oluşturan işçilerin görüşlerinin alınması, katılımların sağlanması etkili bir önleme ve koruma için son derece önemlidir. Bu nedenle Yönetmeliğe göre, işveren 11. maddede belirtildiği şekilde iş sağlığı ve güvenliği konularına işçilerin veya temsilcilerinin görüşlerini almak, öneri getirme hakkı tanımak, bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve dengeli katılımlarını sağlamakla yükümlüdür²⁰.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ile ilk kez mevzuatımıza getirilen sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi, işyerinde sağlık ve güvenlik konularında işçileri temsil etmeye yetkili kişi ya da kişiler olarak tanımlanmaktadır. İşçiler tarafından seçilecek bu kişiler sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmaları izleme, önlem alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda işçileri temsil etmek üzere işyerinde görev yapmakla yükümlüdür²¹.

İşçiler veya temsilcileri, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverence alınan önlemlerin ve sağlanan imkanların yetersiz olduğu kanaatine vardıkları takdirde Bakanlığa başvurma hakkına sahiptirler (Yön.11/f). Maddede yer alan "kanaate varmak" ifadesinin subjektif olduğu ve kötüniyetli davranışlar açısından sorun teşkil edeceği ihtimalinin düşünülmesi gerekir²².

5. İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Organizasyonu Yapma

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, bunları denetlemek, işçileri bilgilendirmek ve gerekli eğitimi vermek istisnasız bütün işverenler için getirilmiş bir yükümlülük olmasına karşın, organizasyon yükümlülüğü, belirli büyüklükte (elli ve daha fazla işçi çalıştıran) olan ve belirli nitelikte olan işyerleri için öngörülmüştür²³.

İş Kanunu ile getirilen iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu kurma yükümlülüğü kapsamında işverenler; iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak,

¹⁹ **BATUR** Erhan, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Gelişmeler, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.13; **ARSEVEN** Faik, Yeni İş Kanununun İş Sağlığı ve Güvenliği Yaklaşımı, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.15; **TUNCAY**, İşçi Sağlığı, s.9.

²⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.730; **CILGA**, s.112.

²¹ **CILGA**, s.113.

²² **CILGA**, s.113.

²³ **EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN**, s.213-214.

işyeri hekimi istihdam etmek ve iş güvenliği ile ilgili mühendis veya teknik elemanlar istihdam etmek zorundadırlar²⁴.

a. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu

İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanmasında işçi ve işverenlerin yardımcı olmalarını sağlamak amacıyla “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”nun oluşturulmasını öngörmüştür²⁵. Gerçekten “bu kanuna göre sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde” bu kurulların kurulması orunludur (İşK.80/1).

İş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşumu, çalışma usulleri, ödev, yetki ve yükümlülükleri bir yönetmeliğe²⁶ bırakılmıştır (İşK.80/3).

Yeni İş Kanununa göre işverenler, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının ilgili mevzuata uygun olarak verdikleri kararları uygulamakla yükümlüdürler (İşK.80/2). Aksine davranan işverenler için Kanun, idari para cezası öngörmektedir (İşK.105/2).

b. İşyeri Hekimleri ve İşyeri Sağlık Birimi

4857 sayılı İş Kanunu madde 81 ile ilk kez işyeri hekimliği İş Kanununda ayrı bir madde ile düzenlenmiştir²⁷. Buna göre, devamlı olarak en az elli işçi

²⁴ **UZUN** Bekir, 4857 Sayılı İş Kanunu, Toprak İşveren, S.59, Eylül 2003, s.12; **EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN**, s.214.

²⁵ **AYHAN** Abdurrahman, Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması ve Önemi, Prof.Dr.Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, Ankara 2003, s.81 vd.; **EKMEKÇİ** Ömer, Yeni İş Kanununun Getirdikleri, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor? Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İzmir 3 Temmuz 2003, s.51; **ANDAÇ** Faruk, Yeni İş Kanununun Öngördüğü Yükümlülükler, İşveren, C.41, S.10, Temmuz 2003, s.23; **ŞAKAR**, s.140; **TUNCAY**, İşçi Sağlığı, s.11; **DEMİRCİOĞLU/ CENTEL**, s.161; **EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN**, s.214; **ARSEVEN**, s.32; **TUNCAY**, Avrupa Birliği, s.41; **ÇELİK**, s.148.

²⁶ İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG. 7.4.2004, 25426; Yıllardan beri işveren kesimi ve işçi sendikaları ile uygulayıcı yöneticiler İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda mevzuatın dağınıklığından ve takip zorluğundan şikayet etmektedirler. İş güvenliği ile ilgili her konunun ayrı bir yönetmelikle verilmesi ve bir bütün olarak toplanmaması aynı sıkıntıların giderilemeyeceğini göstermektedir (**KARAÇİVİ** Gültekin, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmelikleri İşyerlerine Getirdiği Yeni Yükümlülükler, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.32).

²⁷ 1475 sayılı İş Kanununda işyeri hekimliği açıkça düzenlenmemiştir. Sadece 79. maddeye göre ağır ve tehlikeli işlerde işe girişlerinde ve işin devamı süresince, 80. maddesine göre de küçüklerin herhangi bir işe alınmadan önce ve onsekiz yaşını dolduruncaya kadar bedence bu işlere dayanıklı olduklarına ilişkin muayene raporunun, işyeri hekimlerince de verilebileceği öngörülmüştü. 1475 sayılı Kanunun 74. maddesine göre çıkarılan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesi, 1593 sayılı Kanun madde 180 ile 506 sayılı Kanun madde 114'e yollama yaparak sürekli olarak en az elli işçi çalıştırılan

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

çalıştıran işverenlerin, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan, işçilerin sağlık durumunun ve alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına ve işin tehlike derecesine göre bir veya daha fazla işyeri hekimi çalıştırmak ve bir işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü buldukları hükme bağlanmıştır.

Öte yandan işyeri hekimi istihdamının esaslarını belirlemek üzere; işyeri hekimlerinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri ile işyeri sağlık birimlerinin Sağlık Bakanlığı ve Türk Tabipler Birliği'nin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği öngörülmüştür. Maddede sözü edilen yönetmelik, İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁸ adıyla yürürlüğe girmiştir²⁹. Bu yönetmeliğin 33. maddesiyle 1980 tarihli İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları İle Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik³⁰ yürürlükten kaldırılmıştır.

İşyeri hekimliği sıfatı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen işyeri hekimliği sertifikası ile edinilebilir³¹. İşyeri hekimleri, işyeri hekimi ile işveren arasında Yönetmelik Ek-7'de verilen örneğe uygun olarak düzenlenecek bir sözleşme ile istihdam edilirler (Yön.25). İşyeri hekimliği sözleşmesi, bir iş sözleşmesi olup işyeri hekimi işyerinin işçisidir. Bununla birlikte işveren adına hareket etmesi ve yönetimde görev alması nedeniyle işveren vekili sıfatına da sahiptir³². İşyeri hekimi ile işveren arasında yapılacak sözleşmenin ücret ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesi konusunda taraflar serbest

işyerlerinde işyeri hekimi çalıştırılmasını öngörmüş; işyeri hekimlerinin çalışma şartları ve görevlerini nasıl yürütecekleri de 1980 tarihli "İşyeri Hekimlerinin Çalışma şartları ve Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik"le tespit edilmiştir (MOLLAMAHMUTOĞLU, s.740-741); ARSEVEN, s.32.

²⁸ RG. 16.12.2003, 25318.

²⁹ EKMEKÇİ Ömer, İşyeri Hekimi Bulundurma Yükümü Konusunda Yeni Gelişmeler, MESS Mercek, S.33, Ocak 2004, s.111.

³⁰ RG. 4.7.1980, 17037; Eğitim komisyonlarının yaptığı çalışmalar sonucunda İşyeri Hekimliği, İşyeri hemşiresi veya Sağlık Memuru ile İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanı Sertifika Eğitim Programları Haziran 2004 tarihinde başlatılacaktır (ÜNALAN Aysel, İş Güvenliği Uzmanı Sertifika Eğitim Programı ve Sınavı ÇASGEM Tarafından Yürütülür, İşveren, C.42, S.7, Nisan 2004, s.19).

³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.741; EKMEKÇİ, İşyeri Hekimi, s.114; EKMEKÇİ, İş Sağlığı, s.59.

³² DEMİRCİOĞLU Murat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.208; BAŞBUĞ Aydın, İşyeri Hekimi ile Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu, Kamu-İş, Ocak 1999, s.127 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.337.

bırakılmışlardır³³. Kanun, elli ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenleri işyeri hekimi çalıştırmakla yükümlü tuttuğundan işverenin işyeri hekimi ile sözleşme yapması, iş sözleşmesi yapma zorunlulukları arasında yer alır³⁴.

Sağlık birimi kurma zorunluluğunun yanı sıra yeni yönetmelik, eskisinden³⁵ farklı olarak, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlerin de bir araya gelerek birlikte ortak bir sağlık birimi oluşturması konusunda serbesti tanımıştır. Gerçekten işyeri sağlık biriminin gerek kurulacağı yer ve gerekse içerisinde bulundurulması gerekli araç ve gereçler konusunda önemli sınırlamalar vardır. Ortak sağlık biriminin kurulmasına izin verilmesiyle daha gelişmiş fiziki özelliklere, daha fazla ekipman ve personele sahip ve daha iyi hizmet verebilen sağlık birimleri kurulması mümkün olabilecektir³⁶.

c. İş Güvenliği İle İlgili Mühendis veya Teknik Elemanlar

İş Kanununa göre, sanayiden sayılan, sürekli olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenlerin, işyerlerinin iş güvenliği önlemlerinin sağlanması, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi için alınacak tedbirlerin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi hizmetlerini yürütmek üzere işyerindeki işçi sayısına, işyerinin niteliğine ve tehlikelilik derecesine göre bir veya daha fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmeleri zorunludur (İŞK.82/1).

Nitelikleri, sayısı, görev, yetki ve sorumlulukları, eğitimleri, çalışma koşulları, görevlerini nasıl yürütecekleri hususu, aynı maddenin 2. fıkrasına göre çıkarılan İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikle³⁷ belirlenmiş bulunmaktadır³⁸. Yönetmeliğe göre, iş güvenliği uzmanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından sertifikalandırılmış iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanı ifade etmektedir (Yön.4). İşverenler işyerlerinin risk grubuna ve işçi sayısına göre bir veya daha fazla iş güvenliği uzmanını, iş güvenliği uzmanlığı sözleşmesi ile istihdam etmekle yükümlüdürler. İşyerinde

³³ EKMEKÇİ, İşyeri Hekimi, s.114.

³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.741.

³⁵ Eski yönetmelikte, birden fazla işverenin bir araya gelerek ortak sağlık birimi kurmaları elliden az işçi çalıştıran işverenler için tanınmış bir olanaktı. Elliden az işçi çalıştıran işverenler zaten işyeri hekimi çalıştırmak zorunda olmadıkları için ortak sağlık birimi kurulabilmesine ilişkin düzenlemenin uygulamasına hemen hemen hiç rastlanmamaktaydı (EKMEKÇİ, İşyeri Hekimi, s.113).

³⁶ EKMEKÇİ, İşyeri Hekimi, s.113.

³⁷ RG. 20.1.2004, 25352.

³⁸ BATUR Erhan, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri, MESS Mercek, S.34, Nisan 2004, s.59; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.743.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

başka bir görevi yürüten mühendis veya teknik elemanın sertifikası bulunmak kaydıyla iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirilmesi mümkündür (Yön.5).

İş güvenliği uzmanının yetkileri arasında en önemlisi, işyerinde çalışanların yaşamı ile ilgili yakın bir tehlike tespit ettiğinde derhal üst yönetimi bilgilendirerek işin geçici olarak durdurulmasını sağlamaktır (Yön.13/2).

III. İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİNİN YAPTIRIMLARI

1. Kamusal Nitelikli Yaptırımlar

a. İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması

aa. Genel Olarak

İş güvenliği önlemlerinin alınmamasının en önemli yaptırımlarından biri, işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasıdır. 4857 sayılı Kanun işin durdurulması veya işyerinin kapatılması konusunda 1475 sayılı Kanundan ve Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıdan oldukça farklı bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Gerçekten, 1475 sayılı Kanuna göre işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasına konu olabilecek işyerleri, *kurma izni ve işletme belgesine tabi işyerleri* idi³⁹.

14.6.1989 tarihli ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun, kurma izni ve işletme belgesine tabi işyerlerinin kapsamını daraltmıştır. Buna göre, kurma izni ve işletme belgesine tabi işyerleri sadece, birinci sınıf gayri sıhhi müesseseler, yakıcı, patlayıcı ve tehlikeli maddelerle çalışılan işyerleri, oksijen, LPG dolum depoları, bunlara ait dağıtım merkezleri, perakende satış yerleri, taş ocakları, akaryakıt istasyonları ve benzeri işyerleridir (m.2/a-b). Bu durum karşısında, 1475 sayılı Kanun zamanında sadece bu işyerlerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımını uygulanabilmekteydi. Buna göre de, ilgili tüzükte⁴⁰ belirtilen birinci derecedeki şartlar yerine getirildikten sonra yetkili makamdan izin almak suretiyle kurulan ve işleme başlayan işyerlerinde işçilerin hayatı için tehlikeli bir husus tespit edilirse, komisyon kararıyla işin tamamen veya kısmen durdurulması (1475 sK.75/A); buna karşılık, kurma izni ve işletme belgesi alınmadan açılmış olan veya geçici işletme belgesi alındığı halde ikinci derecedeki şartları verilen süre içinde yerine getirmemiş bulunan işyerlerinde işçilerin hayatı için tehlikeli bir hususun tespit edilmesi halinde de komisyonun kararı, mülki amirin emri ve

³⁹ **SOYER** Polat, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, TÜRK-İŞ, 12-13 Temmuz Kuru Otel/ Bolu 2003, s.34.

⁴⁰ 26 Nisan 1987 tarihli ve 87/ 11798 sayılı “İşyerlerinde İşin Durdurulmasına ve İşyerinin Kapatılmasına Dair Tüzük”.

zabıta marifetiyle işyerinin kapatılması yaptırımını sözkonusu olmaktadır (1475 sK.75/B).

Yeni İş Kanunu, isabetli olarak, durdurma veya kapatma kararının alınabilmesi için işyerinin kurma izni ve işletme belgesine sahip olması şartından vazgeçmektedir. O halde, bu izni ve belgeyi almak zorunda olsun olmasın bütün işyerlerinde işin tamamen veya kısmen durdurulması veya işyerinin kapatılması yaptırımını uygulanabilecektir⁴¹.

bb. Durdurma veya Kapatma Kararının Alınması

İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması, işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyon kararıyla olur (İşK.79/1).

Komisyonun kimlerden oluşacağı, çalışma şekil ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yönetmelikle⁴² ayrıntılarıyla belirlenmiştir. Buna göre, işyerlerinde işin durdurulmasına ve işyerinin kapatılmasına karar vermeye yetkili komisyon, iki müfettiş ve bölge müdürü ile bir işçi ve bir işveren temsilcisinden oluşur. Komisyona katılacak müfettişlerden biri, işin durdurulmasını veya işyerinin kapatılmasını teklif eden müfettiştir. Komisyona kıdemli müfettiş başkanlık eder (Yön.5).

Komisyona işçi temsilcisi olarak, bölge müdürlüğü görev alanı içinde her işkolu için, kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan işçi sendikaları konfederasyonu yönetim kurulunca bir asil, bir yedek üye seçilir. Konfederasyonca bu Yönetmelikte belirlenen süreler içinde seçim yapılmadığı takdirde, işkolunda en çok üyeye sahip işçi sendikası yönetim kurulunca bir asil, bir yedek üye seçilir. İşçi sendikaları konfederasyonu veya işçi sendikası seçimi yapılmaması veya seçilen üyenin ya da yedeğinin komisyona katılmaması halinde, işyerinde çalışan işçiler arasından, işçilerce seçilen temsilci, komisyona üye olarak katılabilir (Yön.5).

İşveren temsilcisi olarak, her işkolu için, kendisine mensup işveren sayısı en yüksek olan işveren sendikaları konfederasyonu yönetim kurulunca bir asil, bir yedek üye seçilir. Konfederasyonca bu Yönetmelikle belirlenen süreler içinde seçim yapılmadığı takdirde, işkolunda en yüksek üyeye sahip işveren sendikası yönetim kurulunca, bir asil, bir yedek üye seçilir. İşveren sendikaları konfederasyonu veya sendikası seçimi yapılmaması veya seçilen üyenin veya yedeğinin komisyona katılmaması halinde, işveren veya vekili komisyona üye olarak katılabilir (Yön.5).

⁴¹ ARSEVEN, İş Sağlığı ve Güvenliği Yaklaşımı, s.15; SOYER, s.34.

⁴² RG. 5.3.2004, 25393, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Bir işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus saptanırsa, bu tehlike giderilinceye kadar, işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili bir kurul kararıyla tehlikenin niteliğine göre iş tamamen veya kısmen durdurulur veya işyeri kapatılır (İşK.79/1, Yön.10).

Müfettiş, işin kısmen veya tamamen durdurulmasını, işyerinin kısmen veya tamamen kapatılmasını gerektiren bir durumun varlığını raporla bildirirse, bölge müdürü, komisyonu yazılı olarak toplantıya çağırır. Çağrı yazısında toplantının günü, saati, yeri ve işin durdurulmasını veya işyerinin kapatılmasını gerektiren sebepler belirtilir. Ayrıca toplantının günü, saati, yeri ve işin durdurulmasını veya işyerinin kapatılmasını gerektiren sebepler işverene de bildirilir (Yön.7).

Komisyon toplantılarına müfettişlerin ve bölge müdürünün katılması mecburidir. İşçi veya işveren temsilcilerinin veya yedeklerinin katılmaması, komisyonun toplanmasını ve karar almasını engellemez (Yön.8).

Kararlar oy çokluğuyla alınır. Oyların eşitliği halinde, başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır. Kararların gerekçeli yazılması ve toplantıya katılanlarca imzalanması gerekir(Yön.9/1). İşin kısmen veya tamamen durdurulmasına, işyerinin kapatılmasına karar verildiği sırada, işveren, durdurma veya kapatma sebeplerini gidermek için çalışma talebinde bulunursa, çalışmaya izin verildiği, gerekirse süre de belirlenerek, işin durdurulmasına veya kapatılmasına dair karara yazılır (Yön.9/2).

cc. Kararın Uygulanması

Komisyon tehlikenin niteliğine göre ya işin tamamen veya kısmen durdurulmasına ya da işyerinin kapatılmasına karar verecektir. Verilen karar işverene tebliğ edilir (Yön.10). Her iki kararın da uygulama süresi, tehlikenin giderilmesiyle sınırlıdır (İşK.79/1).

İşyerinde yapılmakta olan iş, gerekirse güvenlik kuvvetlerinin de yardımıyla müfettişçe, komisyon kararına uygun olarak durdurulur; durdurulan bölüm mühürlenir (Yön.11/1). Kapatma kararında ise, Bölge müdürü, kapatma kararını bir yazıyla iş yerinin bağlı bulunduğu mülki amire gönderir. Mülki amirin emri üzerine, güvenlik kuvvetlerince, çalışmadan alıkonulacak tedbirler alınarak iş yeri kapatılır ve mühürlenir (Yön.14). Hem durdurma hem de kapatma halinde Yönetmeliğin 9. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hallerde çalışma yapılacak yerler mühürlenmez (Yön.11/2, 14/2). Başka bir deyişle, kararın verildiği sırada, işveren, durdurma veya kapatma sebeplerini gidermek için çalışma talebinde bulunmuş ve çalışmaya izin verilmişse bu yerler mühürlenmez.

Çalışanların hayatı için tehlikeli olan husus, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararının alınmasına kadar geçecek süre beklenmeden tedbir alınmasını gerektirecek nitelikte ise, müfettişçe durumu ve alınması

gereken tedbirlerin niteliğini belirten bir rapor düzenlenir, birer örneği mülki amire, bölge müdürüne ve işverene verilir. Mülki amirin emriyle güvenlik kuvvetlerince tehlikeyi giderecek tedbirler alınır. Durumu belirleyen bir tutanak düzenlenir ve bölge müdürlüğüne gönderilir. Bölge müdürü, komisyonu Yönetmeliğin 10 uncu maddesine göre işlem yapılmak üzere derhal toplantıya çağırır. Durum, müfettiş tarafından, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığına bildirilir (Yön.17).

dd. Kararların Kaldırılması ve Karara İtiraz

İşveren, durdurma ve kapatma sebeplerini gidermek için mühürlerin geçici olarak kaldırılmasını veya işyerinin geçici olarak açılmasını isteyebilir. İşverenin sözkonusu taleplerini dilekçeyle bölge müdürlüğüne iletmesi gerekir. Talep üzerine toplanan komisyon, gerekirse süre de belirleyerek mühürlerin kaldırılmasına karar verir (Yön.12). Yine talep üzerine , işverenin talebi mülki amire bildirilir. Mülki amirce verilecek emir üzerine, üretim yapılmamak şartıyla güvenlik kuvvetlerince işyeri geçici olarak açılır (Yön.15).

İşverence, işin durdurulmasına dair kararda, çalışanların yaşamı için tehlikeli olduğu belirtilen hususların giderildiğinin veya kapatılan işyerinde kapatmaya gerekçe teşkil eden noksanlıkların giderildiğinin bölge müdürlüğüne bildirilmesi halinde, müfettişçe durum derhal incelenir ve sonuç raporla komisyona bildirilir. Komisyon, tehlikeli halin giderilip giderilmediğine göre, durdurma veya kapatma kararının kaldırılmasına veya devamına karar verir (Yön.13, 16).

Verilen karara karşı işverenin yerel iş mahkemesinde altı iş günü içerisinde itiraz etme hakkı vardır (İşK.79/3, Yön.18/1). Ancak sözkonusu itiraz kararın uygulanmasını durdurmaz (İşK.79/4 Yön.18/2). Mahkeme, itirazı öncelikle görüşerek altı iş günü içinde kesin olarak karara bağlar (İşK.79/5, Yön.18/3).

İş mahkemelerinin işin durdurulması kararlarının kaldırılmasına dair kararları bölge müdürüne yerine getirilir; işyerinin kapatılması kararlarının kaldırılmasına dair kararları ise, bölge müdürlüğüne mülki amire intikal ettirilir. Mülki amirin emriyle işyeri güvenlik kuvvetlerince açılır. Bunlara dair tutanaklar bölge müdürlüğünde saklanır (Yön.18/4-5).

b.Çalışmaktan Alıkonulma

Müfettişlerce yapılan denetim sırasında, herhangi bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları böyle bir işyerinde işçilerin çalışmalarına engel oluşturuyorsa, bu işçiler çalışmaktan alıkonulur (İşK.79/6).

1475 sayılı Kanun gibi, 4857 sayılı Kanun da çalışmaktan alıkonulan işçilerin durumu hakkında ayrıntılı bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte bu işçilerin durumu şu şekilde çözüme kavuşturulabilir. İşçinin yaşına, cinsiyetine ya da sağlık durumuna uygun olmayan bir işte çalıştırılması iş sözleşmesinin tamamını değil, sadece bu şekilde çalıştırılmasına ilişkin hükmü

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

geçersiz kılar. Bu geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan boşluk, işverenin gözetim borcuna uygun ve borcun gerektirdiği bir davranışla doldurulmalıdır. Bunun anlamı, işverenin gözetim borcu uyarınca işçiyi yaşına, cinsiyetine ya da sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırmak zorunda olmasıdır. Bu zorunluluk, işçinin çalışmaktan alıkonulmasından önce de vardır. İşçi böyle bir işte çalıştırılmayı işverenden her zaman talep edebilir. Bu borcun gereğini yerine getirmeyen işveren de işin görülmesi için gerekli olan hazırlık fiillerini gerçekleştirmemiş olması nedeniyle işi kabulde temerrüde düşmüş sayılır ve işçi çalışmak zorunda olmaksızın ücrete hak kazanır⁴³.

c. İdari Para Cezası

İşyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması, İş Kanununun idari cezaları düzenleyen hükümleri çerçevesinde (İşK.98-108) para cezasını da gerektirir. Bu anlamda, cezai yaptırımların uygulanabilmesi için işyerinde mutlaka bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmiş olması şart değildir. İş sağlığı ve güvenliği aleyhine bir suçun oluşabilmesi için işveren veya vekilinin cezai yaptırıma bağlanmış bir kuralı ihlal etmiş bulunması yeterlidir. Dolayısıyla, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılıkta cezai yaptırımların uygulanması için bir tehlikenin yaratılmış olması yeterlidir (formel suçlar). Nihayet iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık nedeniyle doğacak ceza sorumluluğu işverene veya işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini alma görevini kendisine verdiği işveren vekiline aittir. Dolayısıyla kendisine bu konuda ayrıca önlem alma görevi yüklenmeyen işveren vekilinin cezai sorumluluğu yoktur⁴⁴.

İş Kanununa göre, 78. maddenin 1. fıkrasında belirtilen tüzük ve yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekili, almadığı her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için elli milyon lira para cezası ödemek zorundadır. Alınmayan önlemler oranında izleyen her ay için aynı miktar para cezası uygulanır (İşK.105/1). Kanun, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için gerekli her türlü önlemi almayan, araç ve gereçleri noksansız bulundurmayan, bu maddedeki denetleme, bilgilendirme ve eğitim yükümlülüklerini yerine getirmeyen; 79. maddeye göre faaliyeti durdurulan işi izinsiz devam ettiren veya kapatılan işyerini izinsiz açan; 80. maddeye göre iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmayan, çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan, iş sağlığı ve güvenliği kurulu kararlarını uygulamayan; 81. maddeye aykırı olarak işyeri sağlık birimi oluşturmayan, işyeri hekimi çalıştırmayan; 82. maddeye göre iş güvenliği ile ilgili mühendis veya teknik eleman görevlendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren veya vekili için de beş yüz milyon lira para cezası öngörmektedir (İşK.105/2).

⁴³ SOYER, s.35.

⁴⁴ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.220.

Kanunda öngörülen idari para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından verilir ve ceza, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. İşveren veya işveren vekili, tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edebilirse de itiraz cezanın uygulanmasını durdurmaz. İtiraz zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde incelenerek en kısa sürede karara bağlanır. Mahkemenin verdiği karar kesindir. Bu Kanuna göre Bölge Müdürünce verilen idari para cezaları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir (İşK.108).

Kanunun bu bölümündeki düzenlemeler idari yaptırıma maruz kalanların yargısal korunma yollarını kuvvetlendiren nitelikte sayılamaz. Verilen cezaya itiraz için öngörülen başvuru süresi diğer idari davalara göre, çok kısa belirlenmiş yargılama usulü müesseseleri bakımından “zaruret” gibi belirsiz bir ifade ile müdahale edilerek bir kısıtlama getirilmiş, idare mahkemesinin verdiği kararın kesinliği düzenlemesi ile de hak arama özgürlüğü bakımından durum “sıkıştırılmıştır” denilebilir⁴⁵.

2. Özel Hukuk Yaptırımları

a. İşverenin Müttemerit Alacaklı Durumuna Düşmesi

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemler, hukuken, işçinin iş görme borcunu ifa için işverenin ifaya katılma fiillerinden, yani; hazırlayıcı nitelikte fiil ve işlemlerindedir. Örneğin işyerinin, işçilerin çalışabilecekleri ölçüde ısıtılmış ve kirliliği havanın aspire edilmiş olması gerekir. Bu itibarla iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemek suretiyle, işçilerin iş görme borçlarının ifası önünde engel oluşturan işveren müttemerit alacaklı durumuna düşmüş olur. Bu durumda işçiler, BK.325’ de öngörüldüğü üzere çalışma yapmaksızın ücretlerini talep edebilirler⁴⁶.

b. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

aa. Genel Olarak

İş sözleşmesi gereği işveren işçinin sağlığına uygun bir iş vermekle yükümlüdür. İşyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde, işçi iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilir ve BK.325’e dayanarak ücretini talep edebilir. Zira işçi, emeğini işverenin emrine tabi tuttuğu halde, sunulan iş görme borcunu iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun bir biçimde kabul edemeyen işveren alacaklı temerrüdüne düşer ve BK.325 uyarınca işçinin ücretini ödemek zorundadır⁴⁷.

⁴⁵ GÜLAN Aydın, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanununun Düzenlediği Yargısal Yol, MESS Mercek, S.33, Ocak 2004, s.63.

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.731; SÜZEK, İş Hukuku, s.339.

⁴⁷ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.218.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

İş Kanununun 83. maddesinde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli bir durumun doğması halinde işçilerin haklarına ilişkin olarak çok önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁸. İş Kanunu madde 83'e göre, işçi iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak, yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalırsa iş görmekten kaçınabilecektir (İşK.83/1,3).

İşçinin iş sözleşmesinden doğan bu hakkını nasıl kullanabileceği Kanunda belirtilmiştir. Buna göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde işveren veya işveren vekiline başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep eder. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir. İşveren vekili veya işveren de yazı ile cevap vermek zorundadır. Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir ve bu dönem içinde işçinin ücret ve diğer hakları saklıdır (İşK.83).

bb. Şartları

İşçinin iş görmekten kaçınabilmesinin ön şartı, “*ortada yakın, acil ve hayati bir tehlike*” bulunmasıdır. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda bu koşul yaşamsal veya acil bir tehlike şeklinde kaleme alınmıştı. Tasarı bu şekilde yasalaşsaydı, işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için tehlikenin yaşamsal olması yeterliydi; ayrıca acil olmasına gerek yoktu⁴⁹. Yasal düzenleme, Bilim Komisyonu tasarısından daha isabetli bir çözüm yolu öngörmüş bulunmaktadır. Çünkü hayati bir tehlikenin yakın ve acil olmadıkça iş görmekten kaçınılmasından önce başka önlemlerle bertaraf edilmesi mümkün olabilir. Zaten, iş görmekten kaçınma hakkını, kural olarak en son başvurulması gereken (ultima ratio) bir yol olarak kabul etmek gerekir⁵⁰.

Kanunda bahsedilen tehlikenin “yakın” olmasıyla kastedilen, gerçekleşmemiş, ancak çok kısa bir süre içinde gerçekleşebilir olma (imminence) halidir. Tehlikenin “acil” olması, derhal müdahale edilmesini, önlem alınmasını gerektirir nitelik taşımasıdır. Tehlikenin “hayati” olmasıyla

⁴⁸ **EKMEKÇİ** Ömer, 4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme 25-29 Haziran 2003, s.190; **HİSARCIKLIOĞLU** M.Rifat, İşletmelerin Geleceği Açısından Yeni İş Kanunu, MESS Mercek, S.31, Temmuz 2003, s.19; **KUTAL** Metin, Türk Çalışma Yaşamında Yeni Bir Dönem: 4857 Sayılı İş Kanunu, MESS Mercek, S.31, Temmuz 2003, s.24; **SOYER**, s.35; **ARSEVEN**, s.33.

⁴⁹ **SOYER**, s.35; **EKMEKÇİ**, Hükümler, s.191.

⁵⁰ **SOYER**, s.35.

kastedilen ise, tehlikenin işçinin sağlığını bozacak veya fizik bütünlüğünü tehlikeye sokacak ağırlıkta olması demektir⁵¹.

İşçi, yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığını kendi subjektif değerlendirmesine dayandıramaz⁵². Başka bir ifade ile işçinin, yakın, acil ve hayati tehlike arzeden durumu re'sen takdir ederek kaçınma hakkını kullanabilmesi mümkün değildir⁵³. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçilerin konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle, kendiliğinden buna karar verememesini işyerinde hayati ve acil bir tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bir karar almasını doğal karşılamak gerekir⁵⁴. İş Kanunu madde 83 hükümlerine göre işçinin talebi üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulu yakın, acil ve hayati bir tehlikenin mevcudiyetini ve alınması gereken önlem veya önlemleri tespit edecektir. İş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan işyerlerinde bu konuda karar verecek olan işveren veya işveren vekilidir⁵⁵. Kurulun toplanma ve karar alma süresi ile ilgili olarak Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metinde altı işgünlük bir karar alma süresi öngörülmüşken maddenin Meclisten geçen halinde, Kurulun aynı gün içinde acilen toplanarak karar vermesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶. İşçinin talebi yönünde karar verilmemesi halinde başvurusu üzerine iş müfettişi de işyerinde gerekli incelemeyi yaparak işçinin talebi doğrultusunda karar verebilir⁵⁷.

Kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, tehlikeli durumu ortadan kaldıracak iş sağlığı ve güvenliği önleminin işveren veya işveren vekili tarafından alınmamış olması gerekir. Başka bir ifade ile gereken önlem alınmadığından tehlikeli durum varlığını korumalıdır. Bu nedenle gereken önlem alınmamakla birlikte tehlikeli durum herhangi bir şekilde sona ermişse işçinin kaçınma hakkını kullanabilmesi sözkonusu olmaz⁵⁸.

İş Kanununun 79. maddesi hükümlerine göre işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde, 83. madde hükümleri uygulanmaz (İşK.83/son). Bahsedilen madde gereğince işin durdurulması veya işyerinin

⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.733; EKMEKÇİ, Hükümler, s.191.

⁵² MOLLAMAHMUTOĞLU, s.733.

⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçinin İş Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, C.2, Mart-Haziran 1994, s.15-16; BAYSAL Saadettin, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı ve Uygulamalar, TİSK ve PERYÖN Tarafından Düzenlenen "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri" Semineri, TİSK Yayın No:241, İstanbul 2004, s.89.

⁵⁴ EKMEKÇİ, Hükümler, s.191

⁵⁵ ARSEVEN, İş Sağlığı ve Güvenliği Yaklaşımı, s.16; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.734.

⁵⁶ EKMEKÇİ, Hükümler, s.191.

⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.734.

⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.734.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

kapatılması, birer kamu hukuku yaptırımı oldukları kadar çok genel mahiyette birer iş sağlığı ve güvenliği önlemi özelliği taşırlar. İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde işçiler artık tehlikeli bir durumla karşı karşıya olmadıklarına göre çalışmaktan kaçınma hakkından bahsetmemek gerekir⁵⁹.

cc. Hükümleri

İşçinin kaçınma hakkını kullanmak suretiyle çalışmaksızın geçireceği süre, iş sağlığı ve güvenliği önleminin alınmadığı süreyle sınırlıdır. Ancak, tehlikeli durum ortadan kalkmakla birlikte önleme alınmadığından kaçınmaya devam eden işçinin bu hakkını kötüye kullandığı söylenebilir⁶⁰.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararın verilmesinde gecikmesi veya işçinin talebinin reddi yönünde karar vermesi halinde, tehlike devam ediyorsa, işçinin riski kendisine ait olmak üzere çalışmaktan kaçınabileceğini kabul etmek gerekir⁶¹. Yine, hayati, acil ve yakın tehlikenin birden çok kişiyi ilgilendirmesi halinde işçilerin iş görmekten kaçınma yoluna topluca gidebilecekleri ve bunun bir grev teşkil etmeyeceği belirtilmelidir. Çünkü, İş Kanunu madde 83 ile tanınan hak, BK.325 hükmünün özel bir uygulama halidir ve grevden bahsedebilmek için işi bırakmanın herhangi bir başka hakka dayanmıyor olması gerekir⁶².

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır (İşK.83/4). Bunu gibi, işçinin çalışmaktan kaçınmasına, gerekli önlemleri almamak suretiyle işveren yol açtığından çalışmaktan kaçındığı sürenin çalışma süresinden (İşK.66/1-c) sayılması gerekir⁶³.

c. İşçinin Sözleşmeyi Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Fesih hakkının tanınması, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorlanamamasının bir sonucudur⁶⁴.

İş Kanunu madde 85/5 hükmüne göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli önlemin alınmaması halinde işçi, altı

⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.733.

⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.734.

⁶¹ SOYER, s.36; Kanunun bu ifadesi ile belirtilen bu hakkın “ücretli grev hakkı” olduğu söylenebilir (EREN Ahmet, İşletmelerin Geleceği Açısından Yeni İş Kanunu, MESS Mercek, S.31, Temmuz 2003, s.51).

⁶² SOYER, s.36.

⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.735.

⁶⁴ EKMEKÇİ, Hükümler, s.191.

iş günü içinde İşK.24/1'e uygun olarak belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshedebilir.

Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırılık nedeniyle işçinin fesih hakkının doğumu ile çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması farklı nedenlere ve prosedüre tabi iken, maddenin son halinde işçinin sadece çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için değil, fesih hakkını kullanmak için de iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararını alması zorunluluğu öngörülmüştür. İşçi ne kadar haklı olursa olsun, salt kurul kararı almadığı için fesih haksız olabilecektir. Zira fesih hakkının doğumu için tehlikenin varlığı yeterli görülmemekte, kurulun kararı ile işçinin talebine rağmen tedbirlerin alınmaması aranmaktadır⁶⁵. Bu hüküm (İşK.83/5) karşısında, salt iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması işçinin sözleşmeyi derhal fesih hakkı için yeterli olmayacak, ayrıca, "*işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya*" olması gerekecektir. Bu koşul, işçinin fesih hakkını oldukça sınırlandırmaktadır⁶⁶.

Kanunda fesih hakkının İşK.24/II yerine İşK.24/I uyarınca kullanılması öngörülmüş; bu şekilde sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin İşK.26/II uyarınca işverenenden ayrıca tazminat talebinde bulunma hakkı ortadan kaldırılmıştır⁶⁷. Ayrıca işçinin haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen 24. maddenin I. Bendinde haklı neden oluşturan sağlık nedenleri iki alt bent halinde belirtilmiştir. İşK.83/5 hükmü I. Bendin tamamına yollama yapmakla birlikte gerekli iş sağlığı ve güvenliği önleminin alınmaması nedeniyle işçinin fesih hakkı kural olarak, I.bendin (a) alt bendi kapsamında, yani, "iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olursa" ifadesi bağlamında değerlendirilmektedir⁶⁸. Ancak burada sözkonusu olan işin niteliğinden doğan bir tehlike değil, alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden doğan tehlikedir⁶⁹.

İş Kanunu 24/I hükümlerine göre haklı nedenle fesih hakkı, hak düşürücü bir süreye bağlanmayıp fesih hakkı veren neden sürdüğü müddetçe işçi fesih hakkını haiz ise de İşK.83/5 hükmüne göre fesih hakkının kullanımı, altı işgünlük bir süre ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğundan altı işgünü içinde fesih hakkını kullanmayan işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmamış olsa bile artık fesih hakkını kullanamaz.

⁶⁵ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.218; EKMEKÇİ, Hükümler, s.192.

⁶⁶ ÖZEL Kayhan, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 2004/004, İstanbul, Şubat 2004, s.17-18; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.218-219; EKMEKÇİ, Hükümler, s.192.

⁶⁷ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.219; EKMEKÇİ, Hükümler, s.192-193.

⁶⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.735.

⁶⁹ EKMEKÇİ, Hükümler, s.193.

İşverenin İş Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Ancak süresi içinde fesih hakkını kullanmaması, kaçınma hakkını kullanmasını engellemez⁷⁰. Bu hakkın kullanılması için altı işgünlük bir sürenin öngörülmesi isabetli olmamıştır. Çünkü tedbirler alınmadığı sürece altı işgünlük sürenin işlenmesi zaten sökonusu değildir. Zaten işçinin iş görmekten kaçınma hakkı yerine fesih hakkını tercih etmesi de ender görülebilecek bir durumdur⁷¹.

SONUÇ

4857 sayılı Kanunun Beşinci Bölümü İş Sağlığı ve Güvenliği başlığını taşımakta ve toplam on üç madde ile konu düzenlenmektedir. Bu bölümün ilk maddesinde (m.77) işverenlerin ve işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından yükümlülüklerine yer verilmiştir. Söz konusu madde ile işyeri ayrımı yapılmaksızın tüm işverenlere iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçilerini bilgilendirme, eğitim ve denetim gibi yükümlülükler getirilmiştir. Kanun (m.78) konunun ayrıntılarının düzenlenmesi ile ilgili yönetmelik çıkarma yetkisini Bakanlığa vermiş, bu kapsamda çok sayıda yönetmelik çıkarılmış ve hazırlanmaya devam edilmektedir. Ancak şu an mevzuatın tamamlanmasına çalışıldığı için, halen yürürlükte bulunan eski düzenlemeler ile yeni düzenlemeler karışıklığa neden olabilmektedir.

İşveren Kanunla ve yönetmeliklerle kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlar, işin durdurulması, işyerinin kapatılması, idari para cezası, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin hakkı nedeniyle fesih hakkı şeklinde sayılabilir. Yeni düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, bundan sonraki dönemde işveren veya işveren vekillerinin iş sağlığı ve güvenliği konularında daha bilgili ve uygulamada da dikkatli olmaları gerekmektedir. Aksi halde istemedikleri sonuçlar ortaya çıkacak, maddi açıdan da önemli ölçüde zarara uğrayacaklardır.

⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.735.

⁷¹ SOYER, s.36.

Makaleler

Kamu Hukuku

TARİH BOYUNCA TÜRK DEVLETLERİNDE SİYASİ İKTİDARIN MEŞRULUK TEMELLERİ*

Yrd. Doç. Dr. Ali Şafak BALI**

GİRİŞ

Meşruluk bir ülkedeki siyasî rejimin istikrarı ve uzun süre ayakta kalabilmesi açısından oldukça önemli bir işlevi yerine getirmesine rağmen, özellikle ülkemizde, siyaset bilimi ve siyaset teorisi çalışmalarında yakın zamanlara kadar aynı ölçüde rağbet görmeyen, hatta üzerinde en az durulan konulardan birisi olmuştur.

İlkelinden gelişmişine her toplumda, toplum üyelerinin bir kısmının diğerlerini yönetmesi, onlar üzerinde güç kullanması olgusuna rastlanmaktadır. Örf-adetten dinsel inanışlara, gelenekten alışkanlığa, kişisel çıkarlardan, cebir korkusu veya çaresizlik duygusuna kadar pek çok sosyal-psikolojik etken bu güce itaatin sağlanmasında (rıza gösterilmesi, boyun eğilmesi ya da

* Bu konuda çalışmaya ilk karar verdiğimde (1990'lı yılların başları) Türkiye'de sosyo-politik açıdan meşruluk konusuna yeterince önem verilmiyordu. Alanında ilk sayılabilecek bu çalışmayı kitaplaştırarak yayınlamayı tasarlamama rağmen, o tarihlerde eksik kaldığını düşündüğüm bazı eklemeleri yapmak, biraz daha genişletmek, yeni kaynaklar eklemek ve mevcut kaynakların yeni baskılarını gözden geçirmek gerektiği düşüncesiyle bu güne kadar bu isteğimi gerçekleştirme imkânı bulamadım. Aradan geçen on yıldan fazla süre içinde Türkçeye meşruluk ana başlığı altında çok çeşitli çalışmalar kazandırılmış olmasına rağmen halen, meşruluğun Türk toplumlarına özgü tarihsel/sosyolojik belirme biçimini tartışan spesifik bir çalışma yapılmış değildir. Bu yüzden, ilk haliyle oldukça kapsamlı bir metin olan bu çalışmayı, elden geldiğince özüne dokunmadan kısaltıp güncelleyerek (bir bakıma makale formatında yeniden yazarak) yayınlamaya karar verdim. (Yararlanılan bazı kaynakların yeni baskıları yapılmış olmasına rağmen, önemli değişiklikler içermediği sürece eski baskılara yapılmış atıflar muhafaza edilmiştir.)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

katlanılmasında) etken olabilir. Bununla birlikte, tarih boyunca siyasal iktidarlar, ellerinde bulundukları buyurma gücünü çıplak kuvvete dayandırmak yerine meşru kılmak, böylece toplum üyelerinin kendilerine, istekle itaat etmelerini sağlamak istemişlerdir. Bunu da çok çeşitli yollarla gerçekleştirmeye çalışmışlardır.

İşte bu çalışmada, tarih boyunca Türk toplumlarında bu konuda etken olan yolların neler olduğu araştırılacaktır. Bilinen ilk Türk Devletlerinden, Osmanlı'ya ve oradan da Türkiye Cumhuriyeti'ne gelinceye kadar, siyasî iktidarların meşruluğu konusunda toplumda hâkim olan inanışların neler olduğu ve bu inançlardaki gelişim ve değişim ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır. Buradaki çabanın Türk toplumlarındaki *meşruluk* anlayışlarını bütünüyle açığa çıkartmaya yeterli ve elverişli olmadığı düşünülebilir. Ancak zaten, makale boyutundaki bir çalışmadan, böyle çok boyutlu ve kapsamlı bir konuda asgari bir tartışma zemini oluşturmaktan daha fazla bir şey de beklememek gerekir.

I- MEŞRULUK PROBLEMİNİN İNCELENMESİ

A- GENEL OLARAK MEŞRULUK PROBLEMİ: KAVRAMLAR

Bu çalışmada temel amaç, *meşruluk* problemini teorik açıdan ele alıp analitik bir çözümlenmeye tabi tutmak değil, yukarıda işaret edildiği gibi Türk devletlerinde siyasi iktidarı meşrulaştıran unsurların neler olduğunu tarihsel ve sosyolojik bir perspektiften ortaya koymaktır. Ancak yine de kısaca *meşruluk* kavramı hakkında bazı teorik saptamalar yapılması, daha sonraki açıklamalarda başvurulacak olması bakımından yararlı olacaktır.

Belirtilmelidir ki, *meşruluk* çok boyutlu ve karmaşık bir kavram¹ olarak ne salt hukuki, ne de salt siyasal ya da sosyolojik bir zeminde çözümlenebilir. Disiplinler arası olması dolayısıyla, *kanunilik*, *hukukilik* ve *otorite* kavramlarıyla yakın ilişki içerisinde bulunmakta, hatta bazen bu kavramlarla aynı anlamda kullanılmakta, onlarla sıkça karıştırılmaktadır. Ayrıca *ideoloji* ve *toplumsal uzlaşma* kavramları da *meşruluk* bakımından önem taşımaktadır. Öncelikle bu kavramsal ilişkilere kısaca bakmak gerekir.

1- Meşruluk- Kanunilik ve Otorite Kavramları

Meşruluk problemi, hukuk devleti olarak nitelenen çağdaş siyasi toplumlar açısından ilk bakışta sadece hukuki açıdan çözümlenecek bir problem

¹ Beetham'a göre *meşruluk*, nitelikleri açısından birbirinden farklı üç unsur ya da aşamayı içermektedir. Bunlardan ilki, yürürlükteki kurallara uygunluk, ikincisi, kuralların yöneten ve yönetilenler tarafından paylaşılan inanç tarafından destekleniyor olması ve üçüncüsü de gücün kullanılması konusunda yönetilenlerin rızasının varsayılmasıdır. David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londra 1991, s. 15-16.

olarak görülebilir.² Hâlbuki *meşruluk*, niteliği itibarıyla hukukun dışında ve ötesinde bir problem olarak alınmalıdır. Siyaset teorisi açısından bir eylem, karar ya da uygulamanın kabul edilebilir ölçütü olduğuna³ ve böylece itaati kolaylaştırdığına inanılan moral destek, manevi güç⁴ olarak tanımlanabilen meşruluğu, hukukilik ve özellikle kanunilik kavramlarından kesin çizgilerle ayırmak gerekmektedir. Kanunilik, kısaca yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olma durumunu anlatmaktadır. Yürürlükteki hukuk kurallarına uygun ele geçirildiği ve kullanıldığı için (en azından şekli bakımdan) aynı zamanda meşru sayılabilecek bir siyasal iktidar, sosyo-politik açıdan her zaman meşru olmayabilir. Çünkü sosyo-politik açıdan meşru bir iktidar, hukuka uygun olan değil, benimsenen; yani ona tabi olanlar (yönetilenler) tarafından yönetme hakkına sahip olduğuna inanılan, başka söyleyişle, toplumda yaygın olan “*meşruluk*” inancına uygun iktidar olarak anlaşılmaktadır.⁵ Hukuk, meşruluğun yegâne kaynağı değildir. Ancak *meşruluk* inancını doğuran kaynak ile hukukun dayandığı temel kaynak aynı da olabilir.⁶ Bu bakımdan günümüz toplumlarında *hukukilik*, çoğu zaman *meşruluk* ile eş anlama gelmek üzere kullanılmakta⁷ ya da en azından meşruluğun ön şartı olarak kabul edilmektedir. Oysa bu iki kavram biri diğerinden tamamen farklı iki fenomene işaret etmeleri yanı sıra bazen zıtlık ilişkisi içinde de olabilirler. Örneğin, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak iş başında olan bir iktidar, yerleştirmeye çalıştığı *ideoloji*⁸ toplum

² Hukuk ve *meşruluk* konusunu ele aldığı çalışmasında Gürbüz böyle bir yaklaşımı benimsemektedir. Ona göre: “Toplumsal yönetimin temel dayanağının sorgulanması anlamına gelen siyasal *meşruluk* sorununun hukuksal bir sorun olduğunda ve bu nedenle hukuksallığın kapsamına girdiğinde hiçbir kuşku yoktur”. Ahmet GÜRBÜZ, *Hukuk ve Meşruluk, Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1998, s. 11.

³ Halis ÇETİN, “Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, Yıl 2003, s. 67.

⁴ Habermas, sosyolojik açıdan ele alındığında meşruluğun *doğruluk* kavramı ile ilişkili olarak açıklanabileceği kanaatindedir. Bkz. Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Cambridge 1997, s. 97; Farklı meşruluk tanımları konusunda bkz. Çetin, s. 66-67.

⁵ Münici KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, 4.Baskı, Ankara 1988, s. 81; Hayati HAZİR, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 64, 68

⁶ Gürbüz, s. 38.

⁷ Beetham, özellikle hukukçular açısından meşruluğun hukuki geçerlilikle aynı şey olduğuna işaret etmektedir. s. 4.

⁸ İdeoloji meşruluğun önemli araçlarından (Gürbüz, s. 9). Hatta Sorokin’in yaklaşımında ideoloji ile meşruluk neredeyse örtüşmektedir. (Bkz. Çetin, s. 68, 70); Oysa ideoloji, kanımızca meşruluğu hukukilikten kesin olarak ayırmak üzere başvurulabilecek önemli unsurlardan birisidir. Hukuk uygulamada

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

üyeleri tarafından benimsenmediği için zamanla meşruluğunu yitirebilir. Ya da başlangıçta hukuka uygun olmayan (örneğin, ihtilalle işbaşına gelen) bir iktidar ve ideolojisi sosyo-politik bakımdan başlangıçtan itibaren destek kazanabilir, meşru olarak benimsenebilir. Böyle bir iktidar zamanla hukuki *meşruluk* da kazanabilir⁹. Bu ise *meşruluk* probleminin, hukuka ve kanuna uygunluktan bağımsız bir sorun olduğunu göstermesinin yanı sıra, ayrıca sadece iktidarın ele geçirilmesi bakımından değil fakat kullanılışı, elde tutulması bakımından da önemli bir işleve sahip olduğunu da ortaya koymaktadır¹⁰

Bazen de *otorite* kavramının *meşru iktidar* anlamında kullanıldığına şahit olunmaktadır.¹¹ *Otorite*, kural olarak, “kuvvete, zora ve tehdide başvurmaksızın bir iradenin yürütülmesi” imkânı anlamına gelmektedir. Bu anlamda, bir iktidarın emir ve kararlarına, tartışılmaksızın uyulması halinde *otoritenin* varlığından söz edilebilir. *Otorite* terimini meşru iktidar anlamında kullananların yanı sıra, iktidar ve *otorite* kavramları arasında bir ayırım yapmadan bu ikisini eş anlamda kullananlar da bulunmaktadır. Kapani, *otorite* teriminin, iktidara göre çok daha geniş ve genel bir deyim olduğunu belirterek, *otorite* kavramı yerine “siyasî iktidar” kavramının tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ona göre, siyasî iktidar kavramı, daha belirli anlamı olan teknik bir terimdir. Üstelik bu terimi kullananlar da, bununla meşru olmayan bir iktidarı kastetmemektedirler. Zira iktidarın meşru olup-olmaması tamamen ayrı bir problemdir. Bu bakımdan *otorite* kelimesinin meşru iktidar karşılığı olarak kullanılmasının kelimenin anlamını daraltacağı gibi yanlış anlamalara da yol açabilecektir.¹² Ancak bizim amacımız teknik olarak bu kavramlar arasındaki farklılığı belirlemek değil, Türk devletleri için *meşruluk* kaynaklarını tespit etmek olduğundan, aşağıdaki

herhangi bir ideolojinin aracı haline dönüşebileceği halde, teorik olarak, felsefi ve rasyonel bir zeminde nesnel biçimde (*iyilik* değil *adalet* idesi doğrultusunda) meşrulaştırılmak istenmektedir. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse, ideoloji siyasal *meşruluk* için önemli bir araç olduğu halde hukukun ayrı bir *meşruluk* kaynağına ihtiyacı vardır.

⁹ Bu konuda bkz. Tarık Zafer TUNAYA, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul 1981, s. 156–157.

¹⁰ Kapani, s. 82; Ayrıca bkz. Leslie LIPSON, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, (Çev: Tuncer Karamustafaoğlu), 2. Bası, Ankara 1978, s. 94 vd.

¹¹ Bkz. Lipson, s. 87; Çağdaş siyaset felsefecilerinden Hampton *otorite* kelimesini *meşru iktidar* anlamında kullananlara örnek gösterilebilir. Bkz. Jean HAMPTON, *Political Philosophy*, Oxford 1997, s. 3-35.

¹² Bkz. Kapani, s. 52-54; Bu açıklamalarına rağmen, Kapani *meşruluk* temellerine göre iktidarların sınıflandırmasını yaparken, bu iki kelimeyi aynı anlama gelmek üzere kullanmaktadır. Bkz. Kapani, s. 89 vd. özellikle 89. sayfadaki 1. no.lu başlık bunu açıkça ortaya koymaktadır.

açıklamalarımızda zaman zaman *otorite* kavramını siyasi iktidarla, özellikle de meşru iktidarla eş anlama gelmek üzere kullanacağız.

2- Temel Anlaşma ve Meşruluk

Meşruluk problemi, *temel anlaşma* kavramı ile de yakın ilişki içindedir. Teknik anlamıyla temel anlaşma, toplumun siyasî rejimi üzerinde varsayılan uzlaşmayı ifade eden bir kavramdır. *Meşruluk* ile temel anlaşma arasında doğrusal bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Buna göre, bir siyasî rejimin meşruluğu konusunda toplum üyeleri arasındaki anlaşma (uzlaşma) oranı ne derece yüksek olursa, rejim o derece sağlam bir temel üzerine oturmuş (meşru) demektir. Anlaşma oranı düştükçe, o rejimin meşruluğuna olan inanç da zayıflamıştır. Ancak burada, siyasî rejimin meşruluğu konusunda bir uzlaşmanın varlığı ya da yokluğu (ya da azlığı-çokluğu) ile siyasî iktidarı elinde bulunduran kişi ya da kurumlara yönelik inanç ve güveni birbirinden ayırmak gerekir.¹³ Çünkü toplum üyelerinin (bazen büyük) bir bölümü siyasî iktidarı elinde bulunduran kişilere veya partiye karşı olabilirler. Fakat bu, onların aynı zamanda siyasî sisteme (rejime) karşı oldukları anlamına gelmez. İktidarı kullananların izledikleri politikaya karşı olmak başka şey, doğrudan doğruya siyasî rejime tepkili olmak başka şeydir. İlk durumda rejim içinde bir mücadele söz konusu olduğu halde, ikinci durumda mücadele artık rejim üzerindedir. Toplumda sosyal güçler dengesinde bir değişme olması, yeni güçlerin yeni isteklerle ve yeni bir ideoloji ile ortaya çıkması, halk arasında büyük destek sağlayabilmesi durumunda temel anlaşmada bir çatlamanın varlığından söz edilebilir. Rejim üzerindeki bu türden mücadeleler, eğer barışçı yollardan giderilemeyecek olursa sosyal gerilim sonunda, bir patlama, ihtilal ve ya iç savaşa dönüşebilir.¹⁴ Bu da

¹³ Aldıkaçtı ‘ya göre, “mutlakıyetçi düzenler de halkın itaati ile meşrulaşır. Kimse Hitler rejiminin meşru olmadığını savunamaz; fakat Hitler’in demokratik bir idarenin başında bulunmadığı da tartışılmaz. Şu halde, bir siyasî rejimin meşruluğunu, ... halkın devlet faaliyetini düzenlemek için iradesini açıklaması ile karıştırmamak gerekir” Orhan ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. Baskı, İstanbul, 1982, s. 9–10.

¹⁴ Kapani’ye göre, *meşruluk* üzerindeki temel anlaşmanın ortadan kalktığından, yani gerçek anlamda bir ihtilal ortamının varlığından söz edebilmek için bazı sosyo-politik faktörlerin bir araya gelmesi gerekir. Bu faktörler: “a) Sosyal yapıda ve sosyal güçler dengesinde köklü bir değişme olması; b) bu değişmenin yerleşmiş *meşruluk* anlayışına alternatif teşkil edebilecek yeni bir *meşruluk* anlayışını (ideolojisini) beraberinde getirmesi; c) yeni *meşruluk* inancının toplumdaki temel anlaşmayı bölebilecek ölçüde yaygınlaşması, başka deyişle, vatandaşların önemli bir kesiminin desteğini kazanması; d) bu bölünmenin barışçı yollardan, yeni bir sentez, bir uzlaşma ile giderilememesi”dir. Kapani s. 86-88.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

rejimin meşruluğunu sona erdireceği için önemli rejim bunalımlarına da yol açar.

3- Siyasi İktidar Açısından Meşruluğun Önemi

Bir siyasi iktidarı herhangi bir toplumsal iktidardan ayıran en önemli unsur, toplumda meşru olarak güç kullanma tekeli elinde bulundurmasıdır.¹⁵ Salt kaba güce dayalı bir iktidarın uzun süre iktidarını ayakta tutabilmesine imkân yoktur. Zira “Siyasal iktidar toplumsal rızaya dönüşmedikçe bir zoru, bir zorunluluğu ve zorbalığı temsil etmektedir. Bu yüzden, tüm siyasal iktidarların temel problemi, bireysel onama ve toplumsal rıza arayışıdır.”¹⁶ Çünkü, bir siyasî sistemde toplum üyeleri, siyasi iktidarın meşruluğuna inandıkları ölçüde onun kararlarına kendiliklerinden uyar, bunu olağan ve hatta gerekli sayarlar. Yönetilenler arasında iktidarın meşruluğuna olan inancın zayıf veya düşük olması durumunda, iktidarın kararlarına kendiliğinden uyma eğilimi de zayıf olacaktır. Bu halde ise iktidar itaati sağlamak için ister istemez fizik kuvvete, şiddete ve tehdide başvuracaktır. Bu da göstermektedir ki, kuvvet kullanma ve *meşruluk* birbiriyle ters orantılıdır. Başka şekilde söylemek gerekirse, siyasal iktidarın güce dayalı olduğu ya da “ötekileri yok etme süreci olarak okunduğu düzende rıza yerine zor, ikna yerine tehdit, adaptasyon yerine manipülasyon, güven yerine korku, uyum yerine şiddet ve bütünleşme yerine yabancılaşma egemen” olacaktır.¹⁷ Şu halde kısaca, meşruluğun, yönetimi kolaylaştıran, sağlamlaştıran, onu daha istikrarlı ve etkili kılan bir faktör olduğu söylenebilir.¹⁸ Bu yüzden tarih boyunca siyasi iktidarların, iktidarlarını meşrulaştırmak ya da öyle göstermek isteğinde oldukları gözlenmiştir¹⁹. Örneğin, monarşilerin yaygın olduğu dönemlerde, tahtı ele geçiren ve hükümdarlığını ilan eden kimselerin, yerleşmiş inanç ve geleneklere uygun merasimlerle taç giymek suretiyle iktidarlarına *meşruluk* kazandırmayı amaçladıkları ifade edilebilir. Ayrıca, Katolik dünyasında, Papa tarafından kutsanmanın meşruluğu perçinleyen bir işaret sayıldığı da belirtilmek gerekir. Kısaca, eskiden beri geleneksel olan, kutsal olan şeylerin, dinsel inançların *meşruluk* aracı olarak kullanıldıkları söylenebilir.²⁰ Çağdaş dünyada, özellikle demokratik rejimlerde meşruluğun temelinde serbest seçimler aracılığı ortaya konulan halk desteğinin bulunduğu

¹⁵ Ali ÖZTEKİN, *Siyaset Bilimine Giriş*, 3. Baskı, Ankara 2001, s. 11.

¹⁶ Çetin, s. 62.

¹⁷ Çetin, s. 68.

¹⁸ Hazır, *Anayasa Hukuku*, s. 68-69.

¹⁹ Bu konuda bkz. Tunaya, s. 96-97.

²⁰ Gürbüz, s. 9.

genellikle kabul edilmektedir²¹ Yine, iktidarı halka dayalı olsun olmasın darbe ile ele geçirenlerin bile, hiç olmazsa şekli bakımdan halkın desteğine sahip olduklarını gösterebilmek amacıyla genellikle referandum ve plebisit gibi yollara başvurmakta oldukları gözlenmektedir. Ancak bazen de, iktidarı ele geçirenlerin yerleşmiş *meşruluk* kalıplarına uymaktansa, toplumda hâkim olan inancı değiştirmek ve yerine kendi ideolojilerine uygun yeni bir *meşruluk* inancını yaymaya çalıştıklarına da şahit olunmaktadır.²² Ampirik bir gözlemlerle, tarih boyunca farklı *meşruluk* anlayışları ile karşılaşıldığı söylenebilir. Bu konuda geleneksel siyaset teorisi çalışmalarında benimsenen birkaç temel teorik açıklama şeması vardır. Şimdi kısaca bunlara bakalım.

B- GELENEKSEL MEŞRULUK TEORİLERİ

1. Teokratik Teoriler (Meşruluğun Tanrı iradesinde aranması)

Teokratik teorilerin ortak yanı, iktidarın meşruluğunu Tanrı'ya dayandırmalarıdır.²³ Buna göre Tanrı kullarına emreder, kullar ise bu emirlere uyarlar. Siyasi iktidarı ele geçiren ve kullananlar, onu, gerçek sahibi (Tanrı) adına kullanmakta ve bu sıfatla kitlelere hükmetmektedirler. Yönetilenler de iktidar sahibine, hükümdara itaat etmek zorundadırlar. Zira hükümdara itaat etmekle Tanrı'ya itaat etmiş sayılırlar, aksi halde ise günah işlemiş olurlar. Teokratik görüşler, kaynağı ilahî olan iktidarı, yeryüzünde kullanacak kişinin belirlenmesinde birbirinden ayrı anlayışlara sahip bulunmaktadırlar.²⁴

Tabiat-üstü ilahî hukuk teorisi olarak adlandırılan teokratik yaklaşım iktidar sahibinin kim olacağı konusunda Tanrı'nın mutlak bir seçme hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu teoriye göre Tanrı, hem toplumları *otoritesiz* yaşayamayacakları şekilde yaratmış, hem de *otoriteyi* kimin kullanacağını belirlemiştir. Şu halde, belli bir ülkede, belli bir kişi veya hanedana iktidarı veren Tanrı'dır. Yani, iktidarın asıl sahibi Tanrı olduğu gibi, kullanıcısı da Tanrı tarafından seçilen kişi veya sülaledir.²⁵

²¹ Demokratik sistemlerde meşruluğun niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Hayati HAZIR, *Siyasal Şiddet ve Terörizm*, Ankara 2001, s. 7-13.

²² Bunu ise propaganda, eğitim, doktrin aşılama, beyin yıkama gibi çok çeşitli araç ve metotlardan yararlanmak suretiyle gerçekleştirmeye çalışırlar. Kapanı, s. 84-86

²³ Selçuk ÖZÇELİK, *Anayasa Hukuku 1 (Umumi Esaslar)*, İstanbul 1984, s. 60; Yıldızhan YAYLA, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 2. Baskı, İstanbul 1986, s. 56

²⁴ Özçelik, *Anayasa Hukuku*, s. 60.

²⁵ Yayla, s. 56

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Providansiyel ilahi hukuk teorisi olarak adlandırılan diğer yaklaşımı, Kilise ve İslam anlayışı açısından ayrı değerlendirmek gerekir.

Kilise anlayışına göre, *otoritenin* yalnızca kaynağı, temeli Tanrıdır, kullanımı ise insanidir ve kullanacak kimseyi insanlar seçmektedir. Yani Tanrı, toplumların *otorite* olmaksızın yaşamamalarını emretmekle birlikte, gerisini insanların tercihine bırakmıştır.²⁶ “İnsan haklarının kabulüne yer vermesi devlet reisine sırf kişisel değerleri dolayısı ile değil, ilahî *otoritenin* bir gölgesi olduğu için itaat edilmesi gerektiğini kabul etmesi” bu teorinin başka bir özelliği olarak belirtilmektedir. Yani buna göre, devletteki en yüksek yönetici dahi, Tanrı buyrukları doğrultusunda hareket etmekte, dolayısı ile emir veren - emre riayet eden arasında bir ast - üst ilişkisinden ziyade Tanrı buyruğuna birlikte boyun eğen kullar olmaları olgusu önem kazanmaktadır. Nihayet bu doğrultuda, kilise doktrini, yöneticilerin iktidarına sınırlar koymaktadır.²⁷ Çünkü Tanrı onlara bu iktidarlarını ancak toplumsal faydayı sağlamak amacıyla, bir araç olarak vermiştir.²⁸

İslam anlayışında da, egemenliğin gerçek sahibi Tanrıdır. Kullanımı ise, Peygamber aracılığı ile duyurulmuş ilahî kurallar uyarınca, halife-hükümdarlara aittir. Bu anlayışın Hıristiyan anlayışından başlıca farklı tarafı ise, İslam esaslarının Kutsal Kitapta açıkça ve belirgin olarak bildirilmiş olmasıdır. Adaletsizlik yapılması başta olmak üzere, ilahî kurallara uymamanın müeyyidesi de, huruç, yani hükümdarın görevden uzaklaştırılması için başkaldırma olarak belirlenmiştir. Zira İslamiyet’te Allah huzurundaki sorumluluk ile Müslümanlar karşısındaki sorumluluk aynıdır. İslam anlayışında, hem halkın hükümdara itaatinin, hem de hükümdarın adil davranmasının karşılıklı sorumluluk hükümleriyle kabul edilmiş olduğu söylenebilir. Ayrıca İslam’da iktidarı sınırlandıran “meşveret” ilkesine yer verilmiştir.²⁹ İslamiyet’in bu yapısı teorik açıdan hükümet biçiminin halkçı ve demokratik olmasına imkân

²⁶ Özçelik Anayasa Hukuku, s. 61.

²⁷ Ortaçağın sonlarına doğru Kilisenin iktidara ve onun kullanılmasına müdahalesi öylesine artmıştır ki, adeta kendi şahsında Tanrıyı ve iktidarı birleştirmiştir. Kilisenin bu aşırı müdahaleci tutumu da Reform ve Rönesans hareketlerini tetikleyen temel etken olmuştur.

²⁸ Yayla, s. 57. Teokratik teorinin temsilcilerinden ve Ortaçağın önemli filozoflarından olan Thomas Aquinas (Aquinalı Thomas) Tanrı adına iktidarı kullanan kimsenin, kendisini de bağlayan Tanrı buyrukları dışına çıkması halinde halkın direnme hakkının doğacağını söyler. Bkz. Mehmet AKAD-Bihterin (VURAL) DİNÇKOL, *Kamu Hukuku*, İstanbul 2000, s. 40.

²⁹ Kuran-ı Kerim’de, “her işte ümmetinle müşavere et” ve “bütün Müslümanların işi aralarında şûradan ibarettir” ayetleri yer almaktadır. Bunlardan ise, başta halife olmak üzere, Müslümanların bütün işlerini danışarak (istişare ederek, konuşarak tartışarak) yürütecekleri anlamı çıkarılmaktadır.

tanıdığı gibi, ruhban sınıfı ayrımı yapmaması ve Müslümanları eşit sayması da, Müslüman toplumlara *birlik ruhunu* aşlamaktadır. Ne var ki, teorik çerçeve bu olmakla birlikte, uygulamada, Peygamber ve dört halifeden sonraki gelişmeler bu teorik yapıdan sapmalar göstermiştir.³⁰

2- Monarşik teoriler (Meşruluğun tek kişi iradesinde aranması)

Tarihin eski dönemlerinden itibaren tek kişinin sınırsız *otoritesini* sağlama amacı güden ve önemini Fransız Devrimi'ne (ve hatta Orta ve Doğu Avrupa ile Doğu Bloku ülkelerinde çok yakın zamanlara kadar) sürdüren monarşik *otorite* anlayışına göre devlet gücü, hükümdarın mülkiyetine dâhil kişisel bir hak olarak düşünülmektedir. Dolayısıyla kaynağını ve ifadesini tek kişinin iradesinde bulmaktadır. Bu düşünceye göre, hükümdar iktidarın doğrudan doğruya sahibi olarak karşılanmakta, iktidar üzerinde sınırsız hak sahibi olduğu savunulmaktadır. Buna göre, mülkiyet hangi şartlar içerisinde intikal ediyorsa, iktidarın da aynı şartlarla intikali lüzumu üzerinde durulmaktadır. İktidarın bu şekilde kralın mutlak hakkı olarak kabul edilmiş olması, modern çağda da önemini sürdürmüştür. Pozitif kamu hukuku alanında gelişen sınırsız monarşi sistemini benimseyen birçok düşünür, iktidarın hükümdara, hükümdar olması dolayısıyla doğuştan haiz bulunduğu bir hak olarak ait olduğunu savunmuş ve bu görüşleri ile de sınırsız monarşinin gelişmesine yardım etmişlerdir.³¹

3- Demokratik teoriler (Meşruluğun toplum iradesine dayandırılması)

İktidarın kaynağı ve sahibi hakkında ileri sürülen görüşlerden biri de, bu gücü devletin insan unsuruna dayandıran³² ve toplumu siyasal gücün sahibi

³⁰ Yayla, s. 57-58.

³¹ Recai Galip OKANDAN, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul 1976, s. 759-761.

³² Meşruluğun kaynağını toplumda bulanlardan bazılarına (özellikle aşkın yaklaşımı benimseyenlere) göre, iktidarın doğrudan doğruya kendisi, kaynak yönünden, varlığını Tanrı'da bulmaktadır. Ancak Tanrı, sahibi bulunduğu bu gücü topluma vermekte ve yönetenler halkın aracılığıyla bu gücü elde etmektedirler. Bunun sonucu olarak, iktidarı kullananlar, onu toplumun arzusuna göre kullanmak zorundadırlar. Yoksa bu şekilde hareket etmeyenlerin müstebit (zorba) kabul edilerek toplum tarafından yerinden uzaklaştırılmaları mümkün bulunmaktadır. Hatta bu konuda bir adım daha atılarak, toplum ile yöneten (veya yönetenler) arasında, her iki taraf için taahhütleri kapsayan bir sözleşmenin varlığı da ileri sürülmüştür. Buna göre, bu sözleşme taraflara karşılıklı hak ve ödevler yüklemekte ve yönetenlerin görevlerini yerine getirmemesi halinde toplumun verdiği yetkiyi yönetenden geri alabilmesine imkân sağlamaktadır. Okandan, s. 762.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

olarak gösteren ve zamanımızda demokratik sıfatıyla açıklanan teorilerdir.³³ Özellikle on yedinci yüzyıldan itibaren bir yandan rasyonalist felsefe ve tabii hukuk akımının (Grotious, Hobbes, Locke ve Rousseau), diğer yandan İngiliz siyasi kurumlarının etkisiyle laik ve rasyonalist bir nitelik kazanan demokratik teoriler 1789 Fransız İhtilali ile de geniş ölçüde pozitif düzenleme imkânı kazanmışlardır.³⁴ Demokratik teoriler, *millî egemenlik* teorisi ve *halk egemenliği* teorisi olarak iki ayrı başlık altında ele alınabilir.

Millî egemenlik teorisine göre toplumdaki üstün gücün kaynağı ve sahibi toplumdur. Toplum ise kendisini oluşturan gerçek kişiler ve iradelerinden ayrı kendine özgü kişiliğe ve iradeye sahip bulunmaktadır. Buna “genel irade” adı verilmektedir.³⁵ Bu yaklaşımın en önemli temsilcisi Rousseau’ya göre hiç bir egemenlik kuvvete dayanmaz. Eğer kuvvetin hakkı yarattığı kabul edilirse, daha büyük kuvvete sahip olanın egemenliği ele geçirmesi ihtimali daima söz konusu olacaktır. Mademki kuvvet hak yaratmamaktadır, o halde *otoritenin*, insanlar tarafından yapılan sosyal sözleşmeden geldiğini kabul etmek zorunludur.³⁶ Tabiat halinden düzenli toplum hayatına geçişi sağlayan bu sözleşme ile insanlar iradelerini birleştirmişler ve kendilerini bütün hakları ve yetkileri ile birlikte, topluluğa devretmişlerdir. Böylece, kişilerin iradelerinin birleşmesi ve kaynaşması sonucunda ortaya genel irade çıkmaktadır. Genel irade, kişisel iradelerin sadece bir toplamından ibaret değil; onlardan ayrı, onların üstünde kendine özgü varlığı olan kolektif bir iradedir. Toplumda üstün iktidar bu kolektif iradeye aittir ve egemenlik, genel iradenin uygulanmasından başka bir şey olmadığı için başkasına devredilemez, bölünemez.³⁷ Rousseau’ya göre, genel irade pratik bir oylama sonucunda ortaya çıkar. Her zaman oybirliğini sağlamak mümkün olmadığına göre³⁸ bunu çoğunluğun iradesi belirleyecektir. Bununla birlikte, aslında çoğunluğun iradesi olan genel irade azınlığın iradesini

³³ Okandan, s. 762.

³⁴ Özçelik, Anayasa Hukuku, s. 62.

³⁵ Okandan, s. 764; Recai Galip OKANDAN, “Devlet İktidarının Menşei ve Sahibi Hakkında İleri Sürülen Doktrinler”, İHFM. C. 17, Sayı. 3-4, İstanbul 1951, s. 577-578; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz ABADAN, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara 1952, s. 186-196.

³⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi*, Çeviren Vedat Günyol, Adam Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 17-18 Ayrıca bkz Adnan GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 2. Baskı, Ankara 1987, s. 210.

³⁷ Kapani, s. 71; Güriz, s. 211; Gözübüyük, s. 63.

³⁸ Keza, “Rousseau’nun düşüncesine göre, sosyal sözleşme oybirliği ile yapılan tek anlaşmadır. Sözleşmeyi kabul etmeyenler onun dışında sayılır ve yabancı statüsünü kazanır. Fakat sosyal sözleşmenin yapılmasıyla devlet kurulduktan sonra, devlet ülkesin de yaşayanların bu sözleşmeyi kabul ettikleri varsayılır” Güriz, s. 211.

de kapsamaktadır ve azınlık da buna katılmış sayılmaktadır.³⁹ Çünkü Rousseau, insanların birey olarak kendi şahsi menfaatlerine aykırı karar vermedikleri gibi, bireylerin birleşmesinden meydana gelen milletin de millet menfaatine aykırı hiçbir karar veremeyeceği varsayımından hareket etmektedir.⁴⁰ Bu varsayım ise, çoğunluğun iradesinin yanılmazlığını, dolayısıyla azınlık iradesini de içereceği sonucunu ortaya koymaktadır. Özetle, *millî egemenlik* teorisine göre, belli bir zamanda belli bir ülkede yaşayan insanların maddî varlıklarından ayrı manevî bir kişiliği olan millet, üstün iktidarın (egemenliğin) tek meşru kaynağı ve sahibidir. Egemenlik şüphesiz ki onu açıklayacak, ifade edecek bir iradenin varlığını gerektirir. Millet fizik varlığa sahip olmasa da, bir manevî kişi olarak kendisine özgü bir iradeye sahiptir. Egemenlik bu millî iradede ifadesini bulur ve onun tarafından seçilen temsilciler vasıtası ile kullanılır.⁴¹

Halk egemenliği Teorisi: Bu teoriye göre, devletteki üstün güç (meşru iktidar) millet denilen ve kendisini oluşturan bireylerden ayrı manevî kişi olarak karşılanan bir varlığa değil, doğrudan doğruya toplumu teşkil eden fertlere (halka) ait bulunmaktadır.⁴² *Millî egemenlik* teorisi gibi *halk egemenliği* teorisinin de kaynağını Rousseau'dan aldığı belirtilmektedir.⁴³ Rousseau'ya göre, eğer devlet on bin vatandaştan meydana geliyorsa, bu durumda devletin egemen kudretin on binde birine sahip olacaktır. Buna göre, egemenlik vatandaşlar arasında bölüştürülmekte ve her vatandaş bölüştürülen parçaların birleşmesinden meydana gelen egemenliğin bütününe tabi bulunmakla birlikte, aynı zamanda onun, kendi payına düşen parçasına da sahip bulunmaktadır.⁴⁴ Devletteki üstün iktidarın, manevî kişiliğe sahip millete ait olması ile doğrudan doğruya halka ait olması arasında pratik bakımdan bir fark bulunup bulunmadığı tartışılmıştır.⁴⁵

³⁹ Kapani s. 71-72.

⁴⁰ Güriz, s. 211.

⁴¹ Rousseau'nun bu görüşleri mutlak hükümdarların egemenliğine son vermek isteyen Fransız ihtilalcilerine çok parlak ve çekici gelmiş ve ihtilal sonrasında toplanan Kurucu Meclis'te oluşturulan teori tamamen bu görüşler üzerine temellenmiştir. Yalnız terimler değiştirilerek, "toplum" yerine "millet", genel irade" yerine ise "millî irade" kavramları kullanılmıştır. Kapani, s. 72.

⁴² Okandan, s. 767; Okandan, Devlet İktidarının Menşei, s. 582; Gözübüyük, s. 63.

⁴³ Rousseau'nun sisteminde millet ve halk egemenliği konularında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan AKIN, *Kamu Hukuku*, İstanbul 1974, s. 156-173.

⁴⁴ Bkz. Rousseau, s. 70-71.

⁴⁵ Gerçekten de kendi mantık sistemleri içerisinde yaklaşıldığında, her iki anlayış arasında şu farklar tespit edilebilir: İlk olarak, halk egemenliği teorisinde oy kullanmanın bir hak olmasına karşılık millî egemenlik teorisinde bu bir fonksiyon, bir yetki olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak, millî egemenlik teorisinde fizik varlığı olmayan milletin, kendi adına konuşacak sözcülere, temsilcilere ihtiyacı bulunmakla birlikte, yani temsili sistemin uygulanmasını

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Teorik bir takım farklılıklarına rağmen, günümüzde her iki teorinin pratik alanda birleşip kaynaştığını gözlemekteyiz. Örneğin, anayasalarında iktidarın kaynağı ve egemenliğin temeli olarak bu teorilerden bir ya da diğerini benimsemiş ülkelerde, oy verme bir hak olarak nitelendirilebildiği gibi, aynı sistem içinde yarı doğrudan demokrasi araçlarına da yer verilebilmektedir.⁴⁶

Demokratik teoriler, arkalarındaki rasyonalist doktrin dolayısıyla sosyal sözleşmeci olarak da anılmaktadır. Rasyonalist açıdan bakıldığında bu teorilerin temel özelliği, *meşruluk* kavramını insanların, toplum öncesi durumda sahip oldukları varsayılan hak ve özgürlük anlayışı ve bilinci üzerine temellendirmiş olmasıdır. Yine demokratik teoriler içerisinde kabul edilmekle birlikte Locke'un yaklaşımında iktidara itaat ve meşruluğun kaynağı, sözleşmeci teorilerden farklı olarak, yöneten ve yönetilenler arasındaki bir güven ilişkisine bağlı olarak yorumlamıştır. Ona göre, bir iktidar, yönetilenlere güven telkin ettiği için meşru bir iktidardır.⁴⁷

Klasik *meşruluk* teorileri, siyaset teorisi çalışmalarında uzun uzadıya eleştirilmektedir. Özellikle teokratik teoriler tamamen bilim ve akıl dışı ilan edilmekte, artık değerinin ve geçerliliğinin tartışılmasının bile yersiz olduğu belirtilmektedir. Demokratik teoriler konusunda da onların sadece bir varsayım ve spekülasyondan ibaret olduğuna ilişkin çok yoğun eleştiriler bulunmaktadır. Biz bu eleştiriler üzerinde durmayacağız. Burada açıklanan her bir teori, farklı tarihsel dönemlerdeki iktidar mücadeleleri ve değişimlerini açıklamak ve meşrulaştırmak adına önemli bir işlev yerine getirmiştir. Zaten bizim için önemli olan da, bu teorilerin bir gerçekliğe sahip olup olmamalarından öte, iktidara *meşruluk* sağlamak konusunda elverişli olup olmadıkları ve bu konudaki işlevsellikleridir.

C- ÇAĞDAŞ MEŞRU İKTİDAR TİPOLOJİLERİ

Zamanımızda *meşruluk* problemi, özellikle siyaset felsefeci ve teorisyenleri tarafından iki biçimde ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, var olan

gerektirmekle birlikte, halk egemenliğinde gerçek fiziki varlığa sahip olan vatandaş kitlesi gerektiğinde kendi iradesini aracısız ve direkt olarak açıklama imkânına sahip bulunmaktadır. Bu bakımdan halk egemenliği doktrini (referandum, halk oylaması, plebisit gibi) yarı doğrudan demokrasi araçlarının kullanılması için elverişlidir. Üçüncü olarak, millî egemenlik teorisinde kuvvetler ayrılığı ilkesine, ikinci meclis ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi gibi fren ve denge mekanizmalarına yer verildiği halde, halk egemenliği teorisi bu gibi mekanizmalarla pek kolay bağdaşmaz. Kapani, s. 73-75; İki teori arasındaki farklar konusunda ayrıca bkz. Gözübüyük, s. 63, 61-65.

⁴⁶ Kapani, s. 73-75; Gözübüyük, s. 65.

⁴⁷ Ali Yaşar SARIBAY – Süleyman S. ÖĞÜN, *Politikbilim*, 2. Baskı, İstanbul 1999, s. 33.

çeşitli siyasî sistemlerin *meşruluk* dinamiklerinin tarihsel ve sosyolojik bir araştırmasına dayalı ampirik (deneysel) bir çabadır. İkincisi ise daha ziyade eleştirel bir yaklaşımla, adalet, özgürlük, eşitlik, hak, sosyal fayda gibi bazı felsefi ve ahlaki ilkeler üzerine yapılan rasyonel bir temellendirme çabası (siyaset felsefesi çalışmaları) olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁸ Burada, Kapani'nin sistemleştirdiği biçimiyle, deneysel yaklaşımla yapılmış iki meşru iktidar tipolojisi üzerinde durulacaktır. Bunlardan biri Max Weber'in meşru iktidar tipolojisi, diğeri ise David Easton'un sınıflandırmasıdır.

1- Max Weber ve Meşru İktidar Tipleri

Weber *meşruluk* kavramını “hukuki geçerlilik” anlamında değil, fakat sosyolojik anlamda, “*otoriteye* tabi olanlarca beslenen inanç” karşılığında kullanmakta⁴⁹, meşruluğu, sosyal gerçeklikte var olan ve iktidar için, iktidarı altında bulunanlar tarafından beslenen gerçek bir inanç olarak açıklamaktadır.⁵⁰ Weber, normatif ölçülere bağlanmaksızın belirlediği meşru iktidar (*otorite*) tiplerini saf (ideal) tipler olarak düşünmektedir. Açıkladığı üç ideal tip, her bir tipi temsil eden sosyal realitenin bütün tipik özelliklerini kapsayan mantıksal bir soyutlamaya dayanmaktadır. Ancak sosyal gerçeklikte hiç bir zaman saf ve katıksız şekilde yer almamaktadır. Weber'in ideal tipleri, *hukuki*, *geleneksel* ve *karizmatik otorite* olarak belirtilebilir.

Hukuki (akılcı) otorite: Meşruluğun varlığından söz edebilmek için emir verme gücünün geçerliliğinin akılcı kurallardan oluşan ve herkes için bağlayıcı olan normlara dayanması gerekmektedir. Böyle bir sistemde iktidarı kullananlar rasyonalist düşünceyle yapılmış hukuk kurallarına uygun olarak davrandıkları sürece meşrudurlar ve yönetilenler, emir verme gücünü elinde bulunduranlara değil, hukuk kurallarına riayet etmiş olurlar.⁵¹ Daha açık bir anlatımla, yöneticilerin iktidara geliş yolları ve yetkileri rasyonel normlarla (anayasa ve kanunlarla) açıkça belirtilmiştir. Yönetilenler, yönetenlerin şahıslarına değil, işgal ettikleri makama, bir anlamda, hukuk düzenine itaat gösterirler. İktidar, ancak belirtilmiş yetki sınırları içinde kaldığı sürece ve hukuk düzenine uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur.⁵²

⁴⁸ Beetham, s. 5; Çetin, bu iki yaklaşımdan ikincisine yakın bir tarzda modern meşruluk anlayış(arayış)larını üç temel başlık altında ele almaktadır. 1) Güç ve güvenlik arayışı olarak kurucu/devletçi meşruiyet; 2) Eşitlik ve düzen arayışı olarak toplumsal meşruiyet; 3) Özgürlük ve hukuk arayışı olarak, bireyci/sınırlayıcı meşruiyet. Ayrıntılar için bkz. Çetin, s. 74-83.

⁴⁹ Kapani, s. 89.

⁵⁰ Coşkun SAN, Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi, Ankara 1971, s. 67.

⁵¹ San, s. 68-69.

⁵² Kapani, s. 90; Abadan, s. 242.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Geleneksel otorite: Siyasî iktidar meşruluğunu, eskiden beri yaşayan geleneklerden ve bu geleneklere uygun olarak iktidarı elinde bulunduranların kutsal olduğu inancından almaktadır. Yönetilenler, iktidarı geleneklere uygun olarak elde eden ve kullanan yöneticilerin karar ve emirlerine uymayı kendileri için ödev sayarlar. Emirlerle uyan kişiler, topluluğun üyeleri olmaları sıfatıyla değil, fakat kelimenin tam anlamıyla ya “gelenek yoldaşı” ya da “uyruk” durumunda olmaları sebebiyle emirlere içlerinde yer etmiş bulunan “geleneksel sadakat” duygusunun etkisiyle saygı gösterir, itaat ederler.⁵³ Patriarkal, feodal ve monarşik *otoriteler*, geleneksel *otorite* tipinin başlıca örneklerini oluştururlar. Weber’e göre bu en yaygın ve ilkel *otorite* tipidir. Ancak zamanımızda artık saf şekliyle geleneksel *otoriteye* rastlamak pek mümkün olmamakla birlikte, bazı kalıntılarına, açık veya örtülü bazı izlerine modern siyasî sistemlerde hala rastlanabilmektedir. Örneğin, geleneklerin etki ve ağırlıklarını geniş ölçüde hissettirdikleri İngiliz ya da Japon siyasî rejimlerinde olduğu gibi.⁵⁴

Karizmatik otorite: Weber’in ifadesiyle, “bir kişinin kutsallığına ya da kahramanlık gücüne veya örnek alınacak niteliklerine ve bu kişi tarafından yaratılan düzene diğer kişilerin (halkın) tam bir teslimiyet içinde bağlanmaları sonucunda ortaya çıkan *otorite tipi*” olarak tanımlamaktadır.⁵⁵ Buna göre, bu *otorite* tipinde iktidarın meşruluğu bir kişinin (liderin) olağanüstü sayılan bir takım niteliklerine dayanmaktadır. Halk liderde kutsallık veya kahramanlık ya da örnek alınacak üstün bir kişilik simgesi gördüğü için ona bağlanmakta ve oluşturduğu düzene tam bir uyumla itaat etmektedir. Liderin gerçekte bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı çok önemli değildir. Önemli olan halk arasında böyle bir inancın bulunmasıdır. Böyle bir kanaatin geniş halk kitlelerine hâkim olması liderin karizmatik sayılması ve iktidarına yaygın bir destek sağlaması için yeterlidir. Karizmatik lider, toplumun yerleşmiş düzenine ve geleneklerine karşı çıkarak köklü değişikliklere yönelebilir. Bu açıdan ise, radikal ve devrimci bir karakter taşır. Karizmatik liderlik, diğer *otorite* tiplerine oranla daha kısa ömürlü ve daha az istikrarlıdır. Bunun da sebebi, doğrudan doğruya bir insanın kişiliğine bağlı, onun tamamen kendine özgü olağanüstü niteliklerine dayanan bir iktidar türü olmasıdır. Doğal olarak, böyle bir *otorite* bir başkasına intikal edemez. Dolayısıyla da karizmatik lider hayatta olduğu sürece mevcudiyetini sürdürür. Liderin ortadan kalkmasıyla birlikte hukuki veya geleneksel *otorite* tipine dönüşme eğilimi gösterir.⁵⁶

⁵³ San, s. 69.

⁵⁴ Kapani, s. 90.

⁵⁵ San, s. 70.

⁵⁶ Kapani, s. 91.

2- David Easton ve Meşruluk Kaynakları

David Easton, kapsayıcı bir siyasî sistem teorisi geliştirmeye çalışırken, sistemin başlıca istikrar ve destek unsurlarından biri olarak *meşruluk* kavramı üzerinde durmuş ve meşruluğun çeşitli kaynaklarının neler olabileceğini araştırmıştır. Ona göre, siyasî meşruluğun üç temel kaynağı olabilir. Bunlar, ideolojik kaynak, yapısal kaynak ve liderlerin kişisel niteliklerinin sağladığı destek olarak belirtilebilir.

İdeolojik kaynak: Meşruluğun kaynağı olarak rejimin ideolojisi gösterilmektedir. Şayet yönetilenler, rejimin temelinde yatan ilkeleri, değerleri, amaçları benimsiyor, onların doğru ve geçerli olduğuna inanıyorlarsa rejim *meşruluk* taşımaktadır. Yalnız ideolojik inanç sürekli olarak yaygın ve köklü olmayabilir. Bir ideoloji, onun toplum üyelerinin eğilimlerine, arzularına, beklentilerine uygun düşmesi rejimin (*otorite* sahiplerinin) bunları karşılayabilmekteki başarısı üzerine ve ancak bu oranda taraftar toplayabilir ve meşruluğunu sağlayabilir. Bununla birlikte iktidarı kullananlar da, siyasî sisteme ve kendi *otoritelerine* yaygın destek sağlayabilmek için halkın *meşruluk* inancını çok çeşitli yollardan desteklemek, artırmak konusunda çaba harcarlar.⁵⁷

Yapısal kaynak: Easton'a göre yapısal kaynak, siyasî yapı ve onun işleyişini düzenleyen normların geçerliliği ile ilgili bulunmaktadır. Buna göre, yönetilenlerce benimsenmiş bulunan bu kuruluş ve düzen çerçevesinde hukuken belirtilmiş yolları takip ederek iktidarı elde edenlerin ve iktidarlarını kullanırken de hukuken belirtilmiş sınırları aşmayanların *otoriteleri meşruluk* kazanacaktır. Bu durumda ise, bir toplumda anayasaya duyulan saygı, onun koyduğu kurallar çerçevesinde, siyasî fonksiyon yerine getirenlerin –kişilikleri, siyasî fikirleri ve tutumları hakkında beslenen duygular ne olursa olsun- verecekleri kararlara *meşruluk* damgasını vurmak için yeterli olacaktır.⁵⁸

Liderlerin kişisel nitelikleri: Bu kategori ile liderlerin bazı nitelikleri dolayısıyla kendilerine geniş bir taraftar kitlesi ve dolayısıyla *otoritelerine* yoğun destek sağlayabildiklerini açıklamak amaçlanmıştır. Dikkat edilirse burada “lider” den değil, çoğul olarak “liderler”den bahsedilmektedir. Bunun sebebi ise Easton'un ele aldığı “kişisel nitelik” deyiminin, Weber'in “karizma” kavramından farklı, ondan daha geniş bir anlamı içeriyor olmasındandır. Easton'a göre, liderlerin mutlaka olağanüstü niteliklere sahip olmaları gerekmediği gibi, böyle bir imajın halk arasında yaygınlaştırılması da gerekli değildir. Önemli olan destek sağlamada etkili ve başarılı olabilmektir. Bunun hangi yoldan olduğu o kadar önemli değildir. İşte ne şekilde olursa olsun toplumda sağlanan bu destek iktidarı meşrulaştırıcı bir potansiyel taşımaktadır.⁵⁹

⁵⁷ Kapani, s. 94.

⁵⁸ Kapani, s. 94.

⁵⁹ Kapani, s. 94.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

II- İLK TÜRK DEVLETLERİNDEN GÜNÜMÜZE DEVLET YÖNETİMİNDE MEŞRULUK

A- OSMANLI ÖNCESİ DÖNEM

Türkler sadece bugün üzerinde yaşadığımız topraklar üzerinde değil, Orta-Asya'dan itibaren, birçok farklı coğrafyada, tarihin hemen her döneminde türlü devletler kurmuşlardır.⁶⁰ Bunlardan bir kısmı göçebe toplum hayatı yaşamış olsalar da, -İslamiyetten çok eski zamanlarda bile- Başgil'in şiirsel ifadesiyle, "Türk kanına ve Türk ırkına has olan devlet duygusu ve kuruculuk dehası"⁶¹ ile birleşik devlet tipinde Türk devletleri de meydana getirilmiştir. Daha sonra İslamiyet'in kabulü ile birlikte de Türkler tarafından İslamî prensipler altında "muntazam teşkilatlı devletler" kurulmuştur.⁶² Osmanlı İmparatorluğu yönetiminin meşruluğunun dayandığı esas ve ilkeleri tam olarak anlayabilmek için, Türklerin İslamiyet'i kabulünden önce ve sonrasında Osmanlı İmparatorluğu'na gelinceye kadar, kurmuş olduğu bu devletlerdeki *meşruluk* anlayışlarına genel hatlarıyla da olsa bakmak yararlı olacaktır

1. İslâm'dan Önceki Türk Devletlerinde Siyasî İktidar Olgusu ve Meşruluk Kaynağı

İslâm'dan önceki bütün Türk devletlerinde siyasî iktidar olgusunun hep aynı nitelikte ortaya çıktığı ve prensip itibarıyla hükümdarlık makamı etrafında toplanan (merkeziyetçi) bir *otorite* anlayışı biçiminde geliştiği genellikle ifade edilmektedir.⁶³ İnalçık'ın ifadesiyle, "Türk hükümdarı, kendi iktidarına ortak veya onun üstünde bir *otorite* tanımayan mutlak karakterini daima saklamıştır."⁶⁴ Zira "Kağan, Han, Hakan, Tengri, Kut gibi isimlerle anılan kişiye" egemenliğin (kut) Tanrı tarafından verildiği kabul edilmiş, halk da bu inancı paylaşmıştır.⁶⁵ Hükümdarın bu otoritesini sağlamlaştıran ise esas

⁶⁰ Tarih boyunca kurulmuş Türk Devletleri ile ilgili topluca özet bilgiler için bkz. *Tarihte Türk Devletleri* (Sempozyum), 20-22 Mayıs 1985, A.Ü.Basımevi, Ankara 1985.

⁶¹ Ali Fuat BAŞGİL, *Türkiye'nin Siyasî Rejimi ve Anayasa Meseleleri*, 3.Baskı, İstanbul 1959, s. 1.

⁶² Yavuz ABADAN-Bahri SAVCI, *Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış*, Ankara 1959, s. 1.

⁶³ Abadan-Savcı, s. 2; Ömer ÇAHA, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, İstanbul 2000, s. 151-152.

⁶⁴ Halil İNALCIK, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, İstanbul 2000, s. 29.

⁶⁵ Halil CİN – Gül AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2003, s. 37.

itibarıyla *törü* olmuştur.⁶⁶ Bununla birlikte, Türk hükümdarların (kağanın) egemenliği nasıl elde ettiği, ne şekilde kullandığı ve iktidarın kaynağının ne olduğu konusunda farklı görüşler söz konusudur.⁶⁷ Bazıları, eski Türk devletlerinde, demokratik düzenin belirtileri bulunduğunu belirtirken, diğerleri ise, daima mutlakıyetçi bir yönetimin varlığından söz etmişlerdir.⁶⁸

Demokratik bir düzenin varlığına inananların temel dayanakları, eski Türk devletlerinde egemenliğin han (kağan), beyler ve halk arasında paylaşılmış olmasıdır. Aslında, iktidarın kullanılmasında kağan egemendir ve bu güç sayesinde *otoritesini* sağlayabilmektedir. Ancak bu egemenlik mutlak değildir. Beyler, halk ve geleneksel yönetim kuralları kağanın egemenliğinin sınırsız olmasını önler. Ayrıca “Şaman” denilen dini *otorite* de kağanın bazı faaliyetlerini önleyebilir.⁶⁹

Eski Türklerin mutlakıyetçi bir yönetim geleneğine sahip olduğunu savunanlardan Abadan ve Savcı, bu düşüncelerini şu sözlerle dile getirmektedirler: “İslam’dan önceki Türk Devletlerinde siyasî iktidar, ilahî bir kaynaktan sızarak ve yeryüzünde bir askeri asaletle dayanarak, bir hükümdarlık makamında temerküz eden bir mutlakıyet halinde tecelli” etmektedir. Yani, “kaynağını ulûhiyetten alır. Hükümdarın icra ettiği iktidarda ulûhiyet mevcuttur. ... Bu iktidarı kullanan hükümdar Tanrı tarafından gösterilmiş sayılır. Bu itibarla kendisi ve kullandığı iktidar tabiat-üstü vasıftadır. İlahî vasıflı olan bu iktidar, yeryüzünde de, askeri asaletten ibaret bir aristokrasiye dayanılarak zaptedilir, muhafaza ve icra edilir. ... Ulûhiyetten sızan ve askeri asaletle dayanan iktidar, “kağan” denilen hükümdarda, onun şahsında temerküz eder. İktidarın icrasında, halk teşekküllerinden gelen bir paylaşma, bir odaklaşma mevcut olmaz. “Kağan” bir diğer yeryüzü merciiinin yapacağı tayin ile veya seçim ile gösterilmez.”⁷⁰

⁶⁶ *Törü*, kanun ve nizam anlamına gelmektedir. İncalcık’ın işaret ettiği gibi, “Türk devlet geleneğinde *törü*, “Tanrı’dan gelen hâkimiyet” (*kut*)tan ayrılamaz. Bir Kagan, özellikle devlet kurucu Türk kaganı, mutlaka bir *törü* koymalıdır”. İşte bu sebeple, “Devlet kurucu belli başlı Türk hükümdarlarının bir kanunnâme çıkarmış olması bir rastlantı değildir.” İncalcık, *Osmanlı’da Devlet*, s. 20-21.

⁶⁷ İslamiyet’ten önce Türk devletlerinin yapısı ve siyasal işleyiş ile ilgili bilgi için bkz. Cin-Akyılmaz, s. 36-42.

⁶⁸ Orhan ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4.Baskı, İstanbul 1982, s. 7.

⁶⁹ Sadri Maksudi ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, C. 1, İstanbul 1949, s. 266; Fevzi DEMİR-Şükrü KARATEPE, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, İstanbul 1989, s. 115.

⁷⁰ Abadan-Savcı, s. 2-3. Öz Türk devlet anlayışı konusunda en önemli kaynak sayılan Orhun kitabeleridir. Orada, İncalcık’ın aktardığına göre “hâkimiyeti

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Her iki halde de kağan, ölünceye kadar iktidarını sürdürür. Ancak kağan öldükten sonra yenisinin nasıl işbaşına geldiği konusunda da farklı iddialar bulunmaktadır. Bazılarına göre, “taht münhal olduğu zaman... beylerle eşrafın içtimaindan ibaret bir kurultay” ölen kağan sülalesinden birisini, tercihen büyük oğlunu kağan olarak seçer, daha doğrusu onun tahta çıkmasına muvafakat ederdi.⁷¹ Diğerlerine göre ise, kağan seçilmez, “o aslında, imparatorluğun çekirdeği vazifesini gören ve imparatorluğa adını veren kabilelerden birinin yardımı ile hâkimiyeti zapt ederek devletin başına” geçer. İmparatorluğun daha uzak bölgelerde oturan, hem coğrafi bölge hem de adetleri bakımından ayrı toplum oluşturan başka kabileleri ve bunların başında da ikinci planda gelse de bir kağanları bulunmaktadır. Zamanla ya bunlardan biri diğerini tasfiye etmekte ya da her parça ayrı bir devlet haline gelmektedir.⁷²

Yakın zamanlarda bu iki görüşü uzlaştırma çabaları söz konusu olmuştur. Buna göre, kağanın başlangıçta kabile başına geldiği ve ölümünde eşrafla beylerin yeni hükümdarı tanınmaları ile onun iktidarına *meşruluk* sağladıkları kabul edilmektedir ve bu sistem ise, devam etmeyen demokratik bir eğilimin başlangıcı olarak nitelendirilmektedir.⁷³ Aldıkaçtı, “esasen her iki halde de halkın kağana veya hakana itaati[nin] düzenin meşruluğunu göstermekte” olduğunu belirtmektedir.⁷⁴

Kanımızca, gerek kağanın seçiminde gerekse, iktidarın kullanılmasında halkın söz sahibi olduğunu belirten birinci görüş açısından bakıldığında her ne kadar kağanın iktidarının meşruluğunu demokratik teoriler içerisinde değerlendirebilmek imkânı bulunsa da, iktidarın Tanrı’dan kaynaklandığını belirten ikinci görüşle birlikte ele alındığında, iktidarın meşruluğunu teokratik teorilerden biri ile açıklamak gerekmektedir. Bu sonuncu görüş çerçevesinde iktidar sahibinin belirlenmesinde halkın rolü üzerinde durulmuş olması, bunu demokratikleştirmemekte ve fakat teokratik teorilerden *providansiyel* ilahî hukuk teorisi ile açıklanabileceği anlamına gelmektedir. Bu saptama aynı zamanda sözü edilen çağın tarihsel ve sosyolojik gerçekliğine uygun olmak bakımından da daha kabul edilebilir nitelik taşımaktadır.

Meşruluğun gerçek (ampirik) kaynakları çerçevesinde yapılan tasnifler içerisinde bu iktidarların, siyasî iktidarın ele geçirilmesinde, kullanılmasında geleneklerin rolü üzerinde durulmuş olması bakımından, Weber’in tipolojisinde

Tanrıdan alan Hakan, hâkimiyet ve bağımsızlığı başlıca töre koymak şeklinde anlar, görünmektedir.” İnalçık, s. 29.

⁷¹ Arsal, s. 270; Demir-Karatepe, s. 115; Aldıkaçtı, s. 8.

⁷² Abadan-Savcı, s. 3.

⁷³ Aldıkaçtı, s. 9; Demir-Karatepe, s. 115-116.

⁷⁴ Aldıkaçtı, s. 9.

“geleneksel *otorite*” tipine, Easton’un tasnifinde ise, paralel olarak “ideolojik kaynak” kategorisine dâhil edilebilmesini mümkün kılmaktadır.

2. İslam’ın Kabulünden Sonra Türk Devletlerinde Siyasî İktidarın Meşruluğuna İlişkin İnancın Geçirdiği Değişim

İslamiyet’i kabul ettikten sonra Türkler, Aldıkaçtı’nın ifadesiyle, “kalplerinde bulunan devlet duygusu ve kuruculuk dehasını, İslâm’ın aşk ve ideal ilham eden akide ve imanı ile kaynaştırmaya muvaffak olmuşlar ve nihayet büyük Osmanlı İmparatorluğu’nu kurmuşlardır.”⁷⁵

Ancak Osmanlı İmparatorluğu’ndan önce de bazı Türk-İslâm devletleri kurulmuştur. Bu ilk Türk-İslam devletlerinde, İslamiyet’in hızla geliştiği ve buna paralel olarak Devlet teşkilatında da İslamî etkilerin yaygınlaştığı görülür.⁷⁶ Bununla birlikte Türkler kendi geleneklerini ve dillerini de bırakmamışlardır. Türk-İslam devletlerinin genel yapısı, örgütü, İslam devleti modeline benzer özellikler göstermekle birlikte Türkler bu model içerisinde, İslamiyet’le bağdaştırabildikleri ölçüde kendi devlet anlayışlarının, örgütlerinin bazı ayrıntılarını yaşatmışlardır.⁷⁷

Bu devletlerdeki *meşruluk* anlayışını ortaya koyabilmek için İslam toplum-devlet anlayışı⁷⁸ içerisinde siyasî iktidarın meşruluğu meselesine kısaca bakmak gerekir:

İslam’a göre, bütün evrenin sahibi Allah olduğu için bütün iktidarın kaynağı da, en büyük ve sonsuz güç sahibi olan Ulûhiyetten gelmektedir. Devlet başkanı Allah’ın düzeninde ilahî iradenin kullanılmasına aracılık etmektedir. Bu sebeple O’nun yeryüzünde (Allah’ın nizamı olan devlet hayatında) yürüttüğü siyasî iktidar, gerçekleşmesine bir vasıta olduğu ilahî iktidar gibi, sonsuzluk, sınırsızlık, bölünmezlik niteliklerini taşımaktadır. Bu çerçevede, İslam’ın tevhid anlayışının, her şeyi siyasal iktidarın şahsında birleştirmiş olduğu belirtilebilir. Hatta, ilk dönem İslam tarihinde iktidar mücadelelerinde iktidarını kaybedenin meşruluğunu da yitirdiği gözlenmiştir.⁷⁹ Bu iktidara da kayıtsız şartsız itaat etmek gerekmektedir. Devlet başkanının iradesinin ortaya çıkmasında, -siyasî iktidarın teşekkülünde- halkın, teb’anın bir rolü bulunmamaktadır. Halkın, teb’anın görevi, siyasî iktidara itaat ve müzaheretten ibarettir. İtaat edilen ve itaat yoluyla gerçekleşmesi desteklenen (tahakkukuna müzaheret edilen, meşrulaştırılan) bu irade gerçekte ilahî bir kaynağa sahiptir. İnsanın, Ulûhiyet

⁷⁵ Aldıkaçtı, s. 27.

⁷⁶ Demir-Karatepe, s. 119.

⁷⁷ Coşkun ÜÇÖK-Ahmet MUMCU, *Türk Hukuk Tarihi*, 3.Baskı, Ankara 1982, s. 135-136; Abadan-Savcı, s. 6.

⁷⁸ İslam’da devlet anlayışı için bkz. Cin-Akyılmaz, s. 81-93.

⁷⁹ Ömer ÇAHA, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, İstanbul 2000, s. 152.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

karşısındaki durumu ise kulluk etmektir. Kulluk etmenin yolu da, devletin hayatında Ulu'l emr'e (Devlet başkanına, siyasî iktidar sahibine) mutlak olarak itaat etmekten geçmektedir. Aksi halde, yani devlet başkanına itaat edilmemesi halinde, Allah'a isyan edilmiş olmaktadır.⁸⁰

İşte, Türklerin İslamiyet'i kabulünden sonra, Osmanlı İmparatorluğu'na gelinceye kadar kurmuş oldukları devletlerde de İslâm'ın bu *otorite* anlayışı yerleşmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilk Müslüman Türk devletleri olan Karahanlılar (940–1040) ve Gazneliler (963–1187)'in devlet teşkilatında eski Türk devlet anlayışının etkilerinin sürdüğü görülmektedir. Bunların da, kendilerinden sonra gelen başta Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletleri olmak üzere bütün Müslüman-Türk devletlerinin devlet teşkilatını etkilediği görülmektedir.⁸¹ Örneğin, Selçuklu hükümdarları, İslam halifelerinin dini gücünü tanıyarak, ondan aldıkları yetkiyle devleti yönetmekle beraber kendilerini tam bir eski Türk Kağanı gibi görmüşler ve bu nedenle de egemenlik anlayışları o çerçeve içinde kalmıştır. Mesela, Eski Türklerde yer alan, “Tanrı sadece hükümdara değil, o hükümdarın ailesine egemenlik hakkı vermiştir” anlayışına uygun olarak, Selçuklularda hükümdar ailesinin erkek üyelerini devlet yönetimine dâhil etmiş ve devleti parçalara ayırarak her birinin başına bir prens atamışlardır. Eğer hükümdarın kişiliği çok güçlü ise, bu prenslikleri kendi *otoritesine* bağlayabilmiş, aksi durumda ise, prensler kendi egemenliklerine dayanarak bağımsız yaşamışlardır. Ayrıca hükümdar öldükten sonra da ailenin, egemenlik hakkına sahip üyeleri tahta çıkmakta eşit olduklarından, veliaht atanmasının da bir önemi kalmamıştır. İşte, her ne kadar hükümdara Halifenin emir ül-ümerası olarak onun adına devleti yönetme hakkı verilmişse de, Türklerin Orta-Asya'dan beri süregelen egemenliğe ilişkin anlayışları, İslamiyet'ten gelen *otorite* anlayışının etkisini azaltmıştır.⁸²

Bununla birlikte, bu ikili kaynağı iktidarın *meşruluk* temellerinin güçlenmesi olarak yorumlamak da mümkündür. Anlaşılacağı üzere bu Türk-İslam devletlerinde iktidarın (hükümdar) *meşruluk* kaynağı, hem yerleşmiş eski Türk gelenekleri ve hem de Halifenin temsilcisi sıfatıyla, onun adına devleti yönettiği için halkın dini (manevî) açıdan iktidarın meşru olduğu yolundaki inancıdır. Yani bu devletlerde siyasî iktidar meşruluğunu bu iki kaynaktan birden almış ve bu güçle de iktidarını mutlaklaştırmıştır denilebilir.

⁸⁰ Abadan-Savcı, s. 7-8; Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Halil CİN-Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, C. 1, 2.Baskı, İstanbul 1990, s. 179-213; Aldıkaçtı, s. 10-27; Demir-Karatepe, s. 116-119.

⁸¹ CİN-Akgündüz s. 217; Abadan-Savcı, s. 6; Üçok-Mumcu s. 135-136.

⁸² Bkz. Üçok-Mumcu, s. 148.

B- OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA OTORİTE ANLAYIŞI

1. Tanzimat'a Kadar Olan Dönem (Geleneksel Otorite Anlayışı)

Osmanlı İmparatorluğu, yukarıda ana hatlarıyla değinilen eski Türklerin geleneksel *otorite* anlayışı ile İslamiyet'in egemenlik anlayışını bağdaştırmış ve teokratik yapıda bir egemenlik anlayışı kurmuştur. Başka deyişle, Osmanlı İmparatorluğu'nun kurulmasından itibaren, Osmanlı beyleri bir tarafta İslâm esaslarına bağlılıklarını sürdürürken, diğer taraftan da eski Türk geleneklerine sıkı sıkıya sarılmışlardır.⁸³ Osman ve Orhan Beyler, Selçuklularda olduğu gibi ailenin diğer erkek üyelerine de egemenlik hakkı tanımışlardır. Daha sonraları devlet geliştikçe, Osmanlı hükümdarlarının her bakımdan kesin *otoriteye* sahip olması gereği anlaşılmıştır. Yıldırım Beyazıt Orta-Asya'dan gelen egemenlik anlayışını İslam görüşüyle bağdaştırmak amacıyla Mısır'daki halife ile haberleşmiş, onun desteğini alarak, İslam âlemi içerisinde en büyük söz sahihi olmayı istemiştir.

Ancak, bir süre sonra Anadolu'nun Timur tarafından istilası ve parçalanması üzerine Eski Türk egemenlik anlayışının tekrar güçlendiği görülmektedir. Nitekim bu anlayışa uygun olarak Timur bazı Osmanlı beyliklerini canlandırdığı gibi, Yıldırım'ın oğulları arasında da amansız bir taht kavgası başlamıştır. Sonunda devletin birliği yeniden sağlanınca Osmanlı hükümdarları doğudaki Timur oğullarıyla eşit olabilmek için eski Türk anlayışına sarılmışlardır. Mesela, bu çerçevede II. Murat, Osmanlı soyunu Oğuz Han'a dayandırmaya çalışmıştır. Böylece, Osmanlı hükümdarları en eski Türk-Hükümdar soyundan geldiklerini ileri sürmek suretiyle *otorite*lerini güçlendirmeyi iktidarlarını mutlaklaştırmayı amaçlamışlardır. Hatta Tanrının Osman Bey'e egemenlik hakkını verdiği şeklinde bir görüşü eski Türk dini Şamanizm geleneklerine dayanarak kanıtlamak isteyenlerin varlığı da belirtilmiştir.⁸⁴

Fatih Sultan Mehmet, bütün bu gelişimi daha da kesin bir çerçeveye oturtmuştur. İstanbul'un fethinden sonra, eski Roma İmparatorluğu'nun "imperium" anlayışına benzer bir anlayışı benimseyen bu hükümdar, Osmanlı padişahını, evrensel egemenlik sahibi olarak görmüş ve bu şekilde göstermeyi arzulamıştır. Bu amaçla bir yandan egemenliğin kutsallığı inancına, öte yandan da evrensel Roma egemenliği anlayışına dayanarak merkezîyetçi, güçlü ve mutlak yetkili Osmanlı İmparatoru tipini ortaya çıkarmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nda bu dönemden sonra, giderek egemenliğin bir kişide toplandığı görüşü ağırlık kazanmıştır. Gerçi hala Osmanlı ailesinin erkek

⁸³ Bu konuda bkz. Uçok-Mumcu, s. 196; Metin KUNT, "Osmanlı Siyasal Düzeni ve Değişim," *Türkiye Tarihi*, C. 2, *Osmanlı Devleti 1300-1600*, İstanbul 1989 içinde, s. 130.

⁸⁴ Uçok-Mumcu s. 196-197.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

üyelerinin egemenlikteki payları söz konusudur. Ancak bunun etkisi sadece tahta çıkmak konusunda belirlemektedir. Yoksa bir kez tahta çıkan ve merkezi gücü ele geçiren hükümdar mutlak olarak egemenliğin de sahibi olmaktadır. Daha sonraki yıllarda Yavuz Sultan Selim'in, Mısır'ı fethederek, oradaki halifelige son vermesi ve tüm İslam dünyası için kutsal sayılan yerleri, Mekke ve Medine'yi ele geçirerek oraların "koruyucusu" unvanını alması, Osmanlı padişahının yetkilerini daha da geliştirmiş ve onun Sünni-İslam dünyasındaki yerini ve ülke içerisindeki otoritesini daha da sağlamlaştırmıştır. Erdoğan, "Osmanlı sosyo-politik sisteminin, her türlü otoritenin dinden ve/veya gelenekten kaynaklandığı bir dönemde İslamiyetten etkilenmiş olmasında şaşılacak bir şey" olmadığını, bu çerçevede "siyasi meşruluğun kaynağı olarak İslamiyet ve kurumsal yapıların örnek-modelleri olarak da geleneksel İslam siyasi pratiği"nin temel teşkil ettiğini belirtmektedir.⁸⁵

Bu dönemden sonra, On yedinci yüzyıl başlarına kadar eski Türk *otorite* anlayışı giderek etkisini kaybetmeye başlamış, önemli birkaç taht kavgası dışında, bu anlayışın izleri tamamen silinmiştir. Artık Osmanlı padişahı egemenlik hakkının kesin, mutlak sahibidir ve ona kimse ortak değildir.⁸⁶ Bunun yanı sıra On sekizinci yüzyılda halife sıfatını kazanmış olmaları da⁸⁷ onların ülke içindeki dini *otoritelerini*, bu açıdan iktidarlarının meşruiyetini de iyice pekiştirmiştir.⁸⁸ Akad ve Dinçkol'un ifadesiyle "Osmanlı sultanının aynı zamanda "halife" oluşu, ruhani ve dünyevi *otoritenin* tek elde toplanmasına

⁸⁵ Mustafa ERDOĞAN, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 3.

⁸⁶ Şerif Mardin, "hükümdarın hükümdarlığının eksiksiz olduğu, kimsenin bu hükümdarlığı kendisiyle paylaşmadığı ilkesini rejimin temel değerleri arasında" görmektedir. Şerif MARDİN, *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*, İstanbul, 1990, s. 47.

⁸⁷ Bilindiği gibi Osmanlı padişahları 923/1517 tarihinde, Yavuz Sultan Selim'in Ayasofya Camii'nde son Abbasi Halifesi tarafından Halife ilan edilmesiyle, sultan unvanının yanında Halife ve Halife-i Resûlullah unvanlarını da kullanmışlardır" Cin-Akgündüz, s. 221; Ayrıca bkz. Mustafa MÜFTÜOĞLU, *Yalan Söyleyen Tarih Utansın, C. 1*, 5.Baskı, İstanbul 1975, s. 24-26.

⁸⁸ Üçok-Mumcu, s. 197; Naima da Osmanlı İmparatorluğunun altı yüz yıl ayakta kalmış olmasını, İbn-i Haldun'un "asabiyet" kavramı yanı sıra, Osmanlı'nın İslam dinine bağlılığı ile açıklamaktadır. Arslantürk'ün ifadesiyle "Osmanlı tarih huzuruna İslam ideali ile çıkmış bir devlet kurmuştur. Onlar İla-i kelimetullah" için savaşmışlardır. "adaletin tevziini tamamiyle şeriate dayandırmışlardır." Zeki ARSLANTÜRK, *Naîmâ'ya Göre Osmanlı Devletinin Çöküş Nedenleri*, Ankara 1989, s. 93.

neden olmuş, ... devlet yapılanmasında İslami ilkelerin esas alınması da “mutlak itaati” güçlendirmiştir.⁸⁹

Bütün bu açıklamalardan da kolayca anlaşılacağı üzere, Osmanlı İmparatorluğu’nda, kuruluşundan İkinci Meşrutiyet’e gelinceye kadar siyasî iktidar, meşruluğunu sürekli olarak iki temel kaynaktan, - eski Türk geleneklerinden ve özellikle halife sıfatının elde edilmesi ile birlikte ilahî iradenin temsilcisi olmasından- almıştır. Zaman zaman bunlardan birinin etkisi ön plana çıkarılmaya çalışılmışsa da, genellikle her iki *meşruluk* anlayışı da, Osmanlı imparatorlarının iktidarlara destek sağlamak ve güçlendirmek açısından sürekli bir etkiye sahip olmuştur.

Tanzimat dönemine geçmeden önce burada, Osmanlı İmparatorluğu’nda tahta geçme yöntemlerine de kısaca bakmak gerekir.⁹⁰ Açıklandığı üzere, egemenliğin bir kişide toplanması ilkesinin henüz tam anlamıyla yerleşmemiş olması sebebiyle, on yedinci yüzyıl sonlarına kadar, Osmanlı ailesi içinde kimin padişah olacağı konusunda belli bir kural da oluşmamıştır.⁹¹ Orhan Bey’den itibaren II. Murat’ın hükümdarlığına gelinceye kadar, devlet başkanının seçimi nüfuzlu şahsiyetlerle, beylerin elindeydi.⁹² Güçlü kişiliği ile merkeziyetçi Osmanlı padişah tipini ortaya çıkaran ve egemenliğin bölünmezliğini sağlamaya çalışan Fatih Sultan Mehmet bile, eski Türk anlayışından sıyrılmıyor ve ünlü kanunnamesinde, taht kavgalarını önleyebilmek için “kardeş katli”ne⁹³ cevaz veriyordu. Ancak, “tahta çıkmak kime kısmet olursa” onu meşru hükümdar sayıyor, ondan sonradır ki egemenliğin bölünmemesini sağlamak için kardeş katlini buyuruyordu.⁹⁴

⁸⁹ Akad-Dinçkol, s. 180.

⁹⁰ Osmanlıda tahtın el değiştirmesi usulleri ve bunun egemenlik kavramı ile ilişkisi konusunda ayrıntılı tartışmalar içeren müstakil bir çalışma için bkz. Halil İNALCIK, “Osmanlılarda Saltanat Verâseti Usûlü veya Türk Hakimiyet Telâkisiyle İlgisi”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XIV, No 1 içinde, s. 69-95.

⁹¹ Zira Osmanlı öncesi Türk devlet geleneğinde de tahta geçişi belirleyen kesin kurallar yoktur. “Allah kime müyesser ederse” anlayışı çerçevesinde işleyen bir sistem söz konusudur. Bkz. Yusuf OĞUZOĞLU, *Osmanlı Devlet Anlayışı*, İstanbul 2000, s. 126-127.

⁹² Fatih devrine gelinceye kadar ehl-i hall ve’l ahd denilen beyler tarafından sultan tayin edilmekteydi ve veliahtlık söz konusu değildi. Bunun tek istisnası Çelebi Mehmed’in saltanatını oğlu Murad’a vasiyeti oluşturur. Halil CİN- Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 222.

⁹³ Kardeş katli ile ilgili geniş tartışmalar için bkz. Cin-Akyılmaz, s. 111-116

⁹⁴ Ülker’den naklen, “Osmanlı devletinin 14. yüzyıl süresince iç işlerinde önemli bir sarsıntıya uğramamasında, hakimiyetin taksim edilmemesi prensibi önemli rol oynamıştır” diyen Oğuzoğlu, böylece kardeş katlinin meşruluğunu

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Yine Orta-Asya geleneğine uygun olarak, On altıncı yüzyıl ortalarına kadar bütün şehzadeler valilikle görevlendirilmekteydi ve bunlar gittikleri yerde kendilerine sağlanan egemenlik hakkına dayanarak bir hükümdar gibi yaşar, hem yönetim sanatını öğrenirler, hem de tahta geçmek için hazırlık yaparlardı. Özellikle Fatih Sultan Mehmet ile birlikte merkezi güç çok geliştiğinden, ilk önce İstanbul'a ulaşır kapıkullarını elde eden padişah oluyordu. Bu nedenle İstanbul'a en yakın yerde vali olmak bir ayrıcalıktı. Ancak II. Selim'den başlayarak, artık egemenliğin bölünmezliği ilkesi iyice yerleştiği için, yalnız büyük şehzadenin vali olarak ataması yapılmaktaydı. Ancak I. Ahmet öldüğünde çocukları çok küçük olduğundan, kardeşi Mustafa'nın tahta geçirilmesiyle birlikte en yaşlı erkek üyeleri arasından seçilmeye başlandı.⁹⁵ Daha sonra bu yöntem yerleşerek, bir kamu hukuku geleneği biçiminde 1876 Kanuni Esasisi'ne kadar sürdü ve bu Anayasaya da girerek yazılı hukuk kuralı haline geldi.⁹⁶

Osmanlı İmparatorluğu'ndaki tahta geçiş kurallarındaki bu gelişim, egemenlik anlayışındaki değişim ile sıkı sıkıya ilgili bulunduğu gibi, hükümdarın (iktidarın) meşruluğu konusundaki inanışları da belli oranda etkilemiştir. Hükümdarın seçiminde beylerin etkili olduğu ilk dönemlerde, devlet beyliklerinin bir padişah üzerinde anlaşmaları, ona hukuki *meşruluk* kazandırdığı gibi⁹⁷ sosyo-politik açıdan da meşruluğuna imkân sağlamaktaydı. Hükümdarların halife sıfatını kazanmalarından sonra ise, tahta geçmeleri sırasında, hilâfete geçiş için gerekli olan biat merasimi aynen uygulanmış, ehl-i hal ve'l akd hükümdara biat etmeye başlamışlardır.⁹⁸ Hatta biatten sonra Eyüp Sultan Türbesi'nde padişaha kılıç takılması da⁹⁹, batıdaki taç giyme törenlerinde olduğu gibi, padişahın meşruluğu hakkındaki inançları pekiştirmek amacıyla yönelik olarak, tamamen geleneksel nitelikte uygulanmıştır.

göstermeye çalışmaktadır. 150 yıllık tarih sürecinde sadece altı katlı olayının gerçekleştiğini gösteren tabloyla da bu tezi desteklemek istemektedir. Bkz. Oğuzoğlu, s. 127.

⁹⁵ Müftüoğlu, bunu, I. Ahmed'in Fatih'in Kanunnamesine rağmen, kardeşi Mustafa'yı öldürtmemesine bağlamaktadır. Mustafa MÜFTÜOĞLU, *Yalan Söyleyen Tarih Utansın, C. 4*, 4.Baskı, İstanbul 1977, s. 70.

⁹⁶ Osmanlı İmparatorlarının seçim yöntemleri ile ilgili geniş bilgi için bkz, Cin-Akgündüz, s. 220-222; Üçok-Mumcu, s. 209-212.

⁹⁷ Üçok-Mumcu, s. 212.

⁹⁸ Cin-Akgündüz, s. 222.

⁹⁹ Üçok-Mumcu s. 212.

2. Tanzimat Dönemi (Geleneksel Otorite Anlayışından Hukuki Otorite Anlayışına Doğru)

On sekizinci yüzyıldan itibaren Osmanlı İmparatorluğu'nun zayıflamaya başlaması üzerine, ülke içinde hükümdarların *otoritesinde* de sarsılmalar olmuştur. Örneğin, imparatorluğun çöküşünü durdurmak için reform hareketlerine girişen III. Selim, halkın bir kesimi ve yeniçerilerin birleşmesi üzerine tahttan indirilmiştir.¹⁰⁰ Daha sonra Alemdar Mustafa Paşa'nın sadrazamlığı ile birlikte, "kuvvetli bir *otorite* tesis edilmesi, yani İstanbul'da alınacak kararların İmparatorluğun her yanında istenildiği gibi uygulanması" çare olarak görülmüş olmakla birlikte, Osmanlı İmparatorluğu devlet *otoritesi* İstanbul sınırlarını bile aşamadığından etkili reformlar yapılamamıştır. Bunun üzerine ise, Anadolu ve Rumeli'deki ayanlar adeta özerk idareler kurmuşlar ve merkezin *otoritesi* dışına çıkmaya başlamışlardır. İşte merkezi *otoriteyi* güçlendirme amacıyla olan Alemdar Mustafa Paşa öncelikle, yeniçerileri ortadan kaldırıp, sonrasında Anadolu ve Rumeli Ayanlarını İstanbul'a davet etmiştir. Ayanlardan her biri yeterince güce sahip olduklarından kendi bölgelerinde Devlet *Otoritesinin* yeniden kurulması, "merkezi *otoritenin* sevgi ve saygıya layık bir seviyeye yükseltilmesi"¹⁰¹ için etkin rol oynayabilirlerdi.¹⁰² Bunun üzerine 1808 yılında ayanlarla Padişah II Mahmut arasında imzalanan *Sened-i İttifak*, ilk defa olarak, padişahın iktidarını sınırlıyordu. O tarihe kadar hükümlerlik haklarını (egemenliğini, iktidarını) hiçbir sınır tanımadan tam bir serbesti içerisinde kullanan padişah, artık bu iktidarını *Sened-i İttifak*'da gösterilen esaslar çerçevesinde kullanmak mecburiyetinde kalıyordu.¹⁰³ Bu II.

¹⁰⁰ Aldıkaçtı, s. 35; Demir-Karatepe, s. 123; Üçok-Mumcu s. 306; Abadan-Savcı s. 16; Mustafa MÜFTÜOĞLU, *Yalan Söyleyen Tarih Utansın, C. 3, 5*. Baskı, İstanbul 1976, s. 15-16; III. Selim'in tahttan indirilmesine yol açan süreci Erdoğan farklı biçimde yorumlamaktadır. Ona göre, tahta çıkması Fransa'daki devrimle aynı tarihe rastlayan III. Selim, Devrim sonrası Avrupa'da meydana gelen toplumsal ve siyasal değişimlerden de etkilenerek, Osmanlı'nın sistemini modernleştirmek üzere girişimlere başlamış, bu çerçevede merkezi otoritenin gücünü hem dışarıya hem de ayanlara karşı artırmayı istemiştir. Erdoğan'ın ifadesiyle: "Ne var ki, padişah merkezi devlet örgütünü modernleştirmek isterken, paradoksal olarak, *Yeniçeriler ve Ulema* karşısında, otoritesini zayıflatmak istediği ayan'ın desteğine başvurmak zorunda kalmıştı. Sonunda sultan sözkonusu iki sınıftan gelen muhalefete yenik düştü ve 1807 yılında tahttan indirildi." Erdoğan, s. 17.

¹⁰¹ İlhan ARSEL, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları 1 Cumhuriyetin Temel Kuruluşu*, Ankara, 1965, s. 15-16.

¹⁰² Aldıkaçtı, s. 35-36; Demir-Karatepe, s. 123-124; Arsel, s. 16.

¹⁰³ Arsel, s. 16; Erdoğan, s. 19; Bu anlamda *Sened-i İttifak* ile *Magna Carta* arasında bir benzerlik kurulmasının tamamıyla anlamsız olmadığı kanaatindedir

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Mahmud'a çekici gelmemiştir. Nitekim II. Mahmud, saray mensuplarının etkisiyle çıkan bir isyanda, kendisini tahta geçiren Alemdar Mustafa Paşa'yı feda ederek, tekrar mutlak otoritesini sağlamış ve 30 sene bu iktidarını sürdürmüştür.¹⁰⁴

1839 tarihine gelindiğinde, II. Mahmud'un ölümüyle birlikte, bir takım dış baskıların da etkisiyle, zaman zaman uzun aralıklarla duraklamalar geçiren Tanzimat devri başlamıştır. Tanzimat devri, devleti yenilemek, bir düzen ve esasa bağlamak, keyfi yönetime son verip, hukuka, daha doğrusu şariat kanunlarına uygun bir devlet (bir hukuk devleti) kurmak amacıyla girişilen hareketler devri olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁵ Bu amaca yönelik olarak, devletin siyasi yapısında esaslı değişiklik yaratma arzusunun ilk resmi vesikası olan "*Gülhane Hatt-ı Hümayûnu*" denilen "*Tanzimat-ı Hayriye*" fermanı okunmuştur. Bu ferman 1789 Fransız İhtilali ile bütün Avrupa'ya yayılan yenilik hareketlerinin Osmanlı İmparatorluğundaki ilk yansıması olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Bu fermanın sonra da aynı amaç çerçevesinde, sırasıyla, 1845, 1856, (Islahat Fermanı) ve 1861 yıllarında da benzer nitelikte fermanlar ilan edilmiştir.¹⁰⁷ Bütün bu fermanlarda, genel olarak, azınlık hakları dâhil olmak üzere, tebaanın, canının, malının, ırzının, namusunun ve benzeri haklarının güvence altına alındığı ilan edilmiş, adliye vergi ve askerlik gibi konularda bir takım yenilikler getirilmiştir.¹⁰⁸ Bu fermanların her birini ayrı ayrı incelemek bu çalışmanın sınırlarını aşar. Bununla birlikte iktidarın niteliği ile ilgili getirdikleri değişikliklere genel hatlarıyla bakmak gerekir.

Her şeyden önce belirtmelidir ki, bütün bu fermanlar, bu dönemlerde batılı ülkelerde görüldüğü gibi, bir tepki sonucu ortaya çıkan ya da uğrunda mücadele edilerek elde edilen belgeler değildir. İmparatorluğun gün geçtikçe sarsılması, hemen her kurumun bozulup yozlaşması ve düzeltilmesi gereği, en

(aynı sayfa); Yine paralel olarak, bu belge ile Osmanlı'da ilk defa "eşit vatandaşlık" anlayışının geliştirilmeye çalışıldığı da belirtilmektedir. Bkz. Durmuş YILMAZ, *Osmanlı'nın Son Yüzyılı*, Konya 2001, s. 104.

¹⁰⁴ Arsel, s. 18.

¹⁰⁵ Bkz. Arsel, s. 18; Demir-Karatepe, s. 125.

¹⁰⁶ Abadan-Savcı, s. 19-21.

¹⁰⁷ 1856 Islahat Fermanının daha çok azınlık haklarını koruduğu ve bu açıdan sanıldığı ölçüde bir yenileşme hareketi sayılamayacağı savunulmuştur. Bkz. Mustafa MÜFTÜOĞLU, *Yalan Söyleyen Tarih Utansın*, C. 2, 5.Baskı, İstanbul 1976, s. 72-74.

¹⁰⁸ Bu fermanların getirdiği değişikliklerle ilgili geniş bilgi için bkz. Cin-Akgündüz, s. 144-147, 259-264, 283-290, 343-347, 383-392, 431-437, 441-442, 468-470; Üçok-Mumcu, s. 316-340; Sina AKŞİN, "Tanzimat Padişahı Abdülmecit (1839-1861)" *Türkiye Tarihi 3, Osmanlı Devleti, 1600-1908*, İstanbul 1988 içinde, s. 119-151; Arsel, s. 18-21; Aldıkaçtı, s. 48-46.

önemlisi de Müslüman olmayan azınlıkların haklarının korunması konusunda yoğun dış baskıların bulunması hükümdarı bu fermanları kabul etmeye mecbur bırakmıştır. Kabulünde ülke halkının yeterli baskı ve etkisinin bulunmaması, bu fermanların hükümdarın bir ihsanı şeklinde nitelendirilmesine yol açmıştır.¹⁰⁹ Esasen, 1856 Islahat Fermanı ile iktidarın gerçek kaynağı olması gereken halk (ya da toplum) değil de, hükümdarın emirlerini yerine getirmekle görevli sadrazamın muhatap alınmış olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Yine bu anlamda olmak üzere, bu fermanlarda ülkede yaşayanlara tanınan hakların, tabii haklar olarak, yani insanların doğuştan sahip olduğu haklar olarak değil, padişahın teb'asına ihsan etmiş olduğu, lütuf mahiyetindeki "müsaâdât-ı şâhâne" şeklinde verdiği haklar olarak tanındığı belirtilmiştir. Padişahın tek taraflı iradesine dayandığı için de, bu iradenin geriye çekilmesi veya değiştirilmesi ile her zaman ortadan kaldırılmaları ihtimali söz konusudur.¹¹⁰ Bu nedenle, Tanzimat Fermanlarının, hükümdarın mutlak olan yetkilerini sınırlayan bir anayasaya benzetilemeyeceği ileri sürülebilir.¹¹¹

Her ne kadar bu fermanlarda, kanunların üstün tutulacağı ve hükümdar da dâhil olmak üzere devletin bütün memurlarının ve herkesin kanunlara riayet etmesi ilkesi benimsenmiş olsa da, bunu maddî müeyyidelerle güvence altına alan bir mekanizma kurulmamıştır.¹¹² Sadece padişahın ve diğer yöneticilerin, davranışlarının, hukuk kurallarına uygun olmasını sağlamak için, "hilâfına hareket edenler Allah-ü Tealâ Hazretleri'nin lânetine mazhâr olsunlar ve ilelebet felâh bulmasınlar. Amin." biçiminde yemin etmeleri öngörülmüştür. Bu ise, fermanlara uymamanın müeyyidesinin sadece dini (manevî) nitelikte olduğunu ifade etmesin yanı sıra bize, o dönem Osmanlı toplumundaki yaygın *meşruluk* inancı konusunda önemli bir ipucu vermektedir. Çünkü muhtemelen böyle bir müeyyidenin benimsenmiş olması, halk arasında bunun yeterli güvenceyi sağlayacağı inancından kaynaklanmıştır. Böyle bir inancın varlığı ise, halkın, padişahın Allah'a karşı söz vermesini O'nun huzurunda yemin ederek, O'na karşı sorumluluğunu vurgulamasını, kendileri için yeterince güvenceli saydıklarından, iktidarının meşruluğunu kabul ettikleri anlamına gelebilir. Nitekim maddî müeyyidesi olmadığı halde, sadece manevî bağlayıcılığa dayanan Tanzimat fermanlarının Osmanlı İmparatorluğu'nun en önemli dönemlerinden biri olduğu belirtilebilir. Bu dönemde, devletin üstün bir hukuk

¹⁰⁹ Arsel, s. 20-21; Demir-Karatepe, s. 129.

¹¹⁰ Arsel, s. 20-21; Demir-Karatepe, s. 129.

¹¹¹ Demir-Karatepe, s. 129; Erdoğan, s. 22. Aksi görüş için bkz. Üçok - Mumcu, s. 316. Bu yazarlar da Tanzimat ve Islahat fermanlarının birer anayasa sayılmayacağını kabul etmekle birlikte, vatandaşlara temel hak ve güvenceler veren *anayasal nitelikte belgeler* olduğunu söylüyorlar.

¹¹² Arsel, s. 21.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

kuralı ile sınırlandırılması gerektiği anlayışı (hukukun üstünlüğü ve giderek hukuk devleti anlayışı) yeşermeye ve yerleşmeye başlamıştır.¹¹³

3. Meşrutiyet Dönemleri

a. Birinci Meşrutiyet Dönemi

Tanzimat devrinde, devletin ıslahı amacıyla girilen çabalar (fermanlar) her şeye, hatta Allah önünde yapılan yeminlere rağmen istenilen neticeyi gerçekleştirememiş, yeniden mutlakiyetçi *otoriteye* dönülmüştür. Bunun yanı sıra, ülkenin maddi sıkıntılarına rağmen, sarayın lüks ve savurgan harcamalarının da etkisiyle, ülkede fiilî bir muhalefet oluşmaya başlamış ve hatta merkezde ihtilal söylentileri yayılmaya başlamıştır. Bu arada Fransız Devrimi'nin ülkeye getirdiği özgürlük düşüncesi ve batılı devletlerin, özellikle azınlık hakları konusundaki müdahalesi, hükümet merkezindeki huzursuzluğu artırmıştır. Nitekim Tanzimat'tan sonraki bu gelişmeler üzerine, Mithat Paşa'nın gayretleriyle, Sultan Abdülaziz tahttan indirilerek, yerine V. Murat geçirilmiştir. Fakat V. Murat'ın aklî dengesinin yerinde olmadığı anlaşıldığından, onun da yerine, bir Kanun-i Esasi yapılması için vaatte bulunan II. Abdülhamit geçirilmiştir. Bunun üzerine ise, Türk tarihinin ilk yazılı anayasası sayılan 1876 *Kanun-i Esasisi* bir ferman ile kabul ve ilan edilmiştir.¹¹⁴

1876 Anayasası, teorik açıdan, devletin, yasama (Meclis-i Umumi), yürütme (Padişah) ve yargı (Mehakim) organlarını birbirinden ayrı olarak belirtmiş olmakla birlikte,¹¹⁵ gerçekte bu güçlerin tamamının padişahın etrafında toplanmış olduğu (1876 Any. md. 27, 28/2),¹¹⁶ onun mutlak olan yetkilerinde esasında bir değişiklik yapılmamış olduğu belirtilebilir.¹¹⁷ Arsel'in ifadesiyle, "1876 Kanun-i Esasisi, hâkimiyet denilen kuvvetin sadece padişaha ait olduğu esasını kabul etmekle kalmamış ve aynı zamanda bu hâkimiyet hakkının münhasıran onun tarafından, onun istediği ve arzu ettiği şekilde kullanması esaslarını vaz'etmiştir."¹¹⁸ Arsel, bu Anayasanın, hâkimiyet hakkının ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla millete ait olduğu esasına yer vermediğini belirtmektedir. Ona göre, "hâkimiyet ne millete aittir ne de menşeyini milletten alır. Hâkimiyet kayıtsız ve şartsız Osmanlı sülalesine aittir ve babadan oğula

¹¹³ Demir-Karatepe, s. 130; Aldıkaçtı, s. 46.

¹¹⁴ Demir-Karatepe, s. 130, Abadan-Savcı, s. 32-33.

¹¹⁵ Arsel, s. 24.

¹¹⁶ Bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK- Suna KİLİ, *Türk Anayasa Metinleri, "Sened-i İttifaktan Günümüze"*, Ankara 1985, s. 56.

¹¹⁷ Arsel, s. 24-25; 1876 Kanun-i Esasisi ile getirilen siyasal sistemin niteliğine ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Erdoğan, s. 27-33; Aldıkaçtı, s. 56, 64; Selçuk ÖZÇELİK, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri 2*, İstanbul 1976, s. 80-82.

¹¹⁸ Arsel, s. 24.

(ekber evlâda)¹¹⁹ geçmek suretiyle intikal eder.” Arsel, Osmanlı sülalesine mensup padişahların, daha başlangıçtan beri iktidarlarının kaynağını Kuran-ı Kerim’deki “sahibilmülk Allah’tır” ayeti gereğince daima Allah’ta kabul ettiklerini ve bunun Osmanlı topluluğunca da böylece benimsendiğini belirtmiştir. Bu yüzden, *Kanun-i Esasi*’ye, egemenliğin kaynağının Allah ve malikinin de padişah olduğunu koymakta bir mahsur görülmediğini ifade etmiştir.¹²⁰ Bütün bu ifadelere bakarak, Birinci Meşrutiyet döneminin Osmanlı toplumuna yazılı bir anayasa kazandırmış olmasından başka, onun, siyâsî iktidarın meşruluğu konusundaki inancını değiştirme yolunda bir yenilik getirmedeğini söylemek mümkündür. Hatta bu anayasanın 11. maddesinde, devletin resmi dini olarak İslamiyet’in belirtilmiş olması ve padişahın halifelik sıfatına dokunulmayarak ayrıca, sadrazamla eşit statüde olarak dini işlerin yürütülmesinde şeyhülislamın görevlendirilmiş olması da, mevcut *meşruluk* inancının güçlendirilmesi amacına yönelik düzenlemeler olarak yorumlanabilir.

Aldıkaçtı’ya göre de, Anayasanın 5. maddesi, padişahın “mukaddes ve gayri mes’ul” olduğu kuralını koymakla, onun durumunu eskisine oranla daha da kuvvetlendirilmiş bulunmaktadır.¹²¹ Bununla birlikte, padişaha ve onun emrindeki yürütme organlarına tanınan bu geniş yetkilerde bir tehlikenin saklı bulunduğu yorumu yapılmıştır. II. Abdülhamit’in mutlakıyetçi eğilimi dolayısıyla kısa sürede bu tehlikenin gerçekleştiği ileri sürülerek, onun Meclis-i Mebusân’ı tatiliyle, hukuken yürürlükte kaldığı halde, 1876 Kanun-i Esasisinin fiilen uygulamadan kaldırılmış olması buna bağlanmıştır.¹²² Sonuç olarak, 1876 Anayasası ile hükümet sistemi olarak meşruti monarşi modeli benimsenmiş olmakla birlikte, bu Anayasanın henüz Batı örneklerine uygun bir meşruti monarşi kuramadığı da belirtilmelidir.¹²³

b. İkinci Meşrutiyet Dönemi

13 Şubat 1878 tarihinde Meclis-i Umumî’nin feshedilmesinden sonra II. Abdülhamit tarafından uygulanan mutlakıyetçi *otoriteye* karşı ülkede açık veya gizli bazı muhalefet grupları oluşmaya başlamıştır. Bunlardan en önemlisi 1892 yılında gizlice Askeri Tıp öğrencileri tarafından kurulan ve sonraları İttihat ve Terakki Partisi adını alan örgüttür. Nitekim bu örgütün giriştiği faaliyetler sonrasında 24 Temmuz 1908’de İkinci Meşrutiyet ilan edilmiştir.¹²⁴ Bununla

¹¹⁹ Kanun-i Esasinin 8. maddesinde yer alan “ekber evlâd” tabirinin ailenin en yaşlı erkek üyesi şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Aldıkaçtı, s. 57.

¹²⁰ Arsel, s. 24-25.

¹²¹ Aldıkaçtı, s. 57.

¹²² Abadan-Savcı, s. 42-43.

¹²³ Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 5.

¹²⁴ Teoman ERGÜL, *Anayasal Düzenimizin Geçirdiği Aşamalar*, Ankara 1981, s. 22.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

yürürlükte bulunduğu tekrarlanan 1876 *Kanun-i Esasi* hükümlerine göre yapılan seçimleri, bu tarihte parti haline dönüşmüş bulunan İttihat ve Terakki Fırkası büyük bir çoğunlukla kazanmış, Meclis-i Umumi yeniden açılmıştır.

Meclisin ilk toplantısında, padişah adına okunan açılış konuşmasına, meclis tarafından verilen cevapta, millî egemenliğin tek ve gerçek temsilcisinin Meclis olduğu belirtilmiştir. Meclisin, bu şekilde, toplumda *millî egemenlik* anlayışını yerleştirmek ve 1876 Anayasasını parlamenter rejime uygun hale getirmek arzusunda olmasına rağmen, ülkede Meclis dışında, mevcut düzenin muhafazasını isteyen ve bu yolda çaba gösteren bir düşünce de yeşermektedir. Bu görüş taraftarlarının yol açtığı olayları (31 Mart vakası) önlemek isteyen Harekât ordusu İstanbul'a yürüyerek II. Abdülhamid'i tahttan indirmiştir.¹²⁵ Bu gelişmeler üzerine, Meclis-i Mebusân tarafından 1909 yılında, meşrutiyet rejimini güvence altına almak, özellikle de hükümet karşısında meclisin durumunu güçlendirmek için, "demokratik parlamenter rejim doğrultusunda"¹²⁶ değişiklikler yapılmıştır.¹²⁷

Gerçekten de aslında birinci meşrutiyetle birlikte ilk defa olarak başlayan rejim mücadelesinin¹²⁸ II. Meşrutiyetin ilanından sonra yapılan bu değişikliklerle etkilerini göstermeye başladığı belirtilebilir. Çünkü ilk Türk devletlerinden itibaren egemenliğin ve iktidarın mutlak sahibi olarak mutlak yetkiler kullanan padişahın iktidarına ilk defa olarak ciddi sınırlamalar getirilmiş, hepsinden önemlisi ise, egemenliğin kullanılmasına artık milletin de ortak olacağı belirtilmiştir. Bu anayasa değişiklikleri (ki aslında buna yeni bir anayasa olarak bakmak daha doğrudur¹²⁹) önceki fermanlar ve Anayasanın kabulündeki ferman-anayasa devrini kapatmış ve millet ile padişah arasında yapılmış "iki taraflı bir yetki sözleşmesinin" sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü padişah artık tahta çıkarken Meclis-i Umumî önünde, "Kanun-i Esasi hükümlerine riayet edeceğine ve vatan ve millete sadakat göstereceğine dair" yemin edecektir.¹³⁰ Bunun anlamı ise, padişahın egemenlik haklarını artık kendi keyif ve arzusuna göre kullanma imkânından yoksun kalmasıdır. Her ne kadar, padişahın kişiliği yine kutsal ve sorumsuz sayılmış ise de (md. 5) Anayasa'da kendisine tanınan yetkileri bile artık istediği gibi kullanma imkânı kalmamıştır. Gerçi, egemenlik yine saltanat makamındadır. Ancak onun kullanılmasında artık

¹²⁵ Gözübüyük, s. 109.

¹²⁶ Özbudun, s. 5; Aynı görüş için bkz. Erdoğan, s. 36.

¹²⁷ Demir-Karatepe, s. 135-136.

¹²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aldıkaçtı, s. 48-49.

¹²⁹ Bkz. Aldıkaçtı, s. 70.

¹³⁰ Gözübüyük, s. 110.

milletin de ortaklığı söz konusudur.¹³¹ Böylece geleneksel *otorite* tipinden, hukuki *otoriteye* doğru bir yönelme söz konusudur.

Bununla birlikte, bu Anayasada da devletin teokratik yapısının muhafazasına ilişkin hükümler bulunduğu, bunun ise, bir geriye dönüş olduğu ileri sürülmektedir.¹³² Oysa kanaatimizce, Anayasada yer alan, padişahın “şer’i şerif hükümlerine riayet etmesi” (md. 3) ve “şeriat hükümlerini koruması” (md. 7) şeklindeki düzenlemeleri geriye dönüş olarak nitelendirmek imkânı bulunmamaktadır. Türklerin İslamiyet’i kabulünden itibaren sürekli olarak iktidarın meşruluğunu sağlayan dine bağlılığı ve onun hükümlerine göre hükmettiği inancı, burada da -hatta hukuki güvenceye kavuşturulmuş olarak- muhafaza edilmek suretiyle, yapılan yeniliklerin toplum tarafından kolayca benimsenebilmesini sağlamak amacıyla yani sosyal-siyasal açıdan *meşruluk* aracı olarak kullanılmış olduğu düşünülebilir. Abadan ve Savcı, meşrutiden parlamenter monarşiye bir geçiş olarak nitelendirdikleri bu değişikliklerde *halk egemenliği* düşüncesine bir eğilim sezilmekle birlikte, bunun, şekli ve yüzeysel kaldığı kanaatindedirler. Onlara göre, “padişah halifelik sıfatı ile İslam dininin hamiliği vasfını muhafaza etmiş, dini ve dünyevi idare düalizmi devam” etmiştir. Bu düalist bünyenin devlet hayatındaki en önemli etkisi Türk siyasetinin 1908 ile 1918 arasında bir yandan Türkçülük (milliyetçilik), diğer yandan Osmanlılık ve Müslümanlık cereyanları arasında bocalaması olmuştur.¹³³

Belirtmek gerekir ki, bu gelişmeler ülkede artık rejim üzerindeki temel anlaşmanın zayıfladığını, bu zamana kadar, büyük ölçüde rejim içerisinde iktidar sahibine karşı yapılan mücadelelerin, artık rejim üzerindeki mücadeleye dönüştüğünü göstermektedir.¹³⁴ Nitekim I. Dünya Savaşı’ndan sonra, ülkenin düşman işgaline uğraması üzerine, buna karşı takınılacak tavır konusunda

¹³¹ Demir-Karatepe, s. 136.

¹³² Bkz. Aldıkaçtı, s. 71.

¹³³ Abadan-Savcı, s. 46; Bu düşünce akımlarının neler olduğu, onlara yönelik eleştiriler, eleştirilere cevaplar ve ayrıntılı tartışmalar için bkz. Yusuf AKÇURA, *Üç Tarz-ı Siyaset*, Ankara 1976; Şerif MARDİN, *Türk Modernleşmesi*, 12. Baskı, İstanbul 2003, özellikle s. 81-103; Şerif Mardin, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, 4. Baskı, İstanbul 2003.

¹³⁴ İslamoğlu-İnan, bu mücadelenin meşruluğu adeta bir rejim haline dönüştürdüğü yorumunu yapmaktadır. Ona göre, Batıdan gelen hukukun üstünlüğü ilkesi temelinde oluşturulmaya çalışılan yeni *meşruluk* anlayışı karşısında, “İslami öğeler çerçevesinde tanımlanan defansif bir ideoloji halini almış” olan Osmanlı’nın geleneksel *meşruluk* anlayışının sürekli bir mücadele halinde olduğuna işaret etmektedir. Huri İSLAMOĞLU-İNAN, “Mukayeseli tarih yazını için bir öneri: Hukuk, mülkiyet, meşruiyet”, *Toplum ve Bilim*, Sayı 62, Yıl 1993 içinde, s. 19-31.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

başlayan görüş ayrılıkları bütün millî mücadele dönemi boyunca sürmüş, bu dönemde ülkede iki ayrı rejim, iki ayrı *meşruluk* inancı ve belirgin olarak iki ayrı iktidar oluşmuştur. Şimdi de bu döneme ayrı başlık altında bakmak gerekir.

C- MİLLÎ MÜCADELE DÖNEMİ

1- Meşrutiyet Rejiminin Sona Ermesi ve İstanbul Hükümetinin Tutumu

İkinci meşrutiyet döneminde, iktidar ve muhalefet ilişkileri, parlamenter rejimin kurallarına uygun olarak yürütülemedi. Bir ara muhalefetin güçlenmesiyle iktidardan uzaklaşan İttihat ve Terakki Partisi, 23 Ocak 1913 tarihinde Babıâli baskını ile devlet yönetimine tekrar el koymuş ve bundan sonra ülkeyi diktatörce¹³⁵ yönetmeye başlamıştır. Ancak 1918 yılında 1. Dünya savaşının yenilgiyle sonuçlanması üzerine, 27 Ekim'de Talat Paşa'nın sadrazamlıktan çekilmiş ve İttihat ve Terakki'nin artık otokratik niteliğe bürünmüş olan¹³⁶ yönetimi de sona ermiştir. Bundan kısa bir süre sonra Padişah Vahdettin, İttihat ve Terakki'den tümüyle kurtulmak ve daha rahat çalışabilmek için "zorunlu" siyasî sebeplerle Meclis-i Mebusân'ı dağıtmıştır.

Son olarak, 12 Ocak 1920'de toplanabilmiş olan Osmanlı Meclis-i Mebusân'ı, Anadolu'da Erzurum ve Sivas Kongrelerinde alınan, ülkenin bütünlüğü ve bağımsızlığına ilişkin kararlarını, "Misâk-ı Millî" adı altında kabul ettikten sonra¹³⁷ İstanbul'un işgali ve bazı üyelerinin tutuklanması üzerine çalışamaz hale geldiği için, 18 Mart 1920'de çalışmalarına süresiz olarak ara vermiştir. Padişah Vahdettin de bunun üzerine 11 Nisan'da Meclisi resmen tasfiye etmiştir. Böylece bir süredir yerleştirilmeye çalışılan parlamenter sistem fiilen ve hukuken sona ermiştir. Gözübüyük, bunu bizce de yerinde bir tespitle, iki sebebe dayandırmaktadır: "Bunlardan biri, parlamenter sisteme geçme çabalarının geniş halk kitlesine dayanmamış olması; diğeri de çökmekte olan bir imparatorluğun son günlerine rastlamış olmasıdır"¹³⁸

Ayrıca buradan bizi yakından ilgilendirecek bir başka sonuç daha çıkarılabilir. O da, bütün bu gelişmelerin Osmanlı toplumundaki *meşruluk* inancını henüz rejim değişikliğini gerektirecek ölçüde ve oranda değiştirememiş bulunmasıdır. Yani halk hala Osmanlı İmparatorluğu rejiminin meşruluğu konusunda (geleneksel değerlere dayalı) bir *temel anlaşmayı* belli oranda muhafaza etmekteydi. Bununla birlikte, ülkede, I. Dünya Savaşı'nın bitimini

¹³⁵ Özbudun, s. 6; Mümtaz SOYSAL, *Yüz Soruda Anayasanın Anlamı*, 6. Baskı, İstanbul 1986 s. 37.

¹³⁶ Aldıkaçtı, s. 74.

¹³⁷ Aldıkaçtı, s. 80.

¹³⁸ Gözübüyük, s. 110-111.

izleyen “mütakere” döneminde iki karşıt anlayışın -belki de sadece görünüşte - ortaya çıktığı bilinmektedir. Bunlardan biri İmparatorluğu Sevr anlaşması kuralları çerçevesinde devam ettirmek isteyen anlayış, diğeri ise, millî kurtuluşu sağlamak isteyen müdafaa-i hukuk anlayışıdır. Bu dönemde İstanbul hükümeti (ki açıklandığı üzere halk arasında büyük oranda hukuki ve siyasî meşruluğa sahip bulunmaktadır) görünürde, millî mücadele karşıtı bir politika izlemekteydi. Buna karşılık millî kuruluş hareketinin amacı ise, millî, bağımsız demokratik bir devlet kurmaktı.

2- Millî Mücadele Döneminde Anadolu’daki Gelişmeler ve Kurulan Hükümet

19 Mayıs 1919’da Mustafa Kemal’in Samsun’a çıkması, *millî egemenlik* ilkesine dayanan bağımsız bir devlet kurma çabasının ilk adımı olarak kabul edilmektedir. I. Dünya Savaşı’nda galip olan devletlerin ülkeyi işgale başlaması üzerine, başlayan mahalli direnme hareketleriyle bağımsızlığın elde edilemeyeceğinin anlaşılması üzerine, Mustafa Kemal, bu dağınık kuvvetleri örgütlemek üzere 3. Ordu Müfettişliği göreviyle Anadolu’ya geçmiştir. 19 Mayıs’ta Samsun’a gelen Mustafa Kemal, bir ay sonra Amasya’da yayınladığı tamimde, “milletin istiklalini, yine milletin azim ve kararı kurtaracaktır” ve “bunun için, her türlü tesir ve murakabeden azade bir millî heyetin teşkili lazımdır” derken,¹³⁹ “Hâkimiyeti Millîye müstenit bilâkaydüşart müstakil yeni bir Türk Devleti teşkil etmek” kararının¹⁴⁰ ilk işaretlerini de vermektedir. Ayrıca bu Tamimde Sivas’ta bir millî kongre toplanması da kararlaştırılmıştı.

Daha sonra, Doğu Anadolu illeri temsilcilerinin önceden kararlaştırdıkları ve Mustafa Kemal’in katılımıyla gerçekleştirdikleri Erzurum Kongresi’nde¹⁴¹ “İstanbul Hükümeti’nin görevini yapmadığı takdirde Millî Kongre veya Kongre toplantı halinde değilse, Heyet-i Temsiliye tarafından geçici hükümetin kurulacağı belirtilmiş ve Mustafa Kemal’in başkanlığında bir Heyet-i Temsiliye seçilmiştir.

Amasya Tamimi’nde kararlaştırıldığı üzere, bütün memleketin temsilcilerinin katılımıyla toplanan Sivas Kongresinde, ilk defa İstanbul Hükümetine açıkça cephe alınmıştır. “Bundan böyle *millî egemenlik* ilkesi gereğince hükümetlerin millî iradeye uymaları, binaenaleyh, hükümet merkezinin Meclis-i Millîyi toplantıya çağırması gerektiği” açıklanmıştır. Kongre dağılırken Sadrazam Ferit Paşa’ya “milletin padişahтан başka kimseye emniyeti kalmadığı, bir saat içinde çekilmediği takdirde Anadolu ile İstanbul’un arasında irtibatın kesileceği” bildirilmiş ve cevap alınamayınca da İstanbul ile

¹³⁹ Abadan-Savcı, s. 48-49.

¹⁴⁰ Aldıkaçtı, s. 78.

¹⁴¹ Abadan-Savcı, s. 49.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

iletişime son verilmiştir.¹⁴² Ayrıca, Sivas Kongresi'nde, yetkileri artırılan Heyet-i Temsiliye Mustafa Kemal'in başkanlığında 13 Eylülde bir toplantı yaparak, "padişah namına ve yürürlükte olan kanunlar çerçevesinde memleketin idaresini ele alan tek merci olduğunu" ilan etmiştir. Böylece devlet kudretini *de facto* eline alan Heyet-i Temsiliye, kongreden sonra Sivas'tan ayrılarak Ankara'yı merkez haline getirmiştir.¹⁴³

Bu arada İstanbul Hükümeti yeni seçimlerin yapılması kararını almıştır. Seçimlerden sonra İstanbul'da toplanan son Osmanlı Meclisi yukarıda da belirtildiği gibi, Millî Misak'ı kabul etmek suretiyle Anadolu'daki fiilî duruma destek ve *meşruluk* kazandırmak açısından tarihi bir görevi yerine getirdikten sonra çalışmalarına ara vermiş ve sonrasında resmen dağıtılmıştır.¹⁴⁴ İstanbul'un işgali ve meclisin dağıtılmasından sonra, Heyet-i Temsiliye, Erzurum ve Sivas Kongreleri kararlarına uygun olarak, milletin iradesini hakkıyla ve isabetle temsil ve millî mücadeleyi idare edecek yeni 'bir meclisin en kısa zamanda Ankara'da toplanması için gerekli tedbir ve kararları aldı. İstanbul'dan Anadolu'ya geçen kapatılan meclis üyeleri ve yürürlükte olan seçim kanununa göre her livadan yeni seçilen üyelere oluşan meclis 23 Nisan 1920'de Ankara'da Büyük Millet Meclisi olarak toplandı ve bu günden itibaren, Ülkedeki bütün siyasî ve hukuki gelişimin temeli ve kaynağı haline geldi.¹⁴⁵ Böylece, ülkede meşru İstanbul hükümetinin yanında, Anadolu'da yeni bir iktidar doğmakta ve son Osmanlı Meclis-i Mebusân'ın Misakı Milli kararı ve üyelerinin bir kısmının katılımı, diğerlerinin de yürürlükte olan kanuna göre seçilmiş olmaları bakımından daha başlangıçta hukuki meşruluğa sahip bulunmaktaydı.¹⁴⁶

3- Meclis Hükümeti ve 1921 Anayasası

a. Meclis Hükümetinin Oluşumu

Türkiye Büyük Millet Meclisi ilk toplantısından hemen sonra, Kanun-i Esasi'nin yürürlükte olup olmadığına değinmeksizin, sistemin esaslarını belirleyen kararlar almaya başlamıştır.¹⁴⁷ Alınan kararlardan biri de "İcra kuvveti teşkiline dair" karar olmuştur ve bunun üzerine meclis, kendi üyeleri arasından seçmek suretiyle bir icra vekilleri heyeti (yürütme kurulu) oluşturmuştur. Hazırladığı "Nisab-ı Müzakere Kanunu"nda ise "Hilâfet ve Saltanatın vatan ve milletin istihlas ve istiklalinden ibaret olan gayesinin" elde

¹⁴² Aldıkaçtı, s. 79.

¹⁴³ Abadan-Savcı, s. 50.

¹⁴⁴ Bkz. Yukarıda s. 42, dn. 66 civarı.

¹⁴⁵ Abadan-Savcı, s. 50.

¹⁴⁶ Bkz. Aldıkaçtı, s. 81.

¹⁴⁷ Erdoğan, s. 53.

edilmesine kadar toplanmaya devam edeceğini belirtmiştir.¹⁴⁸ İcra Vekilleri Heyeti seçilmesine rağmen bir devlet başkanlığı ya da başbakanlık makamının oluşturulmaması, saltanat ve hilafetin görünürdeki temsilcisi İstanbul hükümetinin halen meşru iktidar sahibi olduğunun kabul edildiği anlamına yorumlanabilir. Bu uygulama, aynı zamanda Ankara'daki hükümetin, saltanat ve hilafetin muhafazası sayesinde mevcut *meşruluk* inancından yararlanmak suretiyle toplum karşısında kendi iktidarını da meşru olarak göstermeyi amaçladığı izlenimini de doğurmaktadır.

Bu meclis, icra vekilleri heyetini seçmesinin yanında, Hiyanet-i Vataniye Kanunu'nu kabul etmek ve kendi üyeleri arasından İstiklal Mahkemelerini de kurmak suretiyle, tüm kuvvetleri (yasama, yürütme ve yargı) kendisinde toplayarak, tipik bir meclis hükümeti haline dönüşmüştür. Soysal, bu durumda, artık devlet içindeki yasama, yasalari yürütme ve yargılama yetkilerinin değişik ellere verilmesinden söz eden Montesquieu'cu bir dengelendirme çabasıyla değil, Rousseau'cu bir genel irade bütünlüğü ile karşı karşıya bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁹ Böylece bütün yetkileri kendisinde toplayan Meclis nihayet 20 Ocak 1921 tarihinde yeni bir anayasayı kabul etmiştir.

b. 1921 Anayasası ile Benimsenen Otorite Anlayışı

1921 Anayasası, Meclis Hükümetinin bu fiili durumunu hukukileştirdikten başka, 1909 Anayasa değişikliklerinin ve kendisinden önceki kanunların da halen yürürlükte olduğunu belirtmektedir.¹⁵⁰ Genellikle kabul edildiğine göre, bu anayasa ile artık *milli egemenlik* anlayışı temelinde yeni bir Türkiye Devleti kurulmaktadır.¹⁵¹ Her şeyden önce Anayasanın 1.maddesi egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu belirtmekle, 1909 Anayasasının egemenlik anlayışını tümüyle değiştirdiği gibi, Nisab-ı Müzakere Kanunu'ndaki Meclisin amacı olarak belirtilen “egemenliğe sahip bulunan saltanat ve hilafetin kurtarılmasına kadar toplanacağı” hüküm de görmezden gelinmektedir. Bu açıdan doktrinde, 1921 Anayasası sistemi içinde egemenliğe sahip bir saltanat makamından artık bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Yine, 2. madde ile yasama ve yürütme kuvvetlerinin milletin tek ve gerçek temsilcisi olan TBMM'de toplandığının belirtilmiş olmasının da, o zamana kadar yürütmenin başı olarak kabul edilen padişahın gereksizliğini kesin ve açık bir dille ifade

¹⁴⁸ Aldıkaçtı, s. 81.

¹⁴⁹ Soysal, s. 38.

¹⁵⁰ “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun kabulünden sonra hukuken 1909 Anayasası T.B.M.M.'nin kuruluşundan sonra 20 Ocak 1921 gününe kadar kabul edilen teşkilat kanunları yeni Türk Devletinin Anayasa Hukuku düzenini teşkil ediyorlardı.” Aldıkaçtı, s. 83-84.

¹⁵¹ Gözübüyük, s. 115; Demir-Karatepe, s. 140; Abadan-Savcı, s. 54; Atar'a göre, “1921 Anayasasının en önemli kuralı, “*milli egemenlik ilkesi*”dir.” Yavuz ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2002, s. 25.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

ettiği iddia edilmektedir. İşte bu iki maddenin varlığı ile artık Osmanlı İmparatorluğunun çöktüğü ve yeni bir anlayışla, yeni bir Türk Devletinin kurulmaya başlandığı ileri sürülmektedir.¹⁵² Sonraki gelişmeler de bu doğrultuda olmakla birlikte,¹⁵³ Anayasanın kabulü sırasında, Osmanlı Devletinin son bulduğu ve hilâfetin ortadan kaldırıldığının kabul edilmemesi, daha doğrusu açık bir dille ifade edilmemesi bilinçli bir yaklaşımın sonucudur. Yukarıda da açıklandığı üzere, yeni Türk Devletini kurmak ve siyasî iktidarı elde etmek arzusunda olanlar, *otoritelerinin* meşruiyetini topluma benimsetebilmek için Nisab-ı Müzakere Kanunu'ndaki hükmü koymuşlar, sonrasında da saltanata dokunmamayı politikalarını gerçekleştirebilmek açısından daha elverişli bulmuşlardır. Üstelik bu şekilde davranmakla, yani daha başlangıçta İstanbul Hükümetine ve Padişaha cephe almayarak, hatta saltanat ve hilâfeti kurtarmak amacıyla hareket edildiği izlenimini vererek toplumdaki mevcut geleneksel *meşruluk* inancından yararlandıkları gibi, pragmatist bir anlayışla, başlangıçta bizzat padişah ve İstanbul Hükümetinin yardım ve desteğini de elde edebilmişlerdir.¹⁵⁴ Nihayet, bu yardım ve desteğin sayesinde iktidarlarına

¹⁵² Bu konuda bkz. Demir-Karatepe, s. 140-141; Aldıkaçtı, s. 84; Arsel, s. 71-72.

¹⁵³ Nitekim, 30 Ekim ve 1-2 Kasım tarihlerinde alınan iki kararla, “Osmanlı İmparatorluğunun inkiraz bulunduğu” ve T.B.M.M.nin hukuka hakimiyet ve hükümranın mümessili hakikisi olduğu” ifade edilmiştir. Aldıkaçtı, s. 84; ayrıca İstanbul’un işgal tarihi olan 16. 03. 1920 tarihinden itibaren, Meclisin onayı dışında akt edilen ve edilecek olan sözleşme, imtiyaz, vs.nin yok sayıldığı hakkındaki 07. 06. 1920 tarihli kararı da bu çerçevededir. Abadan, s. 65.

¹⁵⁴ Hatta bazı tarihçiler Millî Mücadele kararının, bizzat Mustafa Kemal-Sultan Vahdettin anlaşması sonucu alındığını, bu anlaşmanın, bizzat Mustafa Kemal tarafından açıklandığını ve bu açıklamanın da Birinci B.M.M. zabıtlarında yer aldığını belirtmektedirler. Aynı tarihçiler, Sultan Vahdettin’in Mustafa Kemal’i Anadolu’daki direnişi örgütlemek ve başına geçmek üzere görevlendirdiğini ve İstanbul’un da bu harekete el altından ve bütün gücü ile yardım edip, iştirak edeceğini vaad ettiğini belirtmekle ve böyle davranmakla, gerçekte Millî Mücadeleye katılmak ve desteklemekle birlikte, İngiltere’nin şayet İstanbul Hükümeti Anadolu harekâtına karşı koyamayacak olursa” Millî Mücadele hareketini, sadece Yunanlılara bırakmayıp kendi askerleri ve kendi silahlarıyla dağıtacağı tehdit ve baskısı karşısında, bu ülkeyi işgalden uzaklaştırmak amacıyla, Millî Mücadeleye muhalif ve karşı tavır takınmayı kabul etmiş görünmektedir. Samiha AYVERDİ, *Türk Tarihinde Osmanlı Asırları C. 3*, 2.Baskı, İstanbul 1981, s. 190-191. Eğer dikkatli bir tahlilden geçirilecek olursa, bundan sonraki gelişmeler de bu görüşü destekler niteliktedir. Örn: İstanbul hükümetinin sözde Anadolu harekâtını bastırmak üzere hazırladığı *Kuvayı İnzibatıye* Ordularının, tüm silah, cephane ve ağırlıklarıyla Anadolu’ya geçtikten sonra, mücadele etmek yerine Millî kuvvetlere katılması, Mustafa Kemal’in askerlikten istifa etmesine rağmen Osmanlı Ordularının ona itaate

meşruluk sağladıktan ve *otoritelerini* güçlendirdikten ve daha önemlisi Millî Mücadele başarıya ulaştıktan sonra, yukarıda belirtilen amaçlarını gerçekleştirmek için harekete geçmişler, 1-2 Kasım 1922 tarihinde Osmanlı İmparatorluğu'nun son bulunduğu ilişkin karar almışlar, sonra sırasıyla, Anayasada yaptıkları değişikliklerle, 29 Ekim 1923'de Cumhuriyeti ilan etmişler, 3 Mart 1924'te hilâfeti kaldırmışlar ve nihayet 20 Nisan 1924'de yeni bir Anayasa yaparak, kurdukları yeni devletin temel esas ve ilkelerini ortaya koymuşlardır.

D- CUMHURİYET DÖNEMİ ANAYASALARINDA ÖNGÖRÜLEN YÖNETİM SİSTEMLERİ ve MEŞRULUK TEMELLERİ

1- Cumhuriyet'in İlanı

Yukarıda da işaret edildiği üzere, Cumhuriyet yeni bir anayasa yapılarak ilan edilmemiştir. Millî mücadeleyi yürüten Birinci T.B.M.M.'nin seçimlerin yenilenmesini kararlaştırarak 1 Nisan 1923'te dağılmasından sonra 11 Ağustos 1923'te ikinci meclis toplanmıştır. Bu meclis, ilk iş olarak Lozan anlaşmasını imzaladıktan (ve böylece ülkenin tek meşru iktidarı olduğunu içte ve dışta kabul ettirdikten) sonra 1921 Anayasası'nda değişiklik yapmak suretiyle 29 Ekim 1923'te Cumhuriyeti ilan etmiştir.¹⁵⁵ Yapılan değişikliklerde, yeni Türkiye Devletinin hükümet biçiminin Cumhuriyet olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın, meclis tarafından kendi üyeleri arasından seçileceği, Cumhurbaşkanı'nın yine meclis içinden başbakanı seçeceği, başbakanın da meclis üyeleri arasından bakanlar kurulunu oluşturduktan sonra, bunların Cumhurbaşkanı tarafından meclisin uygun bulmasına sunulacağı ve Cumhurbaşkanı'nın devletin başı olarak, gerek gördüğü hallerde Meclise ve Bakanlar Kuruluna başkanlık edebileceği kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasada yapılan bu değişikliklerle, meclis hükümeti sisteminden, parlamenter sisteme doğru bir yönelişin önemli adımları atılmış bulunmaktadır. Meclis, yapılan bu değişikliklerin kabulü ile birlikte (aynı gün) Cumhurbaşkanı'nın seçimine karar vermiş ve ilk Cumhurbaşkanı olarak Mustafa Kemal Paşa'yı seçmiştir.¹⁵⁶

2- 1924 Anayasası

Cumhuriyetin ilan edilmiş ve organlarından bir kısmının oluşturulmuş olmasına rağmen, henüz 1921 Anayasası düzeni ve geçirdiği değişiklikler

devam etmesi ve üstelik son Osmanlı Meclisi Mebusân'ının tüm tehlikelere karşın İstanbul'da toplanarak Misak-ı Milli'yi kabul etmesi, vb. hep yukarıdaki görüşü destekler mahiyettedir.

¹⁵⁵ Erdoğan, s. 59.

¹⁵⁶ Gözübüyük, s. 117-118.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

yürürlükte bulunmaktadır. Oysa İmparatorluk ve saltanat da kaldırıldığına göre, yeni devletin ihtiyaçlarını karşılayacak ve yönlendirecek yeni bir anayasanın yapılması zorunluluk arz etmektedir. Bu ihtiyaç dolayısıyla hazırlıklarına başlanmış olan Cumhuriyet döneminin ilk anayasası kurucu meclis tarafından değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından hazırlanmıştır.¹⁵⁷ Durumu kısaca özetlemek gerekirse şunu söyleyebiliriz. Buraya kadar Anadolu Hükümeti ya da Meclis Hükümeti olarak anılan (siyasî iktidarı, önce fiilî olarak ele geçiren, sonrasında Osmanlı İmparatorluğu kanunları çerçevesinde kullanarak bu *de facto* durumu meşrulaştıran ve parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran) yönetici kadro, kurduğu bu yeni devlet *otoritesinin* zaten sahip olduğu sosyo-politik meşruluğun hukukî çerçevesini de çizmek üzere bir anayasa hazırlıklarına girişmiştir.

Bu amaçla yapılmış olan 1924 Anayasası, temelde 1921 Anayasası'na da hâkim bulunan, Rousseau'nun, önce Fransız Devrimi'ne, oradan da ülkemize yansıyan *genel irade*, *millî irade* doktrininin bir ifadesi olarak, “güçler birliği” ilkesini ve “meclis hükümeti” sistemini yeniden benimsemiş bulunmaktadır.¹⁵⁸ Nitekim bu çerçevede, Anayasanın, 4. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu ve onun adına sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılacağı belirtilmiş, buna paralel olarak 5. maddesinde ise yasama ve yürütme kuvvetlerinin mecliste toplandığı ve ancak onun tarafından kullanılabileceği ifade edilmiştir. Ancak meclisin fiilî olarak, tüm ayrıntıları ile yürütme yetkisini kullanmasına imkân bulunmadığı öngörülerek, 7. maddede bu yetkinin, meclisin kendi içinden seçeceği bir Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği bir Bakanlar Kurulu aracılığıyla kullanılacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Doktrinde, bu düzenleme parlamenter rejimden unsurlar almış bir meclis hükümeti sistemi olarak nitelendirilmektedir.¹⁵⁹ Çünkü gerçekte bir yürütme organı mevcut değildir. Bir yürütme kuvveti vardır ve Büyük Millet Meclisinde bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu sadece bu yürütme kuvvetini kullanan “vasıta” “ajandır”lar.¹⁶⁰ Ayrıca 8. madde, her ne kadar yargı kuvvetinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlemişse de, meclisin görevleri arasında sayılan kanunları yorumlamak yetkisi, mahkemelerin takdir

¹⁵⁷ Gözübüyük, s. 119.

¹⁵⁸ Demir-Karatepe, s. 143; Erdoğan, s. 60.

¹⁵⁹ Aldıkaçtı, s. 89-93; Erdoğan, s. 61; Atar, s. 28.

¹⁶⁰ Aldıkaçtı, s. 89-90 (Buradaki “vasıta” “ajandır” ibaresi olduğu gibi alınmıştır. Aldıkaçtı ise bunu Tunaya'dan nakletmektedir: Tarık Zafer TUNAYA, “Reisicumhurun Hukukî ve Siyasî Durumu”, Cumhuriyet Gazetesi, 26 Ocak 1956; Lütfi DURAN, “Reisicumhurun Nutku ve İzah Usulü”, İÜHFİM 1950, C.XIV, Sayı1-2 içinde, s. 204).

yetkisini sınırlayıcı nitelikte olduğu gibi, meclis tahkikat komisyonlarının karar ve işlemleri de belirli durumlarda yargısal nitelik taşımaktadır.¹⁶¹ Çağdaş devletlerde bütünüyle bağımsız mahkemelerin yetki alanı içerisinde kalan bu işlevlerin de Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmesi, meclisi tek egemen ve üstün organ kabul eden meclis hükümeti sisteminin bir sonucudur. Bunun gibi, ayrıca kanun koyma konusunda meclisin yetkilerine açık sınırlar konulmaması, tabii hukuk anlayışından esinlenerek anayasada düzenlenen geniş kişi hak ve özgürlüklerini etkin kılacak ve koruyacak bir mekanizmanın geliştirilmemiş olması, anayasaya aykırılığın denetlenmesi için bir sistem kurulmamış olması, kanunların merkezden yönetim (merkeziyetçilik) esasının benimsenmiş olması, yasama organının tek meclisten oluşturulması ve meclisi fesih konusunda yine meclise yetki verilmiş olup, yürütmeye yetki tanınmamış olması gibi hususlar, meclisi tek egemen ve üstün organ durumuna getirmeyi ve böylece millet egemenliğini perçinlemeyi amaçlayan yaklaşımın sonucu olarak anayasaya girmişlerdir.¹⁶²

1924 Anayasası, böylece, *millî egemenlik* ilkesini gerçekleştirebilmek için meclis üstünlüğüne dayalı bir demokrasi düzeni kurmayı amaçlamıştır. Abadan ve Savcı tarafından “Bu demokrasi; siyasi iktidara, halktan ve halk gücünden başka hiç bir ilahî veya beşeri *otorite* ve makamın ortaklığını tanımayan ve devlet hayatı ile içtimaî yaşayışın her safhasını laik düşünceye dayatan bir demokrasi” olarak nitelendirilmiştir.¹⁶³

Burada, dikkatlerden kaçan, üzerinde fazla durulmayan, bizce çok önemli bir hususa işaret etmek gerekir. Bilindiği gibi, hilâfetin anayasanın kabulünden önce kaldırılmış olmasına ve Anayasanın kendisinin de, belirtildiği üzere, laik bir yapıda olmasına rağmen, Anayasa’da devletin dininin, İslâm olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. Yeni Anayasa’nın ana çizgileri açıklanan yapısal çerçevesinde bu hükme bir anlam verebilmek zordur. Doktrinde genellikle, günün şartlarının böyle yapılmasını gerektirdiği belirtilmekle birlikte, bu şartların neler olduğu ve böyle yapılmakla ne elde etmenin amaçlandığı genellikle açıklanmamıştır. Kanaatimizce, bunun *meşruluk* problemi ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Yukarıda çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere, bu anayasayı yapan iktidar, meşruluğunu, eskiden beri yerleşmiş geleneklere karşı çıkmaması, hatta uzun bir süre bunları destekler görünmesine bağlı olarak, Osmanlı toplumunda mevcut geleneksel *meşruluk* inancından almıştır. Bu inancın temelinde ise, iktidarın kaynağının ilahî olduğu fikri yatmaktaydı. İşte Anayasa’yı yapan gücün, ileride açıklanacağı gibi, toplumsal yapıda yapmayı düşündüğü köklü değişiklikleri topluma daha kolay benimsetebilmek amacıyla bu inancı bir süre daha muhafaza etmeyi uygun bulmuş olduğu ifade edilebilir.

¹⁶¹ Demir-Karatepe, s. 143.

¹⁶² Bkz. Demir-Karatepe, s. 143-144.

¹⁶³ Abadan-Savcı, s. 80.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

Aldıkaçtı'ya göre, demokrasi düzeninin doğal sonucu, fertlerin devlet faaliyetini düzenlemek yetkisine sahip olmaları, yani iktidar için çeşitli partilerin mücadele etmesi ve aynı zamanda karşılıklı saygı prensibi gereğince iktidarın, serbest seçimlerle meydana gelecek çoğunluk tarafından kullanılmasıdır. Oysa 1924 Anayasasının uygulandığı dönemde, 1924'ten 1945'e kadar gelinceye kadar çok kısa devreler dışında, tek parti sisteminin daha doğrusu fiilî bir otokratik rejimin ortaya çıktığı görülmektedir.¹⁶⁴

a. 1924 Anayasası'nın Uygulanmasında Tek Parti Dönemi

Atatürk, "toplumumuzun kalkınmasını, çağdaş uygarlık seviyesine erişmesini batı ilkelerini batı yöntemleri ile işlemeyi kabul"¹⁶⁵ de gördüğü için, bu doğrultuda bir seri devrim yapmak düşüncesindeydi ve *millî egemenlik* ilkesine kayıtsız şartsız bağlılıklarını ilan eden Atatürk ve arkadaşları için bu devrimleri yapmak zorunluydu. Fakat diğer yandan *millî egemenlik* ilkesinin gerçekleşme aracı olan seçimlerin genelliği ilkesinin uygulanması kendi geleceğini tayin etmek yetkisini eline alacak seçmenin devrimi nasıl karşılayacağı problemi onları endişelendirmekteydi. Nitekim Anayasa'nın kabulünden hemen sonra, bu Anayasa hükümlerine uygun olarak kurulan *Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası*'nın, demokrasi kuralları çerçevesinde kalsa bile, halktan alacağı destekle, yapılması düşünülen devrimleri engelleyebileceği düşünüldüğü için, doğuda çıkan Şeyh Sait isyanı bahane edilerek "Tahrîr-i Sükûn" kanunu çıkarılmış, sonrasında bu parti 1925 yılında kapatılmıştır.¹⁶⁶ Oysaki bu parti, genelde, cumhuriyet ilkesini, liberalizmi ve demokrasiyi benimsediğini programında açıklamış bulunmaktaydı.¹⁶⁷ İktidarın bu tutumu ise, yerleştirmek istediği demokrasiyi, henüz kendisinin tam olarak benimsememiş olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim bu partinin kapatılmasıyla birlikte, ülkemizde *otoriter rejim* de fiilen başlamış bulunmaktadır. Erdoğan'ın

¹⁶⁴ Aldıkaçtı, s. 94-95.

¹⁶⁵ Aldıkaçtı, s. 95.

¹⁶⁶ Bu partinin kurulması - kapatılması olayı ile o tarihte toplumdaki *meşruluk* inancı ve *otoritenin* niteliği arasında bir ilişki kurmak mümkündür. Çünkü Soysal'ın belirttiğine göre, Mustafa Kemal Paşa'nın yapmayı düşündüğü devrimleri benimsemeyenler, onunla "bozuşanlar", başta Rauf Bey, Kazım Karabekir Paşa, Adnan Bey ve Ali Fuat Paşa olmak üzere, bir araya geliyorlar ve padişahlığın, hele halifeliğin ortadan kaldırılmasına kadar varan gidişe karşı kendi tepkilerini yığımlara da aşlamaya çalışıyorlar. Soysal, s. 53 Yani oluşturulmaya çalışılan yeni rejimin *otorite* anlayışını benimsemediklerini en üst düzeyde ortaya koyuyorlar Bunun yanı sıra, toplumdaki birtakım başkaldırıların, karşı çıkımların varlığı da buna eklenince, ciddi bir meşruiyet problemi ile karşı karşıya bulunulduğu anlaşılıyor. Ancak iktidardaki partinin otokratik nitelikteki idaresi bu problemin bir *meşruluk* bunalımına dönüşmesini önüyor.

¹⁶⁷ Gözübüyük, s. 122-123.

ifadesiyle, “Anayasanın demokratik ruhuna rağmen, siyasal sürecin fiili işleyişi otoriter bir yönetimi işaret” etmekteydi.¹⁶⁸

Aldıkaçtı, otokratik rejimin başlamasından çok partili rejimin kurulmasına, hatta ilk defa serbest seçimler sonunda iktidarın devredildiği 1950’ye kadar geçen döneme vesayet dönemi denilebileceğini ifade etmektedir. Ona göre, memleket aydınlarından bir kısmını bünyesinde toplayan CHP adeta bir *vesayet rejimi* kurmuş, 1924 Anayasası’nın millete ait olduğunu açıkça ilan ettiği egemenliği kendisi kullanmıştır.¹⁶⁹

Bu dönem içerisinde Medeni Kanun’un kabul tarihi olan 1926’dan, Atatürk’ün ölümüne (1938) kadar, siyasî partilerin kurulmasında “serbestlik” sistemi kabul edilmiş bulunmakla birlikte, Fiilî bir otokratik rejimin mevcudiyeti bunu engellemiştir. Nitekim 1938 yılında kabul edilen “Cemiyetler Kanunu” ile de, siyasî partilerin kurulması iktidarın iznine bağlanmak suretiyle başka partilerin serbestçe kurulmalarına imkân verilmemektedir. İşte, önce fiilen sonra da hukuken başka partilerin kurulmasını engelleyen otokratik yönetim, tek partili iktidarı döneminde, başta laiklik ilkesini Anayasa temellerinden biri haline getirmek için yaptıkları olmak üzere¹⁷⁰, dilde, giyimde, hukukta birçok yenilikler getirmiş, devrimler yapmıştır.

Doğal olarak, yüzyıllardan gelen alışkanlık ve geleneklere sahip bir toplumun, bu alışkanlık ve gelenekleri ile bağdaşmayan, hatta bunlarla büyük ölçüde çatışan böylesine köklü devrimleri bir anda kolaylıkla kabul ettiği söylenemez. Ancak uygulanmakta olan otokratik yönetim, demokrasi düzeni içinde hukuki yollardan bir muhalefetin doğmasını engellediği gibi, hukuk dışı muhalefeti de şiddet ve baskı yöntemleriyle bastırmıştır. Bu şekilde, istediklerinin neredeyse tamamını, hiçbir karşıt düşünceye tahammül etmeksizin gerçekleştirmiş bulunan bu iktidarın, meşruluğu konusunda, bizzat *otoriteyi* ellerinde bulunduranların ciddi tereddütleri bulunduğu ifade edilebilir. Nitekim, Atatürk’ün topluma, çok partili rejime geçileceği mesajı vermek arzusuyla 1930 yılında Serbest Cumhuriyet Fırkası adlı siyasî partiyi kurdurmuş olması bu endişelerin ifadesi sayılabilir.¹⁷¹ Ancak, siyaset bilimi terminolojisinde “uydu

¹⁶⁸ Erdoğan, s. 66.

¹⁶⁹ Aldıkaçtı, s. 98.

¹⁷⁰ 3 Mart 1340 sy. Tevhîd-i Tedrisat Kn.; aynı tarihli ve 431 sy. Hilâfetin İlgasına Dair Kn.; 30 Kasım 1341 tarih ve 667 sy. Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine (kapatılmasına) ve Türbedarlıklar ve birtakım unvanların men ve ilgasına dair Kn.; 1924 Anayasasında yapılan değişiklikle “Türkiye Devletinin dini, Dini İslam’dır” cümlesinin Anayasadan çıkarılması ve nihayet 3 Şubat 1937 tr. ve 3115 sy. Kn. ile laiklik ilkesinin Anayasaya konulması bu amaçla yapılan devrimlerdir. Bkz. Aldıkaçtı, s. 100.

¹⁷¹ Soysal, bu ikinci çok partili siyasî hayat denemsinin temelinde, Mustafa Kemal’in rejime ve kendisine “sadık” bir muhalefet yaratmak ve uygulamadaki

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

parti” olarak isimlendirilen¹⁷² bu parti, iktidarın hukuken meşru olduğu imajının verilmesi ve faaliyetlerinin desteklenmesi amacıyla kurulmuş (daha doğru ifadeyle kurdurulmuş) olmasına ve üstelik programında laik düşünceye yandaş olduğunu, cumhuriyete bağlılığını belirtmiş olmasına rağmen, yapılan yeniliklere muhalif olanların da partide görev almaya başlamaları üzerine, aynı yıl içinde kendi kendisini kapatma kararı almıştır.

Bütün bu gelişmeler gösteriyor ki, toplumda bu dönemde siyasî iktidara karşı önemli bir muhalefet oluşmuştur ve dikkat edilecek olursa bu muhalefet sadece siyasî iktidarı kullanan partiye karşı değil, onun faaliyetlerine, yerleştirmeye çalıştığı anlayışa karşı çıkmaktadır. Yani toplumda bir meşruiyet problemi mevcut bulunmaktadır. Bunun en önemli göstergesi de, 1946 yılında, siyasî partilerin serbestçe kurulabilmesinin tekrar kabulü üzerine, kurulan muhalefet partilerinin, aynı yıl içinde oldukça şaibeli şekilde yapılan seçim sonrasında meclise küçümsenmeyecek sayıda milletvekili sokması¹⁷³ ve ardından, 1950 yılında yapılan ilk serbest seçimlerde Demokrat Parti'nin büyük bir çoğunluğun oylarını alarak iktidara gelmiş olmasıdır.

b. 1924 Anayasası'nın Uygulanmasında Çok Partili Dönem

Yukarıda değinildiği gibi, daha önce de çok partili sisteme geçiş denemeleri söz konusu olmakla birlikte 1950 serbest seçimlerinde iktidarın el değiştirdiği zamana kadar bu konuda başarı sağlanamamıştır. Aldıkaçtı, daha önceki iki denemede, muhalefetin çok büyük çoğunluğu ile Atatürk devrimlerine (başka bir ifadeyle, yerleştirilmek istenen rejimin önemli niteliklerine) karşı olanlardan oluşmuşken, bu sefer muhalif kitleye CHP'nin 1945 yılında 22 yılı bulan iktidarından memnun olmayanların da katılmasıyla, 1924 ve 1930'dan çok daha güçlü bir muhalefetin ortaya çıktığını savunmaktadır.¹⁷⁴ Bu tepkinin sonucu olarak, ilk defa 1950 serbest seçimleriyle işbaşına gelen Demokrat Parti (DP)'nin iktidarı sırasında, iktidar ve muhalefet ilişkilerinin sağlıklı kurulmadığı gözlenmektedir.¹⁷⁵ Aldıkaçtı, DP'nin iktidara geldikten sonra, iktidarı bırakmamak için tedbirler aramaya başladığını belirtmektedir.¹⁷⁶ Ancak,

aksaklıkları bu yoldan düzeltmek isteğinin bulunduğunu belirtmektedir. Soysal'a göre, “Ancak, bu ‘güdümlü muhalefetin’ çok daha köklü tepkiler (ki bu tepkiler rejimi yöneliktir) yüzünden kısa zamanda çığırından çıkacağını sezen ve 1930 Ağustos’unda kurdurduğu Serbest Cumhuriyet Fırkası’nı 1930 Kasım’ında (Yani sadece kuruluşundan üç ay sonra) feshettiren de yine Mustafa Kemal’in kendisi”dir. Soysal, s. 53.

¹⁷² Bkz, Kapani, s. 180.

¹⁷³ Bkz, Soysal, s. 56.

¹⁷⁴ Aldıkaçtı, s. 107-108.

¹⁷⁵ Soysal, s. 57.

¹⁷⁶ Aldıkaçtı, s. 114.

acaba bunu, içinde bulunulan şartlar çerçevesinde, bir ölçüde olağan karşılamak gerekmez mi? Çünkü bu partinin iktidara gelmesi, yukarıda açıklandığı gibi, toplumda mevcut -rejim konusundaki- derin görüş ayrılıklarının sonucunda gerçekleşen bir olgudur. Yürürlükteki Anayasa, seçim kanunu ve diğer hukuk normlarına uygun olarak tamamen meşru yollardan iktidara gelmeyi başaramış olmasına rağmen, bu partinin, temelde rejim muhalifi (demokrasi dışı, geleneksel) bir politikayı savunduğu ve iktidarını bu yolda kullanmak isteyeceği açıktır. Bu açıdan iktidara gelmelerini, kurmayı arzu ettiği rejimin sonu olarak gördüğü muhalefet partilerinin tekrar seçilmelerini önlemek amacıyla birtakım arayışlara girmesi kaçınılmazdı. Nitekim bu partinin, iktidara geldiğinde, “Atatürk Devriminin özüne dokunan ödümler vermeye ve doğrudan doğruya devrimler aleyhinde bir tutum izlemeye” başladığı, bunu da yetersiz görünce, “muhalefeti zayıflatmayı, seçim sisteminde iktidar lehinde değişiklikler yapmayı, memur ve hâkim sınıfını baskı altında tutmayı, muhaliflerini cezalandırmayı gayelerini gerçekleştirecek imkânlar olarak” uyguladığı belirtilmektedir. Aldıkaçtı’ya göre, “bütün bu seri tasarrufların hedefini teşkil eden gaye ve kullanılan yollar DP’nin gayri meşru duruma düşmesi ile sonuçlanmış” ve bu parti, 27 Mayıs 1960 günü devrimi gerçekleştiren güçler tarafından tasfiye edilmiş,¹⁷⁷ yöneticileri yargılanmış ve mahkûm edilmiştir.

Soysal’a göre de, eğer dış görünüşe bakılırsa Türkiye’yi 27 Mayıs’a götüren olaylar zinciri bunlardır. Yani DP iktidarının rejim değişikliğine doğru yönelen, yukarıda sayılan tedbir ve önlemleri ülkeyi rejim bunalımına sürüklemiştir. Gerçi, Demokrat Parti bunların birçoğunu bir kanun biçiminde, hatta sırf pozitif hukuk bakımından bakıldığında tamamen *meşru* bir zeminde yapmıştır. Bununla birlikte bu önlemlerin en son halkası olan “Muhalefetin ve bir kısım basın faaliyetleri hakkında tahkikat icra etmek” üzere, meclis tahkikat komisyonu kuran kararı ve “Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanun”un, 1924 Anayasası’na göre bile yargı organlarınca kullanılması gereken birtakım yetkileri yasama organına vermiş olması, “Anayasayı açıkça çiğneyen niteliğinden dolayı, iktidarın *meşruluk* temelini de sarsmış olmaktadır.” İşte, Soysal 27 Mayıs’ın bu duruma son vermek ile demokrasiyi yeniden kurmak için yapılmış bir hareket olarak görmektedir. Bununla birlikte aslında toplum yapısı ve Türkiye’deki rejimlerin genel çizgisi açısından bakıldığında daha derin bir anlamı içerdiğini de ifade etmektedir. Ona göre, “Çok partili siyasal hayat ve hele 14 Mayıs 1950’deki iktidar değişikliği, daha önceki dönemlerin en ağır basan gücü durumundaki

¹⁷⁷ Aldıkaçtı, s. 123; Ayrıca Aldıkaçtı, “bütün tasarrufların hedefini teşkil eden gaye”yi açıklarken, özellikle DP iktidarının laiklik karşıtı faaliyetlere karşı çıkmamış olması üzerinde durmakta ve “İşte, İhtilal, 27 Mayıs sabahı siyasî amaçlarla yapılan açıklamalara rağmen bu anlayışta olan fertlere ve onların meydana getirdiği kuvvete karşı yapılmıştı” demektedir. Bkz. Aldıkaçtı, s. 149-150.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

askerî ve sivil bürokrasiden gelme tabakayı ikinci plana itmiş, hatta bağlı duruma getirmiştir. Tanzimat'tan beri bütün yenileşme hareketlerine öncülük eden bu tabaka, bir anlamda kendi başlatmış sayılabileceği genel oy ve çok partili siyasal hayat evrimleri sonunda, toplumdaki iktidarı elinden kaçırmaktadır. Evrime öncülük edenler çok partili siyasal hayatın da bu yenileşme değerlerine uygun olarak silinip gideceğini, politik çekişmelerin bir yüzyıldır beslenen özlemler dışına çıkmadan, belki de onları daha iyi gerçekleştirecek şekilde devam edeceğini ummuşlardı. Oysa bir süre kurulmuş gibi gözükten bürokrasi-burjuvazi dengesi çabuk bozulmakta, dolaylı yollardan tutucu güçlerin desteğini de kazanmış olan burjuvazi yanı ağır basmaktadır. Bir bakıma 27 Mayıs bu ağır basışa karşı askerî ve sivil bürokrasinin, tepkisi sayılabilir.¹⁷⁸ Biz de Soysal'ın bu tespitlerine katılmaktayız. Hatta şunu da eklemeliyiz ki, DP iktidarına tepki gösterip, onu gayri meşru ilan eden bu grupta, CHP'nin tek parti iktidarı sırasında tüm rejim muhaliflerini tasfiye ederek, onlar yerine devlet askerî ve sivil bürokrasisine yerleştirdiği kimseler başı çekmektedir.¹⁷⁹

3- 1961 ve 1982 Anayasalarında Otorite Anlayışı Ve Meşruluk Temeli

a. 1961 Anayasası Sistemi ve Otorite Anlayışı

1961 Anayasası, 27 Mayıs harekâtından önce ülkede karşılaşılan rejim sorunlarına cevap vermek, demokrasi düzenini sağlam temellere oturtmak amacıyla, çağdaş anayasalardan da yararlanılarak yapılmıştır.¹⁸⁰ Böyle bir ortamda, yani rejim üzerindeki temel anlaşmanın iyice zayıflamış olması nedeniyle yönetime el konulmuş olduğu bir dönemde, doğal olarak, yapılacak yeni anayasanın ortadan kalkmaya yüz tutmuş temel anlaşmayı yeniden tesis edecek, bunun için de toplumdaki hâkim güçlerin taleplerini dikkate alacak, dengelendirecek bir anayasa olması beklenmektedir.

Ancak, daha başlangıçta, 1950-1960 yılları arasındaki iktidarı gayri meşru kabul edilerek Demokrat Parti'nin tasfiye edilmesi ve Kurucu Mecliste diğer partilerin temsiline imkân sağlanması (ki ihtilalden sonra kamuoyunu temsil edebilecek sadece Cumhuriyet Halk Partisi ve Cumhuriyetçi Köylü Partisi kaldığından, Temsilciler Meclisi'ne de sadece bu iki partiden temsilci

¹⁷⁸ Soysal, s. 63-64.

¹⁷⁹ Nitekim Aldıkaçtı, bu tek parti dönemi hakkında, “totaliter rejimin etkileri(nin), bütün batı memleketlerinde olduğu gibi ve hatta onlardan daha fazla memleketimizde” görüldüğünü, “18 Haziran 1936'da Hükümet ve Parti(nin) birleştirilmiş (olduğunu) ve Dahiliye Bakanı(nın) CHP Genel Sekreterliği görevini yapmaya” başladığını belirtmektedir. Aldıkaçtı, s. 106.

¹⁸⁰ Bkz. Gözübüyük, s. 131.

seçilmiştir), yapılacak anayasanın, seçmenlerin büyük bölümünün desteklediği bir zihniyeti içermeyeceği, hatta buna cephe alacağı izlenimini vermektedir.¹⁸¹

Gerçi, Temsilciler Meclisi'nde belirtilen siyasî partiler dışında, illerin, baroların, gençlik kuruluşlarının, eski Muharipler Birliğinin, basın, esnaf kuruluşlarının, işçi sendikalarının, sanayi ve ticaret odalarının, öğretmen kuruluşları, tarım kuruluşları, üniversite ve yargı organları gibi çeşitli kuruluşların temsilcileri yer almaktadır. Ancak, bu Meclis genel oya dayanan bir seçimle kurulmuş olmadığı gibi, Devlet Başkanı ve Millî Birlik Komitesi'nce doğrudan seçilen üyeler de Temsilciler Meclisi'nde yer almaktadır. Ayrıca, zaten Kurucu Meclis içerisinde Millî Birlik Komitesi'nin, Temsilciler Meclisi'ne oranla daha geniş yetkileri bulunmaktadır.¹⁸²

İşte, böyle bir yapıya sahip olan Kurucu Meclis tarafından yapılan Anayasa, 9 Temmuz 1961'de halkoyuna sunulurken kabul edilmiş ve uygulamaya geçirilmiştir. Burada hemen belirtilmelidir ki, bir ihtilal döneminde, halkoyuna sunulmuş Anayasaya, ihtilalcilerin her türlü psikolojik baskı ve sindirmeci tavrına rağmen % 38,5 gibi hiç de azımsanamayacak sayıda ret oyu verilmiş olması, bu Anayasanın toplumun beklentilerine yeterince cevap veremediği anlamına gelmektedir.¹⁸³ 1961 Anayasasının yapılmasında, 1950-1960 döneminde ortaya çıkan tüm problemler, niteliği ne olursa olsun hukuk sisteminin yetersizliğine bağlanarak bir anayasa problemi olarak görülmüş ve her birine Anayasa içinde çözüm aranmıştır. Bu nedenle 1961 Anayasası, 1924 Anayasasına oranla daha uzun ve ayrıntılı bir anayasa olmuştur.

Şimdi de, bu Anayasa'nın siyasî *otorite* anlayışına ilişkin getirdiği yeniliklere kısaca bakmak yerinde olacaktır. Her şeyden önce, 1924 Anayasasında, devletin niteliklerinden sayılan “milliyetçi devlet” kavramı, bu sefer 1961 Anayasasında yer almamış, buna karşılık Türk milliyetçiliğinden ve millî devletten söz edilmiştir. Gözübüyük'e göre, “Osmanlı İmparatorluğu'ndan sonra yeni bir Türkiye Devleti'nin kuruluşunda, “ulusal devlet” ilkesinin benimsenmesi, bir yandan ulus egemenliğini kurma, diğer yandan da teokratik devlet anlayışını yıkma çabasının bir sonucudur. 1961 Anayasasında devletin

¹⁸¹ Nitekim Aldıkaçtı'ya göre de, “Kurucu Mecliste ... Atatürk Devrimlerine ve demokratik rejimin faziletine inanan hareket taraftarları büyük çoğunlukta” olduğundan “bu çoğunluğun 1961 Anayasasına devrimci bir karakter verecek ve yeni Anayasamız Atatürk Devrimleri ve demokratik rejim temelleri üstüne oturtulacaktır” Aldıkaçtı, s. 155.

¹⁸² Gözübüyük, s. 127-128.

¹⁸³ “temsil eksikliğinin anayasanın meşruluğu bakımından çıkarabileceği sakıncaları önlemek için ... metnin bir de halk oylamasına sunulması öngörülmüştür. Böylece, anayasanın ulusa yukarıdan lütfedilmiş bir metin olarak kalması önleneyecek ve ulusça benimsenip benimsenmediğinin belirsiz kalmasından kaçınılmış olacaktır.” Soysal, s. 68.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

niteliği olarak ulusçuluğa yer verilmemesinin nedeni ise İkinci Dünya Savaşı sırasında, ulusçuluk anlayışındaki değişme ve hayalci bir Turancılığa yönelme kuşkusu olmuştur.”¹⁸⁴

Yine, 1924’te olduğu gibi, “Türkiye Devleti’nin bir cumhuriyet” olduğunu belirtmiş olan 1961 Anayasası, ayrıca “egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milleti’ne ait” olduğu esasını da tekrar benimsemiş bulunmaktadır. Ancak 1924 Anayasası’na göre, bu egemenlik hakkını teorik olarak yalnız T.B.M.M. (1945’e kadar uygulamada da fiilen vesayetçi CHP iktidarı kullanmıştır) kullanabildiği halde, 1961 Anayasası’nda *milletin, egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle* kullanacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylece T.B.M.M. teorik olarak da egemenliği kullanan tek organ olmaktan çıkarılarak, ancak onu kullanan organlardan bir tanesi haline getirilmiştir.¹⁸⁵

Ayrıca, 1961 Anayasası, tek parti döneminde ve sonrasında yaşanan tecrübelerle dayanarak, siyasi partileri “demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları” olarak görmüş olmasına rağmen, onların tüzüklerinin, programlarının ve faaliyetlerinin, insan hak ve özgürlüklerine dayanan laik cumhuriyet ilkesi ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmezliği temel esaslarına uygun olmak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Bunlara uymayan partilerin temelli kapatılacağını belirtmiş olmakla, bu defa işi daha başından sıkı tutmayı tercih etmiştir.

1924 Anayasasında yer almayan *hukuk devleti* ilkesi, 1961 Anayasasının temel ilkelerinden biri haline getirilmiştir. Vatandaşlara, devlet karşısında hukuk güvenliği sağlayan bu ilke, aynı zamanda *devlet otoritesini hukukla bağlamakta, siyasi iktidarın hukuki meşruluğunu sağlamada temel taşlarından biri* olarak düşünülmüş olmaktadır. Yine 1924 Anayasası’ndan farklı olarak, bu anayasada hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi araçlarından olan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi esası getirilmiş ve bu amaçla Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Ayrıca yine bu çerçevede olmak üzere, 1961 Anayasası’nda temel hak ve özgürlükler ayrıntılı olarak düzenlenmiş, bunların sınırlanabileceğini kabul etmekle birlikte, özlerine dokunulamayacağı kuralını getirmiştir. 1924 Anayasası’nda yer alan (daha doğrusu eklenen) laiklik ilkesini de aynen kabul eden bu Anayasa ile getirilen yeni kavramlardan birisi de sosyal devlet kavramıdır.

1961 Anayasası, 1924 Anayasası’nda oldukça önemli bir yere sahip olan “kuvvetler birliği” esasından ayrılarak, parti disiplini ile çalışan bir parlamenter sisteme uygun düşebilecek bir “yumuşak güçler ayrılığı” esasını benimsemiştir. Benimsenen bu kuvvetler ayrılığı, yasama-yürütme ikiliği ile yargı organı

¹⁸⁴ Gözübüyük, s. 131; Soysal, s. 81-83.

¹⁸⁵ Gözübüyük, s. 132; Soysal, s. 69.

arasındaki ayrım temeline dayanmaktadır.¹⁸⁶ 1961 Anayasası böylece tam bir parlamenter sistem getirmeyi amaçlamakla birlikte, hala yürütmeyi yasamanın türevi olmaktan kurtaramamış, onu başlı başına bir yetki olarak kabul etmeyerek, yasamadan kaynaklanan bir görev olarak nitelendirmiştir.¹⁸⁷

Bu genel çerçeve içinde 1961 Anayasası'nın bir başka özelliği daha göze çarpmaktadır. Bu ise parlamentonun, *millî egemenliği* kullanan tek organ olmaktan çıkarılıp, sistem içerisinde başka güçlerle dengelendiği gibi, ayrıca kendi içinde de tek parçalı, tek gövdeli bir kuvvet olmaktan çıkarılmış olmasıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, artık iki meclisten kurulu bir parlamentodur. Böylece tek meclisli bir parlamento çoğunluğunun yasama gücüne de bir fren konulmuş olmaktadır. Yasama süreci uzatılmakta, çoğunluğun sınırsız, hızlı ve ezici bütünlüğü engellenmektedir.¹⁸⁸ 1924 Anayasasında olduğu gibi 1961 Anayasasında da yine “egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milleti'ne ait olduğu” belirtilmiş olmakla birlikte 1961 Anayasası, bu egemenliğin, sadece T.B.M.M. tarafından değil, “Anayasanın koyduğu esaslara” uygun olarak “yetkili organlar eliyle” kullanılacağını hükme bağlamıştır. Bu yaklaşımıyla, egemenliğin kullanılmasında *millî iradenin* payını azaltmış, milletin egemenliğini kullanmasına, genel oydan çıkmayan yeni ortaklar (Meclisçe seçilen Cumhurbaşkanı ve üyelerini onun atadığı Anayasa Mahkemesi gibi) getirmiştir.¹⁸⁹ Bununla birlikte, anayasada “egemenliğin kullanılmasının hiçbir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmayacağı” ve “hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanmayacağı” açıklanmaktadır. Bununla, eskiden olduğu gibi egemenliğin kullanılmasının tek bir kişi veya hanedan ya da belirli bir zümrenin tekelinde olmadığı vurgulanmakta ve tüm “yetkilerin anayasadan kaynaklandığı” ifade edilmek suretiyle de, *hukuki otorite anlayışı* yerleştirilmek istenmektedir.

Demir-Karatepe, “anayasanın koyduğu esaslar” deyimini yorumlarken, “esasen, anayasaların millet iradesinin yazılı (veya yazılı olmayan) ifade şekli olduğu” görüşünden hareketle, bunun “millet iradesinin koyduğu esaslar” demek olduğunu belirtmekle¹⁹⁰ siyasî iktidarın meşruluğunu yine *millî iradeye* dayandırmaya çalışmaktadırlar. Oysa Anayasa'daki egemenliğin kullanılmasına ilişkin hükümler, Anayasa'yı hazırlayan kurucu meclisin tam olarak temsili nitelik taşımadığı iddiaları ile birlikte dikkate alınacak olursa, 1961 Anayasasının sistemine uygun olarak elde edilecek ve kullanılacak bir siyasî iktidarın *meşruluk kaynağının* tamamen *yapısal* nitelik taşıyacağı, Weber'in

¹⁸⁶ Soysal, s. 90-91.

¹⁸⁷ Gözübüyük, s. 133.

¹⁸⁸ Soysal, s. 91.

¹⁸⁹ Soysal, s. 89-90.

¹⁹⁰ Demir-Karatepe, s. 149-150.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

tipolojisi açısından *hukukî otorite* tipine dâhil bir *otorite* anlayışını temsil edeceği ileri sürülebilir.

1961 Anayasası, 1950-1960 arasındaki dönemin siyasî hayatına yönelik bir tepki niteliğinde olarak, “demokrasi dışına çıkacak iktidarları frenlemek bakımından o anayasadaki [1924 Anayasası] eksiklikleri gidermek amacını güden bir düşünce” ile yapılmıştı.¹⁹¹ Bu yüzden iktidarın kullanılmasını anayasada belirtilen çeşitli organlar arasında bölüştürdüğü gibi, bu organlardan siyasî nitelikte olan yasama ve yürütme organlarının yetkilerinde de önemli ölçüde sınırlamaya gitmişti. Bu açıdan anayasanın uygulanması sırasında, çift meclisli yasama organı rahat çalışmamış, seçim sisteminin de etkisiyle istikrarlı hükümetler kurulamamış ve sistemde siyasî tikanlıklar ortaya çıkmıştır. Bu tikanlıkların suçu Anayasaya yüklendiği için, ilki 1969 yılında, sonuncusu da 1974 yılında olmak üzere bir dizi anayasa değişikliği yapılmıştır.¹⁹² Ancak yapılan bu yeni düzenlemeler de, anayasadaki güçler ayrılığının güçler çatışmasına dönüşmesini önlemek için yeterli olmamış, üstelik “anayasanın üstünlüğü” ilkesi, hükümetlerin kısa ömürlü ve istikrarsız olması, dolayısıyla *otoritenin* güçlü olmaması nedeniyle yerini “anarşi ve terörün üstünlüğü” ilkesine bırakmıştır. Bu olumsuz gelişmeler ise ülkeyi 12 Eylül müdahalesine ve peşinden, yeni bir anlayışla hazırlanan¹⁹³ 1982 Anayasasına getirmiştir.

b. 1982 Anayasası’ndaki Otorite Anlayışı

Belirtilmelidir ki, 1982 Anayasası, yeni bir anayasa olmakla birlikte, 1961 Anayasası’ndan bütünüyle farklı da değildir. Onunla aynı siyasî rejimi benimsemiş, büyük oranda paralel hükümlerden oluşmuştur. O nedenle biz burada sadece onun *otorite* anlayışındaki farklılaşmayı incelemekle yetineceğiz.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın uygulandığı döneme tepki niteliğinde olmasına rağmen, 1961 Anayasası’ndan *siyasî iktidarın meşruluğu açısından da önemli bir farklılık içermemektedir*. Öncelikle iki anayasanın benzer noktalarına kısaca bakacak olursak; şu benzerliklere işaret edebiliriz.¹⁹⁴ İlk olarak her iki Anayasa da olağanüstü olayların ardından gelen olağanüstü dönemlerin ürünüdürler. İkinci olarak, yapılış tarzları da birbirine benzemektedir. İkisi de halkoyundan çıkmamış bir kurucu meclis tarafından

¹⁹¹ Soysal, s. 69.

¹⁹² Önemli olarak, özgürlüklerin sınırlanmasında, genel sınırlama ilkesi kabul edilmiş, yürütmenin kanun hükmünde kararname çıkarması kabul edilmiştir. Diğer değişikliklerin neler olduğu konusunda bkz. Gözübüyük, s. 134-136.

¹⁹³ 1982 Anayasasının yapılmasına ilişkin süreç hakkında bilgi için bkz. Bülent TANÖR – Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 29-38.

¹⁹⁴ 1961 ve 1982 Anayasalarının yapım süreçlerine ilişkin ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. Atar, s. 38-39.

yapılıp, halkoyuna sunularak kabul edilmiştir. Üçüncü olarak, her iki anayasa sistematikleri açısından da oldukça benzemektedirler. Her ikisi de aslında bir anayasa konusu olmayacak konular da dâhil olmak üzere çok kapsamlı ve geniş düzenlemelere girişmişlerdir.¹⁹⁵ 1961 ve 1982 Anayasalarının benzer noktaları özetle bunlar olmakla birlikte, aralarında *otorite* anlayışları bakımından göz ardı edilemeyecek farkların bulunduğu da belirtilmelidir.

Bir defa, her iki anayasa da tepki anayasası olmasına rağmen, farklı şeylere tepki gösterdikleri için benimsedikleri, oluşturmaya çalıştıkları *otorite* anlayışı da farklı olmuştur. Kısaca ifade etmek gerekirse, 1961 Anayasası hürriyet-*otorite* dengesinde, hürriyetleri üstün tutarak siyâsî iktidara önemli sınırlamalar getirmiş iken, 1982 Anayasası, bu anlayışa tepki niteliğinde olduğundan tercihini “*otorite*” lehinde kullanmıştır. Bu açıdan, “1982 Anayasası *otorite* beklentisinin yanıtı olan, her şeyden önce *otoriteyi* vurgulayan bir anayasadır.”¹⁹⁶ 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, yasamadan türemiş bir “görev” olmasının yanı sıra, aynı zamanda “yetki” niteliği tanıdığı yürütmeyi, yürütme organı içerisinde de Cumhurbaşkanını güçlendirmekle birlikte, sadece bununla yetinmemiş, ayrıca bunu, yani yürütmenin güçlendirilmesini, biraz da yasamanın işler hale getirilmesiyle sağlamak istemiştir. Bu amaçla, kanunlaştırma sürecini kısaltmış, yasama organını tek meclise indirmiş ve dönemi uzatarak, parlamento çoğunluğuna dayalı hükümetlere daha uzun bir çalışma süresinin tanınması vs. gibi değişiklikler yapmıştır.

1982 Anayasası, yürütmenin güçlendirilmesi, dolayısıyla devlet *otoritesinin* güçlendirilmesi için getirdiği değişiklikleri, 1961 Anayasası’nda 1971 değişikliklerine kadar oldukça geniş olarak düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlükler aleyhine yapmıştır. Yani yukarıda da belirtildiği gibi, hürriyet-*otorite* dengesini açık olarak *otorite* lehine bozmuştur. Soysal, anayasanın bu yaklaşımını, “bireye karşı devleti egemen kılan, yürütmeyi güçlendiren, yasamanın iş görmesini kolaylaştıran, özgürlüklerin sınırlandırılmasında daha dar ölçütler getiren bir yaklaşım” olarak nitelendirmiştir. Ona göre, çeşitli amaçlar için kullanılması düşünülebilecek böyle bir yaklaşım, 1982 Anayasası’nda, toplumda bozulan huzuru geri getirmek, bir anlamda, bireyi öbür hakların ve özgürlüklerin başlangıç noktası olan yaşama hakkına yeniden kavuşturmak amacıyla kullanılmıştır.¹⁹⁷

Ancak, 1982 Anayasası bütün bu güçlü *otorite* yaratma çabasının yanında, 1961 Anayasası’nda olduğu gibi, yine egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğunu belirtmekle, bunun ancak anayasada belirtilen organlar aracılığıyla kullanılacağını ve kullanılmasını, hiç bir surette belli kişi, zümre veya sınıfa bırakılmayacağını düzenlemiş olmakla, ayrıca devletin, demokratik,

¹⁹⁵ Soysal, s. 168.

¹⁹⁶ Soysal, s. 168

¹⁹⁷ Soysal, s. 398

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu benimsemiş olmakla, yine hukuk devleti ilkesinin gerçekleşme araçlarını, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini, yürütmenin hukuka bağlılığını, insan haklarına saygılı devlet esasını kabul etmiş ve olağanüstü dönemler hariç olmakla birlikte, yürütmenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetimini kabul etmiş olmakla, siyasî iktidarın 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi, sınırları oldukça iyi çizilmiş bir hukuk çerçevesine oturtmaya çalışmaktadır. Yani güçlü yetkilerle donatılmış bir hukuki *otorite* tipi oluşturmaya çaba göstermektedir.

Ancak, belki sadece bir imkân olarak bu anayasa, güçlü yürütmeyi arzuladığı ve bu açıdan siyasî iktidara geniş imkânlar verdiği için liderlerin kişisel niteliklerine dayalı karizmatik bir *otorite* ipinin doğumuna da elverişlidir denilebilir. Nitekim anayasanın yürürlüğünden sonraki ilk genel seçimlerde işbaşına gelen partinin (seçim sisteminin de yardımıyla) 1987 seçimlerinde tekrar büyük bir çoğunlukla iktidara gelebilmiş olması Anayasanın *otorite* anlayışına dayalı olarak açıklanabilir. Zira anayasadaki düzenlemeler nedeniyle fazla engelle karşılaşmadıkları için (önceki) iktidarlara süresince programlarını rahatlıkla uygulayabilmiş olmaları, bu kadronun toplum nezdinde güvenilirliğini arttırmış, bu güven ise onların *otoriteleri* için destek sağlamalarına, dolayısıyla tekrar seçilmelerine yardım etmiştir. Günümüzde yine benzer bir durumun iktidardaki parti ile yaşandığını söyleyebiliriz. Bugün de, gerek bir önceki dönem ve eski siyasetçilere tepki oyları, gerekse seçim sisteminin yardımıyla büyük bir çoğunlukla iktidara gelmiş olan siyasal partinin liderinin (haksız bir mahkûmiyete uğramış olduğu kanaati ile) halk tarafından bir demokrasi ve insan hakları mağduru olarak algılanması, seçimlere oy olarak yansımalarının ötesinde, bu parti iktidarına liderinin kişisel niteliği dolayısıyla hukuki *meşruluk*tan öte bir *meşruluk* sağladığı iddia edilebilir.

SONUÇ

Buraya kadar ana çizgileriyle ortaya koymaya çalıştığımız Türk devletlerindeki meşruluk inanışlarını farklı tarihsel dönem ve sosyolojik gelişmelere göre özetlemek istersek aşağıdaki tespitleri yapabiliriz.

1. Türklerin İslamiyet'i kabulünden önce kurmuş olduğu devletlerde *eski Türk gelenekleri ve din anlayışının* kaynaşmasıyla oluşan bir *meşruluk* inancı var olmuştur. Bu dönem Türk devletlerinin hepsinde siyasî iktidarın çağdaş tasnifler içerisinde *geleneksel otorite* tipine dâhil edilebileceği yani *meşruluk* kaynağının ideolojik olduğu söylenebilir.

2. İslamiyet'ten sonra kurulan Türk Devletlerinde de, eski Türk din anlayışının yerine İslamiyet'in *otorite* anlayışı geçmekle birlikte, bu değişim ve dönüşüm, Türk devletlerindeki iktidar yapısının, *meşruluk* kaynağı açısından yapılan kategoriler içerisindeki yerini değiştirmemiş ve fakat iktidarın *meşruluk* temellerini güçlendirmiştir. Yani, Türk-İslam Devletlerinde, artık, siyasî

iktidarın *meşruluk* kaynağı hem *yerleşmiş eski Türk gelenekleri ve hem de İslamiyet'in topluma aşıladığı meşruluk inancıdır*.

3. Osmanlı İmparatorluğu bu temel yapı üzerine inşa edilmiş ve küçük bir beylikten büyük bir imparatorluk haline gelirken¹⁹⁸ hep bu inancı muhafaza etmiş, zaman zaman devlet *otoritesini* güçlendirmek açısından eski Türk geleneklerini ön plana çıkarmaya çalışmış olmakla beraber, İslamiyet'in sağladığı *teokratik meşruluk* anlayışından da hiçbir zaman vazgeçmemiştir. Hatta Osmanlı hükümdarları halifelik sıfatını da üzerlerine almak suretiyle *otoritelerini* manevi açıdan da güçlendirmek yolunda özel çaba harcamışlardır. Özetle, Osmanlı İmparatorluğu'nda, kuruluşundan İkinci Meşrutiyet'e gelinceye kadar, siyasî iktidar meşruluğunu sürekli olarak *eski Türk gelenekleri ve İlahî iradenin temsilcisi olmasından* almıştır. Bu nedenle, İkinci Meşrutiyet'e gelinceye kadar, sürekli aynı kaynaktan beslenen *meşruluk* inançlarına dayanan (eski Türk Devletleri de dahil olmak üzere) siyasî iktidarlar bir kaç taht kavgası dışında önemli bir *meşruiyet bunalımı* ile karşılaşmadıkları için iktidarlarını yüzyıllar boyunca rahatlıkla sürdürebilmişlerdir. Yani bütün bu devletlerin siyasî rejimi, *meşruti monarşinin*, sonrasında ise Cumhuriyetin ilanı ile *demokratik rejimin* kabulüne kadar hep *teokratik temele dayalı otoriter bir rejim* olarak varlığını sürdürebilme başarısını göstermiştir.

4. Ülkede, Avrupa'da ortaya çıkan Aydınlanma hareketleri ve Fransız devriminin etkileri hissedilmeye başlanmasıyla birlikte rejim bunalımlarının ortaya çıkmaya başladığını gözlüyoruz. Bunun üzerine siyasî iktidarı hukuk kurallarıyla sınırlandırma düşüncesi bazı aydınların zihinlerinde belirmiştir. Bu yoldaki çabaların ilki, Ayanlar ile Hükümdar arasında 1808 yılında imzalanan Sened-i İttifak ile somutlaştırılmıştır. Daha sonra ise, 1839 tarihinden itibaren daha yoğun çabaları da beraberinde getiren Tanzimat Dönemi başlamış, 1839 Tanzimat Fermanı'ndan sonra 1845, 1856 ve 1861 yıllarında benzer nitelikte fermanlar kabul edilmiştir. Ancak bütün bu fermanlar, bu dönemlerde batılı ülkelerde görüldüğü gibi bir tepki ve mücadele sonucu ortaya çıkan belgeler olmadıklarından hükümdarın bir ihsanı şeklinde nitelendirilmişlerdir. Bu yüzden de iktidarın *kaynağı ve meşruluğu* konusunda toplumdaki inancı değiştirebilme konusunda başarıya ulaşamamışlardır. Bunun üzerine, ortaya çıkan huzursuzlukların da artmasıyla birlikte, 1376 yılında ülkemizin *ilk yazılı anayasası* kabul edilmiş ve böylece *meşruti monarşiye* geçiş konusunda önemli bir adım atılmıştır. Bununla beraber, bu anayasada henüz egemenliğin kaynağını ve iktidarın *meşruluk* temellerini değiştirme konusunda bir yenilik getirebilmiş değildir.

¹⁹⁸ Osmanlı'nın küçük bir beylikten büyük bir imparatorluk haline gelişindeki rol oynayan dinamikleri anlamak açısından Ümit Hassan'ın çalışması dikkate değerdir. Ümit HASSAN, *Osmanlı: Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye*, 3. Baskı, İstanbul 2002.

Tarih Boyunca Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri

5. Ülkemizde, siyasî iktidarın sınırlandırılması yolundaki çabalar ilk defa olarak İkinci Meşrutiyet döneminde yapılan anayasa değişiklikleri ile olabilmıştır. Gerçi bu dönemde de egemenlik saltanat makamında bırakılmaktadır. Ancak, onun kullanılmasında artık milletin de ortaklığı söz konusu olmuştur. İşte ilk olarak bu düzenlemeler ile *geleneksel otorite tipinden hukuki otorite tipine doğru bir yönelmenin* varlığından bahsetmek mümkün hale gelmiştir.

6. Nitekim bütün bu gelişmeler, ülkede rejim üzerindeki temel anlaşmada çatlamlar meydana getirmiş ve I. Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle memleketin düşman işgaline uğramasından sonra, İstanbul Hükümeti ve Anadolu'da oluşturulan fiilî Hükümet arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının etkisiyle iki ayrı rejim anlayışı ve iki ayrı *meşruluk* inancı fiilen oluşmaya başlamıştır. Bunlardan ilki, eski siyasî sistemin muhafazasından yana olan ve İstanbul Hükümeti'nin tek meşru iktidar olduğuna inananların dâhil olduğu anlayış, diğeri ise Anadolu'da işgale karşı baş gösteren direnişi örgütlemek amacıyla Anadolu'ya geçtikten sonra, Osmanlı İmparatorluğu'na son vererek yeni bir Türk Devleti kurmak düşüncesinde olan Mustafa Kemal ve arkadaşlarının anlayışıdır. Bu ikinci görüş taraftarları, başlangıçta "hilâfet ve saltanatın kurtarılması amacıyla hareket edildiği izlenimini vermek suretiyle iktidarlarına *meşruluk* sağladıktan sonra, *millî egemenlik* ilkesini yerleştirmek için oldukça önemli çabalara girişmişlerdir. Bu amaçla, Amasya Tamimi yayınlanmış, Erzurum'da bir kongre toplanmış, bütün bölgelerin temsilcilerinin katılımıyla toplanan Sivas Kongresi'nde ilk defa İstanbul Hükümeti'ne açıkça cephe alınmış, onun "millî irade"ye uyması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca seçilen Heyet-i Temsiliye "padişah namına ve yürürlükte olan kanunlar çerçevesinde memleketin idaresini ele alan tek mercii olduğunu" ilan etmiştir. Yine Sivas Kongresi'nde, ileride "olağanüstü yetkileri haiz" bir meclisin toplanması da kararlaştırılmıştır. İşte olağanüstü yetkilere sahip olarak 23 Nisan 1920'de toplanan TBMM icra vekilleri seçmek, Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nu kabul etmek ve kendi üyeleri arasından İstiklal Mahkemeleri'ni de kurmak suretiyle tüm siyasî iktidarı (yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini) kendisinde toplayarak tipik bir *meclis hükümeti* haline dönüşmüştür. Böylece artık *egemenliğin kaynağının millet olduğu* ve onu temsilcileri eliyle kullanacağı şeklindeki *millî egemenlik* ilkesi fiiliyata geçirilmiş bulunmaktadır.

7. Meclis, 1921 yılında yaptığı bir anayasa ile bu fiilî durumunu hukukileştirdikten başka, millet egemenliğine dayalı yeni Türk Devletinin temellerini de atmıştır. Gerçekten de 1921 Anayasası'nın sınırları içerisinde artık egemenliğe sahip bir saltanat makamından bahsedilemeyeceği açıktır. Özellikle, yasama ve yürütme kuvvetlerinin milletin tek ve gerçek temsilcisi kabul edilen TBMM'nde toplandığının belirtilmesiyle o zamana kadar yürütmenin başı olarak kabul edilen padişahın gereksizliği de açık olarak ortaya konulmuş bulunmaktadır. Hatta sonraki gelişmeler de bu tezi destekler nitelikte olmakla beraber, bunun Anayasa'da o zaman, açık bir dille ifade edilmemiş

olması ve üstelik bir devlet başkanlığı makamının oluşturulmasından da kaçınılmış olması, siyasî iktidar sahiplerinin toplumdaki mevcut *meşruluk* inancından bir süre daha yararlanmak arzusunun taşıdıklarının göstergesi olarak yorumlanabilir.

8. Nitekim Millî Mücadele'nin başarıya ulaşmasıyla birlikte Mustafa Kemal ve arkadaşları yeni Türk Devletini kurma yolundaki çabalarını yoğunlaştırmışlar, sırasıyla Osmanlı İmparatorluğunun son bulduğuna dair kararı almışlar, Cumhuriyeti ilan etmişler ve son olarak da 3 Mart 1924'de hilafeti kaldırarak amaçlarına büyük ölçüde ulaşmışlardır. Bütün bu değişiklikler 1921 Anayasası'nın boyutlarını aştığı için yeni bir anayasa ihtiyacı belirmiş ve bu amaçla 1924 Anayasası yapılmıştır. 1924 Anayasası "egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait" olduğunu belirtmek suretiyle artık bütünüyle *millî egemenlik* ilkesini gerçekleştirmek için meclis üstünlüğüne dayalı bir demokrasi düzeni kurmayı amaçlamakla birlikte devletin dininin İslam olduğuna dair bir hüküm de içermiştir. Kanaatimizce anayasaya böyle bir hüküm konulmakla, hala toplumda mevcudiyetini kuvvetli bir şekilde hissettiren *meşruluk* inancından hiç değilse, düşünülen devrimler yapılan kadar yararlanılmak istenmiştir. Nitekim 1924 Anayasası'nın uygulanmasında ortaya çıkan tek parti döneminde, başta laiklik olmak üzere yapılan devrimler ve buna karşı halkta oluşan tepkiler, rejimin meşruluğunu benimsetebilmek için ülkede 1946'ya kadar *otoriter* bir rejimin uygulanmasını gerektirmiştir. Siyasî iktidar sahiplerinde çok partili demokratik bir düzene geçme arzusu olmasına rağmen bu, 1950 serbest seçimlerine gelinceye kadar hayata geçirilememiştir. Bunun da temelinde, toplumdaki *egemenlik anlayışının* ve bağlı olarak *meşruluk inancının* kolay değişmemesi yatmıştır.

9. Toplumda hala eski düzen taraftarlarının yoğun olarak mevcudiyeti, yerleştirilmek istenen rejime muhalif kalanların azımsanmayacak çoğunlukta bulunması, millî egemenliğe dayalı demokrasi düzenine geçişi 1961 Anayasası sonrasına ertelemiştir denilebilir. Çünkü 1950 seçimlerinde, iktidara gelen siyasî partinin yeni rejim aleyhindeki çabalarının destek görmesi ve sonraki seçimleri de kazanarak iktidarını diğer partiler aleyhine kullanmaya başlaması, ülkeyi yeni bir rejim bunalımı ile karşı karşıya bırakmış ve yeni rejim taraftarlarının etkisiyle 27 Mayıs müdahalesi gerçekleştirilerek 1961 Anayasası yapılmıştır. 1961 Anayasası da Millî Mücadele'nin başlangıcından itibaren yerleştirilmek istenen ve 1924 Anayasası'nda mutlak olarak ifadesini bulan *millî egemenlik* ilkesini tekrarlamış görünmektedir. Ancak, anayasa 1960 öncesi döneme tepki niteliğinde olarak siyasî iktidara oldukça dar sınırlar çizdiği için artık bu anayasa çerçevesi içinde egemenliğin gerçekten de millette olduğunu söylemek imkânsızlaşmıştır. Çünkü egemenliğin kullanılmasına, seçimle gelmeyen dolayısıyla milleti temsil etme yetkisini haiz olmayan organlar ortak edildiği gibi, bizzat Anayasa ve kanunlar ile de iktidarın kullanımına çok ciddi sınırlar çizilmiştir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini de içeren böyle bir sistemde artık Rousseau'cu anlamda bir "millî egemenlik" anlayışının

Tarih Boyunca Siyasî İktidarın Meşruluk Temelleri

egemen olduğunu söylemek güçleşmiştir. Bu nedenle artık “egemenlik milletindir” sözüyle sadece siyasî iktidarın kaynağının halkta olduğu ifade edilmek istenmiştir. Laiklik ilkesi de anayasanın temel ilkelerinden olduğu için siyasî iktidarın *meşruluk* kaynağı artık sadece *yapısal* bir görünüm almıştır. Yani artık anayasanın temel yapısı ile ülkede hukuki *otorite* tipi hâkim kılınmıştır. Ancak *meşruluk* konusundaki bütün bu çabalara rağmen belki de, hala toplumda rejim konusunda varlığını sürdüren farklı ideolojik yaklaşımlar ülkeyi bir anarşi ve terör ortamına sürüklemiş ve demokrasi kuralları çerçevesinde bu soruna bir çözüm bulunamadığı için 12 Eylül 1980 müdahalesiyle yeni bir anayasa hazırlıklarına girişilmiştir.

10. 1982 yılında bir halk oylaması sonucu yürürlüğe konulan yeni Anayasa, benimsenen siyasî rejim, iktidarın kaynağı vb. konularda 1961 Anayasası'nın belirtilen sistemi dışına fazla çıkamamıştır. Ancak 1961 Anayasası ile siyasî iktidarın güçsüz kılındığı kanaati ile hazırlandığından, yürütmeyi yasamanın türevi olmaktan kurtarmakla işe başlayarak, yürütme organını ve bu organ içerisinde de Cumhurbaşkanını güçlendirme konusunda özel çaba sarf etmiştir. Bu anayasada da yine *egemenlik milletindir* formülü benimsenmekle birlikte bunun kullanılmasında yine millet iradesinden kaynaklanmayan organlara ortaklık tanınmıştır. Üstelik laiklik ilkesi de aynen korunmuş olduğu için, *iktidarın meşruluğu konusunda yine hukuktan* başka kaynak gösterilmemiştir. Yani artık rejimin temel kuruluşu ile onun dayandığı hukuk düzeninin meşru olarak benimsenmesi, bu kuruluş ve düzen içerisinde hukuken belirtilmiş yollardan iktidara gelenlerin iktidarlarını yine hukuken belirtilmiş sınırlar içinde kullananların *otoritelerini* geçerli kılmaktadır. Kısaca, toplumda anayasanın saygınlığı, onun koyduğu kurallar çerçevesinde siyasî fonksiyonları yerine getirenlerin verecekleri kararlara *meşruluk* damgasını vurmak için yeterli hale gelmiştir. Başka bir manevi ya da ideolojik kaynak söz konusu edilmemiştir.

Son bir tespit olarak şunu söyleyebiliriz: Bütün Türk tarihi boyunca, İkinci Meşrutiyet'e, hatta Cumhuriyete gelinceye kadar egemenliğin kaynağının Tanrı'da olduğu ve siyasî iktidarın onun adına bu hakkı kullandığı inancı, iktidarların meşruluğunu sağlamış ve yüzyıllar boyu rejim konusunda bir sıkıntı ile karşılaşmamıştır. Bununla birlikte İkinci Meşrutiyet ile başlayıp, 1921 ve özellikle 1924 Anayasası ile egemenliğin kaynağının yeryüzünde olduğunun anlayışının yerleştirilmek istenmesi ve bunun 1961 ve 1982 Anayasalarında da muhafaza edilmesi iktidarın meşruluğu konusundaki manevî desteği tamamen ortadan kaldırmıştır. Bu kısa sayılabilecek süre içerisinde *meşruluk* konusunda ciddi bir takım sosyal, siyasal sorunlar doğmuş ve kurulmak istenen rejim iki buçuk defa kesintiye uğramıştır.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DAVANIN TARAFLARINDA DEĞİŞME

Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA*

GİRİŞ

İdari bir dava açıldıktan sonra, gerçek kişinin ölmesi, tüzel kişiliğin sona ermesi, dava konusunun bir üçüncü kişiye devredilmesi gibi çeşitli nedenlerle davanın taraflarında¹ değişme söz konusu olabilir.

İdari yargılama usulünde davanın taraflarında meydana gelen değişme konusu, Cumhuriyet döneminin temel kanunlarından biri olan ve aynı zamanda idari uyuşmazlıkların çözüm usulünü de gösteren 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nun² 43. maddesinde, “esnayı muhakemede veya badelhüküm efrattan olan tarafın vefatı veyahut zat ve sıfatca tebeddülü halinde Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu ahkâmı tatbik olunur” şeklinde düzenlenmiştir. Ardından konu, 669 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun³ 53. maddesinde hüküm altına alınmıştır: “Muhakeme esnasında veya karardan sonra ferdlerden olan tarafın ölümü veya zat ve sıfatça değişiklik vukuu halinde usule aid kanunların umumi hükümleri tatbik olunur” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi her iki kanunda da konu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan atıfla çözümlenmiştir. Ancak 3546 sayılı Kanunun 53. maddesi bir süre sonra 4904 sayılı Kanunla⁴ değiştirilerek, davanın taraflarında meydana gelen değişme konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan atıf kaldırılmış ve yalnız öleni ilgilendiren dava dilekçelerinin

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ Taraf, bir davada kendi adına hukuki koruma isteyen (davacı) ve kendisine karşı hukuki koruma istenen (davalı)dır. **Alangoya**, H. Yavuz – **Yıldırım**, M. Kâmil – **Yıldırım**, Nevhis Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004, s. 121. **Aynı yönde bkz. Pekcanitez**, Hakan – **Atalay**, Oğuz – **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 157.

² RG. 7.12.1925, sy. 238.

³ RG. 30.12.1938, sy. 4098.

⁴ RG. 1.6.1946, sy. 6322.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

iptal edileceği hükmü getirilmiştir: “Yargılama sırasında ölüm ve herhangi bir sebeple davacının kişiliğinde veya niteliğinde değişiklik olur ise davayı kovuşturma hakkı kendisine geçen kimsenin doğrudan doğruya veya tebliğ üzerine Danıştaya başvurmasına kadar dava dosyası saklı tutulur. Şu kadar ki münhasıran öleni ilgilendiren dava dilekçesi iptal edilir”. Konu, 1961 Anayasası döneminde çıkartılan ve 3546 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun⁵ 93. maddesinde bugünküne benzer bir şekilde yer almıştır.

İdari yargıda açılan bir davanın görülmesi sırasında, davanın taraflarında meydana gelen değişme ve bu nedenle yapılacak işlemler, bugün için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK)⁶ 26. maddesinde ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kanunu’nun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada esas itibarıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndaki hüküm incelenecek ve zaman zaman konuyla ilgili AYİM kararlarına da yer verilecektir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun, 26. maddesi “tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik” başlığını taşımaktadır. Burada geçen “kişilik değişikliği” deyimi, ölüm veya tüzel kişiliğin son bulması gibi kişiliğin sona ermesi hallerini ve medeni hakları kullanma ehliyetinin kaybedilmesi veya sınırlandırılmasını ifade etmektedir. “Nitelik değişikliği” deyimi ise, davayı takip yetkisi bakımından ortaya çıkabilecek değişiklikleri anlatmaktadır⁷. 26. madde şu düzenlemeyi içermektedir:

1. Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik ve niteliğinde⁸ değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar, **dosyanın işlemde kaldırılmasına** ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

2. Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir.

3. Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar **dava dosyası işlemde kaldırılır** ve varsa

⁵ RG. 31.12.1964, sy. 11896.

⁶ RG. 20.1.1982, sy. 17580.

⁷ **Yenice**, Kâzım – **Esin**, Yüksel, Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 563.

⁸ “Nitelik sözcüğünün medeni yargılama usulündeki ‘sıfat’ deyimine karşılık olarak kullanıldığı sanısındayız ... davacının niteliğini (davacılık sıfatını) kaldıran bir değişikliğin ortaya çıkması da, davacı sıfatını kazanan yeni süjenin başvurmasına kadar dosyanın işlemde kaldırılması sonucunu doğurur”. **Esin**, Yüksel, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, Ankara 1976, s. 287-288.

yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemde kaldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, **davanın açılmamış sayılmasına** karar verilir.

4. Dosyaların işlemde kaldırılmasına ve davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar diğer tarafa tebliğ edilir.

Madde hem ilk derecede görülen davalarda hem de kanun yollarına başvurulması aşamasında uygulanır⁹. Örneğin, idare aleyhine sonuçlanan bir dava üzerine idare tarafından kanun yollarına başvurulmuş ve karşı tarafta yer alan gerçek kişi bu başvuru sonuçlanmadan ölmüşse, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına kanun yoluna bakan mahkeme tarafından karar verilmesi gerekir¹⁰. Nitekim *Danıştay* içtihatlarına göre, dava aşamasında veya kanun yolları (temyiz)¹¹, karar

⁹ **Yenice – Esin**, s. 567, 572.

¹⁰ “Kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçe, karşı tarafı teşkil edenlerden ikisinin gösterilen adresten ayrılmış olmaları, diğer birinin de ölmüş olması nedeniyle tebliğ edilememiştir. Düzeltme isteminde bulunanın, adresleri bilinmeyenler hakkında 7201 sayılı Tebligat Kanununun 28. maddesi uyarınca ilan tebligat isteminde bulununcaya, öte yandan ölenin mirasçıları hakkında takip yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına” karar verilmiştir. DDDK, E. 73/397, K. 75/50, KT. 14.2.1975, **Yenice – Esin**, s. 567, dn. 682.

¹¹ Bkz. DVDDGK, E. 87/34, K. 87/29, KT. 18.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 127-128. **Karşı oya göre**, “Söz konusu hüküm, davanın ilk derecede görülmesi sırasında uyulmasını öngördüğü usul kurallarını düzenleyen Kanunun ‘Genel Esaslar’ başlıklı Birinci bölümünde yer almıştır. Kararlara karşı başvuru yollarını düzenleyen Üçüncü Bölümün temyiz incelemesine ilişkin maddelerinde bu esasların temyiz safhasında da uygulanacağını gösteren bir hüküm mevcut değildir. Davanın ilk derecede incelenmesi ile temyiz incelemesi arasındaki farklılıklar, bu hükümlere temyiz incelemeleri sırasında da uyulmasını olanaksız kılmaktadır. Bu nedenle söz konusu maddenin **kararın temyizi safhasında** temyiz merciince aynen uygulanmasının zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanunda temyiz istemli dosyanın işlemde kaldırılmasının usul ve sonuçları hakkında herhangi bir hüküm de bulunmadığından, bu kararlar üzerine kararı veren mahkemeye ait bulunan dava dosyasının nerede ve ne kadar bekletileceği yenileme talebinde bulunulmazsa dosyanın süresiz olarak temyiz merciinde mi kalacağı, temyize konu olan kararın varlığını muhafazaya devam mı edeceği, yoksa 26 ncı maddede yürütmenin durdurulması kararları için öngördüğü gibi ‘kendiliğinden hükümsüz’ mü kalacağı soruları cevapsız kalmaktadır. 26 ncı madde hükmü ile cevaplandırılması mümkün olmayan bu ve benzeri sorular, konunun Kanunun yapısı ve anlamı ile Anayasanın 141 inci maddesinde ‘davaların en az giderler ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir’ biçiminde ifadesini bulan ilke de gözönünde tutularak, her olayın özelliğine göre içtihatlarla çözümlenmesini gerektirmektedir”; D10D, E. 96/9461, K. 98/6773, KT. 17.12.1998, Karar Yayınlanmamıştır. **Karşı oya göre**, “... Yasada temyiz aşamasında ölen kişileri ilgilendiren davalarda ne yolda işlem yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. / Kamu düzenine ilişkin bulunan usul hükümlerinin, hakkında hüküm bulunmayan hususlarda kıyasen uygulanması mümkün

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

düzeltilme¹² gibi) aşamasında, örneğin davacının ölümü halinde, davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin başvurmasına kadar veya idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dava dosyası işlemde kaldırılır.

Madde hükmünde de görüleceği üzere mahkemeler, açılan davada taraf ehliyetinin kalmaması üzerine dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verir. Bu itibarla, örneğin, davacının davayı açtıktan sonra ölmesi ve bu olaydan mahkemenin haberdar olmaması üzerine uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi “usul hükümlerine uyulmamış olunması” sebebiyle kararın bozulmasını gerektirir¹³. Çünkü tarafların kişilik veya niteliğinde meydana gelen değişiklik nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir.

Davanın taraflarında meydana gelen değişme konusunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesi ve doktrinin yapmış olduğu şekilde¹⁴ şu başlıklar altında inceleyebiliriz:

olmadığından, olaya 2577 sayılı Yasanın 26 ncı maddenin 2. fıkrasının uygulanmak suretiyle dilekçenin iptaline karar verilmek üzere temyize konu hükmün bozulması (uygun değildir)”.

¹² Bkz. DVDDGK, E. 94/211, K. 94/276, KT. 30.9.1994, Karar Yayınlanmamıştır. **Karşı oya göre**, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun **26. maddesi hükmü**, yeri ve lafzı itibariyle **uyuşmazlıkların ancak dava safhasında uygulanabilir bir niteliğe sahiptir**. Bu hükmü göre, dava açtıktan sonra, ancak karardan önce davacının ölümü halinde, davayı takip hakkı kendine geçen başvurmadıkça, davası görülemeyecek, söz konusu dava taraflar yönünden hiçbir hukuki sonuç doğurmayacak demektir. Bu makul ve yerindedir. Dava karara bağlandıktan, hatta temyiz incelenmesinden geçtikten sonra, **karar düzeltilmesi safhasında**, idarenin mirasçılar tesbit ile davayı takibine kadar dosyanın işlemde kaldırılması, başlamış olan yargılamanın, tarafların hukukunu etkileyen yargı kararlarına rağmen, belirsiz bir süre ertelenmesi anlamına gelecek bir karara varılmasını kanuna uygun saymak mümkün değildir. Bu safhada mahkemenin görevi, tebligat yapılabilecek kişileri re'sen arayıp bulmak ve uyuşmazlığı sonuçlandırmak olmalıdır”.

¹³ Bkz. D12D, E. 95/6327, K. 97/1072, KT. 14.5.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 790-792; D5D, E. 48/340, K. 48/486, KT. 26.3.1948, DKD, 1948, sy. 40, s. 151-152. **Aksi yönde bkz.** “Davalı idarenin temyiz dilekçesinde, davacı ...'ın karar tarihinden [28.9.1993] önce 19.9.1993 tarihinde vefat ettiği ve mirasçıları tarafından bir başvuru olmadığından kararın usul yönünden bozulması gerektiği iddia edilmekte ise de; temyiz edilen karar ile ilgili dosyanın incelenmesinden; Davacı ...'ın 19.9.1993 tarihinde vefat ettiğinin temyiz aşamasında davalı idare tarafından öne sürülmesi üzerine bu aşamada ... mirasçısı ... tarafından Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna hitaben yazılan 28.3.1994 tarihli dilekçe ile davanın devamı yönünde irade beyan edilerek, davayı takip ettikleri bildirildiğinden davalı idarenin bu yöndeki iddiaları yerinde görülmeyle işin esasına geçildi”. DİDDGK, E. 94/25, K. 94/296, KT. 3.6.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 131.

¹⁴ Bkz. **Gözübüyük**, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara 2004, s. 386-391; **Gözübüyük**, A. Şeref – **Tan**, Turgut, İdare Hukuku – İdari Yargılama Hukuku, c. 2, Ankara 2003, s. 846-852; **Gözübüyük**, A. Şeref – **Diñçer**, Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2001, s. 666-677.

I. GERÇEK KİŞİNİN ÖLMESİ

Medeni haklardan yararlanma (hak) ehliyeti bulunan her gerçek kişinin davada **taraf ehliyeti** vardır (MK. m. 8). Gerçek kişiler için taraf ehliyeti, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar (MK. m. 28/1). Gerçek kişilerin kişiliği ve dolayısıyla medeni haklardan yararlanma (hak) ehliyeti ölümle sona erer (MK. m. 28/1). Ölüm, gerçek kişide “kişilikle” ilgili bir değişiklik meydana getirir¹⁵. Dava devam ederken, medeni haklardan yararlanma ehliyeti ölümle sona eren gerçek kişinin “**taraf ehliyeti**” de son bulur. Bu nedenle, artık, davaya ölen tarafa karşı veya onun tarafından devam edilmesine olanak yoktur¹⁶.

Miras, murisin ölümüyle açılır (MK. m. 575). Yani mirasçıların miras hakkı bu andan itibaren doğar ve yasal güvence altına girer. Mirasçılar, murisin ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen durumlar saklı kalmak kaydıyla mirasçılar, murisin aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve murisin borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar (MK. m. 599/1-2). Dava, hak deyiminin kapsamı içinde değerlendirilir ve dava hakkı da diğer haklar gibi mirasçılara geçer. Buna karşılık davanın konusu olan hakkın niteliği, ölen tarafın mirasçılarına¹⁷ karşı veya mirasçıları tarafından davaya devam edilip edilmeyeceğini gösterir. Bu açıdan davalar iki kümede toplanabilir¹⁸: 1) Yalnız öleni ilgilendiren – mirasçılarının malvarlığı haklarını etkilemeyen – mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin davalar. 2) Yalnız öleni ilgilendirmeyen – mirasçıları da ilgilendiren – mirasçılarının malvarlığı haklarını etkileyen – mirasçılara intikal eden haklara ilişkin davalar.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçelerin iptal edileceği (m. 26/2); bunlar dışında kalan davalarda ise davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına veya idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılabileceği (m. 26/1) hüküm altına alınmıştır. Ancak kanunda yalnız öleni ilgilendiren davalar ile takip hakkının geçtiği davaların hangi tür davalar olduğu belirtilmemiştir. Bununla birlikte idari yargıda geçerli olan iptal ve tam yargı davalarını esas alarak, genel hatlarıyla, şöyle bir ayırım yapılabilir¹⁹: Tam yargı davalarında davacının ölümü halinde davayı takip hakkı kural olarak mirasçılara geçer. Tam yargı davasının maddi veya manevi tazminat istemine veya vergi uyuşmazlığına ilişkin

¹⁵ **Esin**, s. 287.

¹⁶ **Kuru**, Baki – **Arslan**, Ramazan – **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 267.

¹⁷ Ölen tarafın mirasçılarının kimler olduğu mirasçılık belgesi (veraset ilamı) ile belirlenir.

¹⁸ **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 268.

¹⁹ **Yenice – Esin**, s. 564-565.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

olmasının ya da idari sözleşmelerden doğmasının bir önemi yoktur. İptal davaları bakımından ise bir ayırım yapmak gerekmektedir. İptali istenen işlemin doğuracağı sonuçlar terekeye intikal etmiş veya ileride intikal edecek durumda ise, davayı takip hakkı kural olarak mirasçılara geçer. Çünkü bu nitelikteki bir dava sonunda verilecek karar terekenin aktif veya pasifini etkileyeceğinden, mirasçıların bu davayı takip etmekte çıkarı vardır. Buna karşılık, iptali istenen işlemin doğuracağı sonuçlar davacının ölümü ile birlikte ortadan kalkıyorsa, yani iptal davasının sonucu terekeyi ve mirasçıların hukukunu etkilemiyorsa mirasçıların davayı takip hakkı söz konusu değildir.

Gerçek kişinin ölmesi üzerine, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin başvurmasına kadar veya idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir (İYUK. m. 26/1). Maddede, takip hakkı kendisine geçenlerin veya idarenin ne kadar süre içerisinde mahkemeye başvurarak takibi yenilemesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada dava dosyasının ömür boyu açık kalmasının önüne geçilmesi açısından, bir çözüm olarak, mahkemenin ölüm olayından haberdar olmasıyla dosyaya karar numarası vererek kapatması ve dosyanın işlemde kaldırılmasına karar vermesi yolu benimsenmiştir. Takibin yenilenmesi halinde ise yeniden esas numarası verilerek yargılamaya devam edilmesi benimsenmiştir. Karar numarası verilip dosya kapatılmadan önce, takip hakkı kendisine geçenlerin başvurusu halinde ise yargılamaya devam edilmektedir²⁰.

A. MİRASÇILARA GEÇEN HAKLARA İLİŞKİN DAVALAR

Dava sırasında gerçek kişinin ölmesi halinde, mirasçılara geçen haklara ilişkin **davalara konusuz kalmaz**. Yani bu nitelikteki davalara, **davanın**

²⁰ Bu konuda bkz. 1602 sayılı AYİM Kanununun 56. maddesinde, “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde; İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hakim in davaya bakmaktan memnuiyetini gerektiren haller, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, bağlılığı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım ve duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, “davacının ölmesi halinde, mirasçıların davalı kurum aleyhine takibi yenileyinceye kadar dosyanın işlemde kaldırılacağına ilişkin hükme yer veren 1602 sayılı Kanunun 61 nci maddesinde ayrıca 2577 sayılı Kanunun 26 ncı maddesi 3 ncü fıkrasında öngörülen ve davacı hakkındaki dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren bir yıldan fazla süre geçtiği halde, yeni adres bildirilerek işleme konması istenmemesi halinde davanın açılmamış sayılacağına ilişkin hükme yer verilmemiş bulunduğundan, ... davanın açılmamış sayılmasına” karar vermeye imkan yoktur. AYİM1D, Gensek No: 97/476, E. 2000/342, KT. 4.4.2000, AYİMD, 2001, sy. 15, s. 115-117. Kanaatimizce burada AYİM’in kararı sonuç itibarıyla doğru olmakla birlikte, genel idari yargı yerlerinde açılan davalarda davacının ölmesi halinde takip hakkı kendisine geçenler 1 yıl içerisinde başvurmadıkları takdirde “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilebileceği yaklaşımı doğru değildir.

taraflarında değişme ile ölen kişinin mirasçuları tarafından devam edilir²¹. Mirasçuları da ilgilendiren davalar, ölen kişinin mirasçularına geçen alacakları, hakları ve mallarına ilişkin davalardır (MK. m. 599). Bu durumda ölen gerçek kişinin mirasçuları, davayı **mecburi dava arkadaşı** olarak hep birlikte takip ederler²². Bu halde murisin yerine davada taraf olma, bütün mirasçuların hep birlikte davayı takip etmeleri veya canlandırma dilekçesi²³ veren mirasçıya yazılı muvafakat vermeleri ya da davanın tayin edilecek miras şirketi (ortaklığı) temsilcisiyle takip edilmesini sağlamaları şartına bağlıdır²⁴. Bu itibarla, örneğin murisin çocuklarının mirastan mahrum edilmiş olması (MK. m. 578) veya onların mirası reddetmesi (MK. m. 605) halleri istisna olmak kaydıyla, eş, murisin reşit çocuklarıyla davayı takip konusunda birlikte hareket etmelidir. Eş, reşit çocuklardan bağımsız olarak tek başına davayı takip edemez.

Terekenin, tereke temsilcisi (MK. m. 581), resmi tasfiye memuru (MK. m. 572-576) veya vasiyeti tenfiz memuru (vasiyeti yerine getirme görevlisi) (MK. m. 550-556) tarafından yönetildiği durumlarda ise, davayı takip yetkisi mirasçılar tarafından değil, tereke temsilcisi, tasfiye memuru veya vasiyeti tenfiz memuru tarafından yerine getirilir²⁵. *Danıştay*, mirasçuları belirlenemeyen davacının terekesinin idaresi için atanan kayyımların kamulaştırma işleminin iptali istemiyle açılan davayı takip hakları bulunduğuna karar vermiştir²⁶.

²¹ **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 268.

²² **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 268.

²³ Bu deyim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında kullanılmaktadır.

²⁴ AYİM1D, Gensek No: 92/1469, E. 92/1344, KT. 22.12.1992, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 140-142. **Aynı yönde bkz.** “Dosyanın incelenmesinden, ... vekili ... tarafından duruşma istemli olarak açılan görülmekte olan davanın 02.04.2003 günündeki duruşmasında davacı vekilinin davacının öldüğünü, görülmekte olan davanın, davacının mirasçuları ... ve ... tarafından takip edileceğini, diğer mirasçuların vekaletnamelerinin daha sonra ibraz edileceğini belirttiği anlaşılmaktadır. / Bu durumda, mahkemece yukarıda aktarılan yasa maddesi hükmü uyarınca davanın konusunun, yalnız öleni ilgilendirip ilgilendirmediği, mirasçılara intikal edip etmediği, davacının başka mirasçuları bulunup bulunmadığı, varsa davanın diğer mirasçılar tarafından da takip edilip edilemeyeceği hususları irdelenip, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar irdelenmeden işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir”. D8D, E. 2003/3288, K. 2004/955, KT. 27.2.2004, Karar Yayınlanmamıştır.

²⁵ **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 272.

²⁶ “Uyuşmazlık; Davacının ölümü nedeniyle davayı takip hakkı kendilerine geçen mirasçuların başvurusuna kadar 2577 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına dair İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminden ibarettir. Davacının ölümü nedeniyle davayı takip hakkı kendilerine geçen mirasçuların başvurusuna kadar 2577 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına dair İdare Mahkemesi kararı terekenin kayyımları tarafından temyiz edilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 1. bendinde "Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

Dava sırasında davacı gerçek kişinin ölmesi üzerine, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin davayı takip edebilmeleri için, ortada terekeye intikal edebilecek kişisel bir menfaat ihlali bulunmalıdır. *Danıştay* ve *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* içtihatlarında, ölen gerçek kişinin manevi tazminat istemi²⁷; bir derece verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle doğan zararın tazmini istemi²⁸; yurt dışı tedavi masraflarının ödenmemesi işleminin iptali istemi²⁹; makam tazminatı verilmemesi işleminin iptali istemi³⁰; yetim aylığı bağlanmaması yolundaki işlemin iptali istemi³¹;

değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar ... dosyanın işleminden kaldırılmasına ilgili mahkeme ce karar verilir" kuralı yer almıştır. Temyiz dosyası içinde yer alan belgelerin incelenmesinden, ... ın maliki olduğu taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle vekili Av. ... tarafından Belediye Başkanlığına karşı 18.2.1985 günlü dilekçe ile dava açıldığı, dava devam ettiği sırada davacının 13.8.1985 gününde vefat ettiği, mirasçılarının belirlenememesi nedeniyle vekili Av. ... ın başvurusu üzerine Sulh Hukuk Hakimliğinin kararıyla Av. ... ile ... nın terekesinin idaresi için kayyım tayin edildikleri, İdare Mahkemesindeki kamulaştırma davasının duruşması için duruşma davetiyesinin kayyım Av. ... e tebliğ edildiği, adı geçenin duruşmada hazır bulunmasına rağmen duruşmanın açılmayarak mirasçılarının başvurmasına kadar dosyanın işleminden kaldırıldığı anlaşılmıştır. 2577 sayılı Yasanın yukarıda değinilen 26. maddesinin 1. bendinde, ölüm nedeniyle tarafların kişiliğinde meydana gelen değişiklik halinde davaya devam edilebilmesi için mutlaka mirasçılarının başvurması gerektiği yolunda herhangi bir hüküm yer almamış olup, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin başvurmasına kadar dosyanın işleminden kaldırılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla, mirasçıları belirlenemeyen davacının terekesinin idaresi için yetkili yargı organınca tayin edilen kayyımların, tereke içinde yer alan taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle idari yargı yerinde açılmış bulunan davayı takip hakları bulunduğu gözetilmeksizin mirasçılarının başvurması gerektiğinden bahisle dosyanın işleminden kaldırılması yolundaki İdare Mahkemesi kararında usul ve yasaya uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verildi". D6D, E. 86/196, K. 86/613, KT. 18.6.1986, Karar Yayınlanmamıştır.

²⁷ "Hakimlik görevinde bulunan ..., İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığınca 13.6.1972 günü Akyazı İlçesinde yapılan Şimşek – 1 Operasyonu sırasında, Yüksek Hakimler Kurulundan gerekli kovuşturma izni alınmadan evinin aranması ve silahlı muhafızlar tarafından evinden alınıp karargaha götürülmesi sonucu hakimlik onurunun zedelendiğinden bahisle 100.000 lira manevi tazminat istemiyle dava açmıştır. Dava devam etmekte iken davacı ... 'ın mirasçıları ...'ın verdikleri 12.10.1977 tarihli dilekçe ile murislerinin öldüğünü, kendilerinin, ... mirasçı sıfatıyla davayı takip etmek istediklerini belirtmeleri üzerine, ölenin mirasçılarının davayı takip etmeleri yerinde görülerek işin esasına geçil(miştir)". D12D, E. 75/2395, K. 77/842, KT. 22.3.1977, DD, 1978, sy. 28-29, s. 669; Esin'e göre, maddi tazminat davaları gibi manevi tazminat davaları da mirasçılar tarafından takip edilebilir. **Esin**, s. 287.

²⁸ D12D, E. 95/6327, K. 97/1072, KT. 14.5.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 790-792.

²⁹ D5D, E. 66/4356, K. 66/5448, KT. 31.10.1966, DKD, 1967, sy. 107-110, s. 275-277.

³⁰ AYİM1D, Gensek No: 92/1469, E. 92/1344, KT. 22.12.1992, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 140-142.

vazife malüllüğü aylığı bağlanmaması işleminin iptali istemi³²; taşınmaz üzerindeki yapının yıktırılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemi³³; fındık ekili taşınmazda idarenin hizmet kurusu nedeniyle meydana getirdiği zararın tazmini istemi³⁴; idarece ödenen tütün ikramiyesinin kesilmesi üzerine yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemi³⁵; sözleşmeli personelin sözleşme ücretlerini sınırlandıran genelgenin iptali istemi³⁶; uzuv ve işgücü kaybı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemi³⁷; birinci sınıf hakimliğe ayrılamayacağına ilişkin işlemin iptali istemi³⁸ mirasçılara intikal eder nitelikte bulunmuştur.

Vergi uyumsuzlukları da mirasçılara intikal eder. Çünkü ölüm halinde mükellefin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılara geçer. Ancak mirasçılardan her biri ölenin vergi borçlarından müteselsil olarak değil, miras hisseleri oranında sorumlu olurlar (VUK. m. 12)³⁹. Bir vergi uyumsuzluğunda, mükellefin dava sırasında ölmesi üzerine, dava dilekçesinin iptaline değil, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilir⁴⁰. Buradan hareketle, İdari Yargılama Usulü Kanunundaki, "... gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir" hükmünün daha çok vergi uyumsuzluklarında

³¹ AYİM1D, Gensek No: 94/2723, E. 95/414, KT. 24.4.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 236-237. **Aynı yönde bkz.** AYİM1D, Gensek No: 2002/2418, E. 2002/1743, KT. 11.11.2003, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Kitap: 2, Genelkurmay Basım Evi, Ankara 2004, s. 539.

³² AYİM1D, Gensek No: 96/92, E. 96/162, KT. 11.6.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 233-234.

³³ D6D, E. 87/1605, K. 88/56, KT. 19.1.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 377-379.

³⁴ D10D, E. 98/7216, K. 2001/1948, KT. 22.5.2001, Karar Yayınlanmamıştır.

³⁵ D10D, E. 98/2, K. 98/13, KT. 14.1.1998, Karar Yayınlanmamıştır.

³⁶ DİDDGK, E. 94/25, K. 94/296, KT. 3.6.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 129-131.

³⁷ D10D, E. 96/7766, K. 98/608, KT. 11.2.1998, Karar Yayınlanmamıştır.

³⁸ DDDK, E. 70/522, K. 73/535, KT. 15.6.1973, **Yenice – Esin**, s. 564, dn. 681.

³⁹ Bu itibarla idare, murisin vergi borçlarına ilişkin ihbarnamayı mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçıların her biri adına payları oranında düzenleyip tebliğ etmelidir. Bkz. DVDDGK, E. 2003/255, K. 2004/11, KT. 30.1.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 111-112; D3D, E. 96/5132, K. 98/1405, KT. 28.4.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 208-209; D3D, E. 95/4820, K. 96/630, KT. 6.3.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 354-356; D9D, E. 83/4670, K. 85/964, KT. 7.6.1985, DD, sy. 60-61, s. 403-405.

⁴⁰ Bkz. D7D, E. 87/3207, K. 91/841, KT. 26.2.1991, Karar Yayınlanmamıştır. **Aynı yönde bkz.** D9D, E. 81/1008, K. 82/4129, KT. 14.9.1982, Karar Yayınlanmamıştır; D9D, E. 88/28, K. 88/2781, KT. 20.9.1988, Karar Yayınlanmamıştır; D9D, E. 85/1329, K. 86/1880, KT. 21.5.1985, DD, 1987, sy. 64-65, s. 378-381.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

uygulama alanı bulduğu söylenebilir⁴¹. Bununla birlikte mirasçılarının sorumluluğu vergi aslı ve usule ilişkin mükellefiyetlerle ilgilidir. Ölüm halinde vergi cezası düştüğünden (VUK. m. 372) vergi cezası yönünden mirasçılarının sorumluluğu söz konusu olmaz. Ölümün vergi cezasının düşmesi sonucunu doğurabilmesi için ise vergi cezasının kesilmesini gerektiren eylemin ölen kişi tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu durumda idare, mirasçılar aleyhine takibi yenileyemez. Mahkeme tarafından dilekçenin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Yargı içtihatlarında, mirasçılara geçmeyen bazı haklara ilişkin davaların, ölmeden önce gerçek kişi tarafından açılması kaydıyla, ileride malvarlığı haklarına dönüşmesi ihtimali bulunmakta ise mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir⁴². Diğer bir ifadeyle, ileride malvarlığı hakkına dönüşmesi muhtemel haklarla ilgili olarak, murisin sağlığında açmış olduğu davaları mirasçılar tarafından takip edilebileceği benimsenmiştir. Nitekim *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* bir İçtihadı Birleştirme Kararında, emeklilik, sicil, nasıp, terfi, istiklal madalyası ve benzeri işlemlerle ilgili olarak açılan iptal davalarının karara bağlanmasından önce davacının ölümü halinde, **bu işlemlerin iptali mirasçılara maddi olanak sağlayacaksa** (ölenin malvarlığının bir parçasını oluşturacaksa) davayı takip hakkının mirasçılara geçeceğine karar vermiştir⁴³. Bu doğrultuda, örneğin, disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulan bir kişinin açmış olduğu iptal davası devam ederken, ilgilinin ölümü nedeniyle, mirasçılarının takibi yenilemesi üzerine *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*, “dava konusu ‘ayırma’ işleminin iptali isteminin salt müteveffa davacıyı ilgilendiren bir dava olmayıp, bilakis statü hukukundan doğan aylık, emeklilik gibi mirasçılara ilgilendiren yansımalar dolayısıyla onların menfaatlerini yakından ilgilendirdiği açık(tır)” gerekçesiyle bu yaklaşımı benimseyerek davanın esası hakkında karar vermiştir⁴⁴.

Danıştay da, özellikle iptal davalarında, davanın ileride ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlara bakarak, mirasçılara geçen haklara ilişkin davaları geniş yorumlama eğilimi içerisindedir. Örneğin, Ankara Emniyet Müdürlüğünde komiser olarak çalışmakta iken sıkıyönetim komutanının istemi üzerine görevine son verilen bir kişinin, sıkıyönetimin kalkmasından sonra görevine iade edilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine açmış olduğu iptal davası devam ederken ölmesi üzerine mirasçılar davayı takip edeceklerini bildirmiştir.

⁴¹ 521 sayılı Danıştay Kanununda da aynı hüküm yer almıştır. Bu hüküm için Esin de aynı yorumu yapmıştır. **Esin**, s. 288.

⁴² **Gözübüyük**, s. 387; **Gözübüyük – Tan**, s. 847; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 668.

⁴³ AYİMGK, E. 74/3, K. 77/3, KT. 7.2.1977, RG. 30.3.1977, sy. 15894. Ayrıca bkz. AYİMD, 1996, sy. 10, s. 105-108.

⁴⁴ AYİMİD, Gensek No: 97/1893, E. 97/959, KT. 21.9.1999, AYİMD, 2000, sy. 14, s. 178-179.

Danıştay, “... davacıların miras bırakanlarının (murislerinin) açmış olduğu iptal davasının, ortaya koyacağı hukuki sonuçlar nedeniyle, yalnızca öleni ilgilendirdiğinden sözedilemeyeceği açıktır. İptal davasına konu edilen idari işlem hakkında verilecek kararın, mirasçılarının yukarıda sözü edilen 12. madde uyarınca açacakları tam yargı davasını esastan etkileyecek bir hukuksal değere sahip olduğu, dolayısıyla bu davayı takip etmekte maddi açıdan da yakın menfaat ilişkilerinin bulunduğu kuşkusuzdur” gerekçesiyle mirasçılarının istemini yerinde bulmuştur⁴⁵.

Danıştay önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta, başka bir göreve atanmak üzere Yem Sanayii TAŞ. Genel Müdür Yardımcılığı ve Yönetim Kurulu Üyeliği görevinden alınan kişi bu işlemin iptalini istemiş; ancak dava sırasında ölmüştür. Davayı takip hakkı kendisine geçen mirasçılarının dosyanın işleme konmasını istemeleri üzerine *Danıştay*, “davacının emekliliğe esas aylığının 1 inci derecenin 4 üncü kademesi ve ölümü halinde bağlanacak olan emekli aylığının da bu derece ve kademenin karşılığı 1000 gösterge üzerinden hesaplanacak olması ve bu göstergeye eklenecek ek göstergelerin de emekli aylığı tahsisinde değerlendirilmekte bulunması nedeniyle dul ve yetimlerinin davanın takibinde menfaatlerinin bulunduğu açık(tır)” gerekçesiyle davanın esasını incelemiştir⁴⁶.

Mirasçılara geçen haklara ilişkin davalarda, mirasçılar, davayı yürütmek istediklerini bir dilekçe ile mahkemeye bildirirler. Ölen kişinin mirasçısı varsa, dava mirasçının mirası red süresinin sonuna kadar geri bırakılır. İdare, ancak bu süreden sonra davanın takibini yenileyebilir. Çünkü mirasçının mirası red etmesi durumunda taraf olma niteliği de ortadan kalkar. Buna karşılık davaya devam etme hakkı kendisine geçen mirasçı, bu süreyi beklemeden davayı yenileyebilir⁴⁷. Gerçek kişinin ölümünden sonra dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (İYUK m. 26/1).

Mirasçılara geçen haklara ilişkin davalarda, dava sırasında gerçek kişinin ölmesi üzerine, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar veya idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar **dosyanın işlem den kaldırılmasına “ilgili mahkemece”** karar verilir (İYUK. m. 26/1). Davacı gerçek kişi ilk derece mahkemesinde dava devam ederken ölmüşse, dosyanın

⁴⁵ D5D, E. 90/4497, K. 92/1517, KT. 21.5.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 297-299.

⁴⁶ DDDK, E. 77/408, K. 79/18, KT. 2.2.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 319. **Karşı oya göre**, “Müteveffa davasını salt görevden alınma işlemine karşı açmıştır. Mevcut davanın konu ve kapsamı dışına çıkılarak bu davayı kazanması halinde belki de müstakil bir dava konusu olabilecek hususlardan bahisle veresinin davayı takip hakkının doğduğunu kabul mümkün değildir. Böyle bir anlayış memurların sağlıklarında açtığı ve statülerine ilişkin her davada eş ve çocuklarının da davaya müdahil olarak katılmalarını da kabule müncer olur. Müteveffa davacı, dava açma iradesini salt görevden alma işlemine inhisar ettirmiştir. Bu haliyle davanın yalnızca öleni ilgilendirdiği açıktır”.

⁴⁷ **Gözübüyük**, s. 388; **Gözübüyük – Tan**, s. 848; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 671.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

işlemden kaldırılmasına ilk derece mahkemesi karar verir. Davacı kanun yolu aşamasında ölmüşse kanun yoluna bakan mahkeme tarafından bu karar verilir. Buna karşılık davacı, kanun yoluna konu ilk derece mahkemesi kararının iptal edilmesinden hemen sonra ölmüşse, dosyanın tekemmülünü kararı veren mahkeme yapacağından (İYUK m. 48/3, 45/3), idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına da ilk derece mahkemesi karar verir⁴⁸.

Davacı tarafın ölümü nedeniyle canlandırma dilekçesi vererek davayı takip, **mal varlığını ilgilendiren dava türlerinde** davacının mirasçılara aittir. Bu nedenle mahkemece dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi üzerine, davalı idarenin “yenileme talebinin kabulüne ve davanın mirasçılara yöneltmesine karar verilmesi” isteminin reddi gerekir⁴⁹.

B. MİRASÇILARA GEÇMEYEN HAKLARA İLİŞKİN DAVALAR

Dava sırasında gerçek kişinin ölümü halinde, mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin **davalar konusuz kalır**. Yani bu nitelikteki davalara, ölen kişinin mirasçıları tarafından devam edilemez⁵⁰. O halde, davanın doğuracağı sonuçlar davacı gerçek kişinin ölümü ile ortadan kalkıyorsa, yani dava sonunda verilecek karar terekeyi ve mirasçıların hukukunu etkilemiyorsa dava dilekçesi mahkeme tarafından “iptal edilir” (İYUK. m. 26/2). Dolayısıyla dava sona erer⁵¹.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre, “yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir” hükmünün anlamı, ölenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan, başkalarına devir ve temlik caiz olmayan, dul ve yetim aylığını etkilemeyen, miras yolu ile intikali mümkün bulunmayan davalardır. Bu davalar, “dul ve yetim aylığı, destekten yoksunluk tazminatı gibi mirasçılık sıfatına bağlı bulunmayan, doğrudan doğruya ilgililerin kişiliğine yansıyan haklarla ilgili davalar ayrık tutulmak kaydıyla, dava konusu hak üzerinde mirasçıların tasarruf yetkisi tanınmamış bulunan daha doğrusu terfi ve kademe ilerlemesine esas sayılmayan sicil işlemleri, bir unvanın tevcihi, herhangi bir makama atandırılma,

⁴⁸ D9D, E. 84/188, K. 86/1392, KT. 10.4.1986, DD, 1987, sy. 64-65, s. 381-382. **Karşı oya göre**, “2577 sayılı Kanununun 48. maddesinde temyiz davalarının tekemmülünün kararı veren mahkemece yaptırılacağı belirtilmekte ise de, mahkeme bu tekemmülü, Danıştay adına yaptırmaktadır. Bu nedenle 26/1. madde uyarınca idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına Danıştay’ca karar verilmesi gerek(ir)”.

⁴⁹ AYİM1D, Gensek No: 94/2793, E. 95/402, KT. 17.9.1996, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 64-66.

⁵⁰ **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 268.

⁵¹ **Gözübüyük – Dinçer**, s. 671. Esin’e göre bu hükmün anlamı “davanın açılmamış sayılmasıdır”. **Esin**, s. 288. Ancak bu noktada Esin’e katılmak mümkün değildir. Çünkü davanın açılmamış sayılması halinin hukuki sonuçları ile davanın sona ermesi halinin hukuki sonuçları aynı değildir. Dolayısıyla dilekçenin iptali, davanın sona ermesi sonucunu doğurmamalıdır.

manen taltif vs. gibi isteklerin davacısının ölümü ile son bulan haklarla ilgili davalar(dır)⁵². *Esin*'e göre bu hükümle, “davacının şahsa bağlı haklarına ilişkin iptal davaları amaçlanmış (kastedilmiş) olsa gerektir. Her türlü tazminat iddiasının terekeyle, daha doğrusu mirasçılardan hukukuyla ilgili olacağı açık bulunduğu göre; anılan hükmün idari tazminat davaları alanında uygulama yeri yoktur denebilir”⁵³.

Dava dilekçesinin iptaline karar verilebilmesi için uyumsuzluğun niteliği itibarıyla yalnız ölen davacıyı ilgilendirmesi gerekmeli; davanın mirasçılardan takibi mümkün bulunmamalıdır. Bu doğrultuda *Danıştay*, vatandaşlıktan ıskat kararının iptali istemini⁵⁴; uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemini⁵⁵; sınıfta kalma işleminin iptali istemini⁵⁶; ceza sorumluluğunun şahsi olması (Any. m. 38/7) ve bu nedenle idari para cezalarının mirasçılardan alınması mümkün bulunmaması nedeniyle idari para cezasının iptali istemini⁵⁷; (2022 sayılı Kanuna göre) yaşlılık (muhtaç) aylığı bağlanmasına ilişkin istemin reddinin iptali istemini⁵⁸; bir öğretim üyesinin, bulunduğu kürsüye yapılan öğretim üyesi ataması işleminin iptali istemini⁵⁹; sarı basın kartı verilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemini⁶⁰; silah ruhsatı verilmemesine ilişkin işlemin iptali istemini⁶¹ mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin görmüş ve dilekçenin iptaline karar vermiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi sicil iptali davalarının mirasçılara geçip geçmeyeceğine karar verirken işlemin iptalinin mirasçılara herhangi bir maddi olanak sağlayıp sağlamadığına bakmaktadır: “... müteveffa davacının iptalini istediği 1995 yılı sicili, sicil tam notunun % 60'ının üzerinde bulunması itibarıyla, onun kademe ilerlemesine, dolayısıyla da yükselmesine yeterli bir sicil mesabesindedir. Bu nedenle, açılan bu iptal davasının kabulü halinde davacının aylığında herhangi bir artma vs. söz konusu olmayacağı gibi; salt subjektif mahiyetteki bir sicilin müteveffa davacının mirasçılardan herhangi bir

⁵² AYİMGK, E. 74/3, K. 77/3, KT. 7.2.1977, RG. 30.3.1977, sy. 15894. Ayrıca bkz. AYİMD, 1996, sy. 10, s. 105-108.

⁵³ *Esin*, s. 288.

⁵⁴ DDDGK, E. 46/132, K. 48/61, KT. 14.5.1948, DKD, 1948, sy. 40, s. 44-45.

⁵⁵ DDDK, E. 68/614, K. 73/333, KT. 25.5.1973, *Gözübüyük – Dinçer*, s. 671; *Esin*, s. 289; *Yenice – Esin*, s. 572, dn. 688.

⁵⁶ DDDK, E. 64/1882, K. 65/742, KT. 8.10.1965, *Gözübüyük*, s. 389; *Gözübüyük – Tan*, s. 849; *Gözübüyük – Dinçer*, s. 671; *Esin*, s. 289; *Yenice – Esin*, s. 571, dn. 688.

⁵⁷ D6D, E. 71/1865, K. 73/1034, KT. 12.3.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 271-272. Aynı yönde bkz. D6D, E. 84/925, K. 85/502, KT. 18.3.1985, Karar Yayınlanmamıştır.

⁵⁸ D10D, E. 82/1466, K. 82/364, KT. 10.3.1982, Karar Yayınlanmamıştır.

⁵⁹ D8D, E. 2003/5336, K. 2004/2341, KT. 20.5.2004, Karar Yayınlanmamıştır.

⁶⁰ D10D, E. 96/9461, K. 98/6773, KT. 17.12.1998, Karar Yayınlanmamıştır.

⁶¹ D10D, E. 97/7139, K. 2000/5605, KT. 9.11.2000, Karar Yayınlanmamıştır.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

maddi olanak sağlayacak bir yönünün bulunmadığı da açıktır. Dolayısıyla, ortada mirasçılarının takibini gerektiren bir hak söz konusu olmayıp; salt öleni ilgilendiren bir konunun (davanın) bulunduğu anlaşılmaktadır⁶².

Yalnız öleni ilgilendiren davalar, bazen *Danıştay* tarafından dar yorumlanmaktadır⁶³. Bir uyuşmazlıkta *Danıştay*, Belediye Elektrik ve Su İşletmesinde gece bekçisi olarak çalışmakta iken görevine son verilen bir kişinin, bu işlemin iptali ile görevine iadesi istemiyle dava açtıktan sonra ölmesi üzerine, davanın yalnız öleni ilgilendirdiği gerekçesi ile dava dilekçesinin iptaline karar vermiştir⁶⁴. Diğer bir uyuşmazlıkta *Danıştay*, yazdığı makalelerin siyasi mahiyette görülmesi üzerine memuriyetten tard edilen (çıkartılan) bir kişinin, bu işlemin iptali için açtığı dava sırasında ölmesi üzerine hıfza kaldırılan davanın kaldığı yerden başlamasını isteyen mirasçılarının talebini, "... davacının vefatı halinde vereseşi tarafından tahrik ve takibedilmesi için bu dava neticesinin yalnız ölenin şahsı ile ilgisi kalmayıp varislerin hukukuna da müessir olması şartına bağlı bulunduğu ve aksi takdirde davacının vefatı üzerine dava dilekçesinin iptali lazım gelmesine ve siyasi neşriyatta bulunmasından dolayı mahkum olması hasebiyle davacıların murisinin memuriyetten çıkarılması keyfiyeti yalnız davacının şahsını alakalandıracağına binaen karısı ve çocuğu için bu davada bir tahrik ehliyeti tanınamayacağı" gerekçesiyle reddetmiştir⁶⁵.

İdari işlemde menfaati etkilenmiş bir kişinin bu idari işleme karşı süresi içinde iptal davası açmamış olması ve ardından ölmesi halinde ortada mirasçılara geçmeyen bir hak bulunması durumunda mirasçılar tarafından dava açılması halinde mahkeme "dilekçenin iptaline" değil, "davanın ehliyetten reddine" karar verir.

II. TÜZEL KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ

A. ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERMESİ

Medeni haklardan yararlanma (hak) ehliyeti bulunan her tüzel kişinin davada **taraf ehliyeti** söz konusudur (MK. m. 48). Özel hukuk tüzel kişileri medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip oldukları için **dava ehliyetine** de sahiptirler. Tüzel kişilerin dava ehliyeti, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmaları ile başlar (MK. m. 49).

Tüzel kişilerin davacı oldukları bir dava devam ederken çeşitli sebeplerle (**birleşme**, **nev'i değiştirme**, **devir** gibi) tüzel kişilikleri sona erebilir. Dolayısıyla artık medeni haklardan yararlanma ehliyeti sona eren tüzel kişinin

⁶² AYİM1D, E. 96/199, K. 96/1028, KT. 10.12.1996, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 55-56.

⁶³ **Gözübüyük**, s. 389; **Gözübüyük – Tan**, s. 849.

⁶⁴ D5D, E. 64/1740, K. 66/6110, KT. 29.11.1966, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1986, s. 450, dn. 16.

⁶⁵ DDDGK, E. 47/76, K. 48/58, KT. 14.5.1948, DKD, 1948, sy. 40, s. 69-71. Aynı karar için bkz. DKD, 1949, sy. 41, s. 64-65.

taraf ehliyeti de son bulur ve davanın tüzel kişi tarafından yürütülmesi mümkün olmaz. Dava görülmekte iken davacı tüzel kişiliğin sona ermesi halinde, **davanın taraflarında değişme** olur. Davayı takip hakkı, birleşilen, yeni nev'e çevrilen veya devredilen yeni tüzel kişiye geçer.

Nitekim *Danıştay*, mülkiyeti bir şirkete ait olan taşınmaz üzerindeki tesislerle ilgili olarak verilen işyeri çalışma ruhsatının iptal edilmesi işlemine karşı bu şirket tarafından açılan iptal davası devam ederken şirketin hisselerinin tamamını başka bir şirketin **devralması** sonucunda devralan şirketin talebi üzerine davaya devam edilmesine karar vermiştir: “Olayda merkezi Hollanda da bulunan ... adına 13.7.1993 gün ve 427 sayılı [işyeri açma ve çalışma] ruhsat düzenlenmiş, ana şirket 1.1.1996 tarihinde hisselerinin tamamını ... Limited şirketine devretmiştir. / Dava tarihinden sonra davacı şirketin 7 Mart 1997 gün 4244 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ticaret ünvanı değişikliği yayınlanmış, Diyarbakır İdare Mahkemesi kalemi kaydına 24.3.1997 günü giren dilekçe ile bu unvan değişikliği belirtilmiş ve davaya devam edileceği bildirilmiştir. / Bu durumda, davacı şirketin dava esnasında meydana gelen bu değişikliği belirtip, davaya devam etme iradesini açıklaması karşısında mahkemece 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca hisseleri devralan şirketin davacı olarak kabulü suretiyle davanın yürütülmesi gerekirken, ehliyet yönünden reddedilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir”⁶⁶.

Buna karşılık, dava devam ederken tüzel kişi **tasfiye** haline girerse, şirketin taraf ehliyeti son bulmaz (TTK m. 208, 439). Şirket davada taraf olarak kalmaya devam eder; ancak şirket davada tasfiye memurları tarafından temsil edilir (TTK. m. 219, 450). Bu durumda mahkeme, kanunen davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin⁶⁷ başvurusuna kadar **dosyanın işlem den kaldırılmasına** karar verir (İYUK. m. 26/1). *Danıştay*, dava sırasında tasfiyeye giren şirketin tasfiye memurluğuna atanan kişinin davayı takip ehliyeti bulunduğu gerekçesiyle bu kişinin taraf mevkiine alınması gerektiğine karar vermiştir⁶⁸.

Davacı tüzel kişinin **iflas** etmesi de bir nitelik değişikliği halidir⁶⁹. İflasla birlikte, müflisin bu davalardaki taraf ehliyeti son bulur ve iflas masasına geçer. İflas masasının (İİK. m. 184 vd.) ise tüzel kişiliği olmadığı halde taraf ehliyeti

⁶⁶ D8D, E. 98/4367, K. 99/566, KT. 18.2.1999, DD, 2000, sy. 101, s. 631-633.

⁶⁷ “Ölen davacı, davayı vakfın mütevellisi sıfatıyla açmıştır. Daha sonra davayı takip etmek isteyen kişi ise, usulüne uygun olarak mütevelliliğe tayin olduğuna ilişkin bir belge ibraz etmemiştir. Bu koşullar içinde adı geçenin davaya devama ve takibe ehil olduğu kabul edilemeyeceğinden, dosyanın işlem den kaldırılmasına” karar verilmiştir. DDDK, E. 62/638, K. 66/373, KT. 18.3.1966, **Yenice – Esin**, s. 569, dn. 686.

⁶⁸ D7D, E. 90/177, K. 93/2656, KT. 18.6.1993, Karar Yayınlanmamıştır.

⁶⁹ **Esin**, s. 288; **Yenice – Esin**, s. 566.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

vardır. İflasın önce müflis tarafından açılmış olan davalar iflas masasının kanuni temsilcisi olan iflas idaresi tarafından takip edilir (İİK. m. 226, 229).

Nitekim *Danıştay*'a göre, "... iflasın açılması ile müflisin, iflas masasını oluşturan malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta, bu yetki masaya ve masanın mümessili durumundaki iflas idaresine geçmektedir. Kuşkusuz yükümlünün medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyeti devam etmektedir. Ancak, masayı oluşturan mallar üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiğinden ve bu yetki iflas idaresine geçtiğinden, müflis yükümlünün mamelekini (mal varlığını) ilgilendiren uyuşmazlıklarda, davayı izleme ve kanun yollarına başvurma yetkisinin masanın haklarının korumakla yükümlü ve sorumlu olan iflas idaresine geçeceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır. / Dosyanın incelenmesinden, yükümlünün 1986, 1987, 1988, 1989, ve 1990 yıllarında beyan etmiş olduğu stopaj gelir vergisi, katma değer vergisi, gelir vergisi ile 3505 sayılı Kanuna göre vergi aslına dönüşen gecikme zamlarını tebliğ edilen ödeme emrine rağmen ödememesi nedeniyle düzenlenen haciz varakasını dava konusu yaptığı, dava karara bağlanmadan önce Ticaret Mahkemesince iflasına karar verilerek, bu hususun aynı günlü yazısıyla vergi dairesi müdürlüğüne bildirildiği, mahkeme kararının ise bu tarihten sonra verildiği görülmektedir. / Her ne kadar kararın alındığı tarihte yükümlünün iflas ederek iflas masasının teşekkül ettiği hususu mahkemenin bilgisi dahilinde değilse de; fiilen ve hukuken iflas idaresi müflisin yerine geçmiş bulunduğundan, taraf olma ehliyeti kalmayan yükümlünün davacı olarak kabulü suretiyle verilen kararda hukuki isabetsizlik açıktır"⁷⁰.

Yine iflasla ilgili bir diğer uyuşmazlıkta *Danıştay*, "dosyada mevcut temyiz dilekçesinin muhatap tarafın iflas etmesi nedeniyle İcra İflas Kanununun 193. maddesi gereğince tebliğ edilemediği anlaşılmaktadır. / İcra İflas Kanununun 226. maddesinde iflas masasının kanuni mümessilinin 'iflas idaresi' olduğu belirtilmiş aynı kanunun 184. maddesinde ise, müflisin hangi mallarının ne zamana kadar iflas masasına gireceği açıklanmış olup, müflise gelen bütün mektup ve sair mevruyelerin de iflas masasına gönderileceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 94. maddesi de tebliğin 'mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine' yapılacağını hükme bağlamıştır. / Açıklanan kanun hükümleri uyarınca temyiz talebinde bulunan Maliye ve Gümrük Bakanlığının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 1. bendi hükmü gereğince, müflisin dahil olduğu iflas masası adresinde takibin yenilenmesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına" karar vermiştir⁷¹.

Tüzel kişinin faaliyetinin sona ermesi/erdirilmesi halinde de davanın taraflarında değişme meydana gelir. Türkiye İlkokul Öğretmenler Sendikası

⁷⁰ D7D, E. 90/5465, K. 92/669, KT. 6.3.1992, Karar Yayımlanmamıştır.

⁷¹ D7D, E. 89/313, K. 89/348, KT. 22.2.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 505.

Federasyonu Genel Başkanlığı ve bir gerçek kişinin, Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan bir yönetmeliğin iptalini istedikleri bir davada, sendikanın faaliyetinin sona ermesi üzerine *Danıştay*, sendika yönünden dava dosyasını işlemiden kaldırmış ve gerçek kişi yönünden davayı incelemeye devam etmiştir⁷². Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Genel Başkanlığı tarafından 1.5.1980 günlü yürüyüşe izin verilmemesine ilişkin valilik işleminin iptali istemiyle açılan davada ise, adı geçen sendikanın Milli Güvenlik Konseyi bildiriyle faaliyeti durdurulduğu gerekçesiyle, kişilik veya niteliğinde meydana gelen bu değişikliğin ortadan kaldırılması halinde, yeniden başvurmasına kadar, dava dosyasının işlemiden kaldırılmasına karar verilmiştir⁷³.

B. KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERMESİ

Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur (Any. m. 123/3). Kamu tüzel kişileri kurulmakla birlikte davada **taraf ehliyetine** sahip olurlar. Kamu tüzel kişilerinin, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyeti de bulunduğundan dava ehliyetleri de vardır.

Kamu tüzel kişiliğinin sona ermesi ise, yetki ve şekilde paralellik ilkesi gereği, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak olur. Dava görülmekte iken davada taraf olan kamu tüzel kişininin tüzel kişiliği sona ererse, **davanın taraflarında değişme** olur. Eski tüzel kişinin yerini, yeni kamu tüzel kişisi (halefi) alır. Bu durumda davayı takip yetkisi de yeni kamu tüzel kişisine geçer.

Dava devam ederken *davacı* kamu tüzel kişininin kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, mahkeme, tüzel kişinin yerini alan yeni kamu tüzel kişininin başvurmasına kadar **dosyanın işlemiden kaldırılmasına** karar verir (İYUK. m. 26/1). *Danıştay* önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Tekel Genel Müdürlüğü, Sürmene Belediyesine karşı çay işletmeleri ile ilgili bir iptal davası açmış, dava devam ederken, kanunla, çay işletmeleri yeni kurulan Çaykur Genel Müdürlüğüne devredilmiştir. Bunun üzerine Tekel Genel Müdürlüğü yerine Çaykur Genel Müdürlüğü davanın tarafı olmuştur⁷⁴. Bir diğer uyuşmazlıkta Adalet Bakanlığı İşletmeler ve İşyurtları Kurumu, Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün 512 sıra numaralı Genel Tebliğinin ve tebliğ kapsamından çıkartılmaları yolundaki başvurularının reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle, Maliye Bakanlığına karşı dava açmıştır. Davacı İşletmeler ve İşyurtları Kurumu 524 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevlerinin Kuruluş ve İdaresine Dair Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuş; ancak anılan Kanun Hükmünde Kararname ise Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesi için tanınan altı aylık süre içinde yasama

⁷² DDDK, E. 69/568, K. 72/393, KT. 12.5.1972, DD, 1973, sy. 9-10, s. 218. Aynı yönde bkz. D9D, E. 71/1583, K. 71/3018, KT. 16.12.1971, **Esin**, s. 92.

⁷³ D10D, E. 82/1752, K. 82/450, KT. 17.3.1982, Karar Yayınlanmamıştır.

⁷⁴ D9D, E. 72/1634, K. 73/2157, KT. 10.11.1973, DD, 1974, sy. 14-15, s. 412-413.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

organınca davacı kurum hakkında yasal düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla İşletmeler ve İşyurtları Kurumunun tüzel kişiliği ortadan kalkmıştır. *Danıştay*, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar dava dosyasının işleminden kaldırılmasına karar vermiştir⁷⁵.

Buna karşılık *davalı* kamu tüzel kişinin kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa mahkeme, dosyayı işleminden kaldırmaz. Mahkeme, bir ara kararlar durumu yeni kamu tüzel kişisine bildirir⁷⁶. Çünkü aksi bir uygulama davanın ortada kalması sonucunu doğurur⁷⁷.

III. KANUNİ TEMSİLCİ ATANMASI

Dava devam ederken davacının çeşitli sebeplerle medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi mümkündür⁷⁸. Bu durumda davacı adına davayı takip hakkı, kanuni temsilci olarak atanan kişiye geçer. Kanuni temsilci olarak ise gerçek kişiler için vasi, kayyım veya kanuni müşavir; tüzel kişiler için kayyım atanabilir (MK. m. 396-494). Bu durumda **davanın taraflarında herhangi bir değişiklik olmaz**; sadece dava ehliyeti kısıtlanan kişi adına **davayı takip eden kişi değişir**⁷⁹.

Vasi, vesayeti altındaki kişinin taraf bulunduğu davalarda onu temsil eder (MK. m. 448). Ancak vasinin vesayeti altındaki kişiyi davada temsil edebilmesi için sulh hukuk mahkemesi tarafından izin almış olması gerekmektedir (MK. m. 462/8). Nitekim bir uyuşmazlıkta Trabzon İdare Mahkemesi, "... vesayet altına alınan kişi adına dava açılması ve bu davanın takip yetkisi vasiye geçmiş olup, vasinin ise belirtilen konularda ... sulh hukuk mahkemesinden ayrıca izin alması zorunlu bulunmaktadır. / Açıklanan nedenlerle, vasinin, dava açma ve bu davayı takip iznini alıp bu izinle mahkememize başvurusuna kadar, İdari Yargılama Usulü Kanununun 26 ncı maddesinin 1 inci fıkrasına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 42 nci maddesinin 1 nci fıkrasına göre dosyanın işleminden kaldırılarak yargılamanın ertelenmesine" karar vermiştir⁸⁰.

Kendisine kayyım tayin edilen kişi (velayet veya vesayet altında değilse) medeni hakları kullanma ve dolayısıyla dava ehliyetine sahiptir (MK. m. 458/1). Ancak kendisine kayyım tayin edilen kişi, kayyım tayinini gerektiren davada kayyım tarafından temsil edilir. Bazı durumlarda kayyımın, kendisine kayyım atanan kişiyi davada takip edebilmesi için sulh mahkemesinden izin alması gerekir (MK. m. 460/2).

⁷⁵ D10D, E. 94/1154, K. 94/1613, KT. 3.4.1995, Karar Yayınlanmamıştır.

⁷⁶ **Gözübüyük**, s. 390; **Gözübüyük – Tan**, s. 850; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 674.

⁷⁷ **Karavelioğlu**, Celâl, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 1996, s. 681.

⁷⁸ Bu durum kişilikle ilgili bir değişikliktir. **Esin**, s. 287.

⁷⁹ **Gözübüyük**, s. 386; **Gözübüyük – Tan**, s. 846, 850; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 666-667, 672.

⁸⁰ Trabzon İdare Mahkemesi, E. 90/434, KT. 21.1.1991, **Karavelioğlu**, s. 675-676.

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama ile birlikte korunması bakımından medeni hakları kullanma ehliyetinin sınırlanması gerekli olan reşit kişiye ise kanuni müşavir (yasal danışman) atanır (MK. m. 429).

İşte, davacının dava açtıktan sonra, vesayet altına alınması veya kendisine kayyım ya da kanuni müşavir atanması hallerinde mahkeme, davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin başvurusuna kadar **dosyanın işlemde kaldırılmasına** karar verir (İYUK m. 26/1, 31, HUMK. m. 42). Mahkeme kanuni temsilcinin başvurusu üzerine dosyayı işleme koyar ve yargılamaya kaldığı yerden devam eder.

IV. DAVA KONUSUNUN DEVREDİLMESİ (MÜDDEABİHİN TEMLİKİ)

Bir dava açıldıktan sonra, davanın taraflarının dava konusunu bir başkasına devretmesi mümkündür. Dava konusunun başkasına devredilmesi ile o konuyla bağlantılı olan dava hakkı da devredilmiş olur. Dolayısıyla artık dava konusunu devreden tarafın dava konusu üzerinde herhangi bir hakkı kalmaz. Yani, dava konusunu devreden, artık o davadaki **taraf sıfatı sona erer**. Bu durum **davanın taraflarında değişme** sonucunu doğurur⁸¹.

İdari yargılama usulünde de dava devam ederken dava konusunun bir başkasına devredilmesi ile davacının veya davalının dava konusu ile varolan hukuki ilişkisi sona erebilir. Örneğin, dava devam ederken davacı, dava konusu taşınmazı bir başkasına satarsa taşınmazla hukuki ilişkisi ortadan kalkar. Bu durumda davacının yerini yeni malik alır ve davaya devam eder⁸².

Danıştay, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulunca bir taşınmazın eski eser olarak tesciline ilişkin işlemin iptali davası devam ederken, taşınmazı satın alan kişilerin davacı olarak kabul edilmek suretiyle davanın yürütülmesi gerektiğine karar vermiştir⁸³: "... maliki oldukları davaya konu taşınmazı davanın devamı sırasında ...'a sattıkları, yeni maliklerin vekili tarafından mahkemeye verilen ... dilekçe ile yeni malikler davacı olarak kabul edilmek suretiyle davanın kaldığı yerden yürütülmesinin istenildiği, bu durum karşısında Mahkemece 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca taşınmazı devralan kişilerin davacı olarak kabulü suretiyle davanın yürütülmesi gerekirken, taşınmazla menfaat ilişkisi kalmayan eski maliklerin davacılıklarının sürdürülüp, yeni maliklerin de bunlar yanında müdahil olarak kabulü suretiyle davanın yürütülmesinde isabet görülmemiştir".

Yine bir diğer uyuşmazlıkta imar planı iptali davasında, davacı şirket davanın devamı sırasında taşınmazı başka bir şirkete satmış ve yeni şirket davanın kaldığı yerden devam edilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi, iptali

⁸¹ **Kuru – Arslan – Yılmaz**, s. 635.

⁸² **Gözübüyük**, s. 390; **Gözübüyük – Tan**, s. 851; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 674.

⁸³ D6D, E. 87/779, K. 87/1180, KT. 15.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 316-318.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

istenen planla menfaat ilişkisinin ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine *Danıştay*, “Dava dosyasının incelenmesinden; davacı ... Anonim Şirketinin maliki olduğu davaya konu taşınmaz davanın devamı sırasında ... Anonim Şirketine sattığı ve yeni malik vekili tarafından mahkemeye verilen ... dilekçeyle 2577 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca yeni malik ... Anonim Şirketi davacı olarak kabul edilmek suretiyle davanın kaldığı yerden yürütülmesinin istendiği anlaşılmaktadır. / Bu durum karşısında taşınmaz devralan şirketin davacı olarak kabulü ile işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, eski malikin taşınmazla menfaat ilişkisi kalmadığı nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir” gerekçesiyle idare mahkemesi kararını bozmuştur⁸⁴.

V. GÖSTERİLEN ADRESE TEBLİGAT YAPILAMAMASI

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3. maddesinde dava dilekçesinde tarafların ad ve adreslerinin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiş ve aynı Kanununun 14 ve 15. maddelerinde ise bu zorunluluğa uyulmaması halinde dilekçenin reddedileceği ve aynı hata tekrarlanırsa davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerden, davacının tebligata elverişli ve doğru bir adres bildirmesi gerektiği sonucunu çıkartabiliriz.

İdari yargılama usulünde yürütmeyi durdurma kararı, naip üye kararı, bilirkişi inceleme ücretine ilişkin yazı, duruşma davetiyesi⁸⁵ gibi mahkeme kararları davacıya bildirilir. İdari Yargılama Usulü Kanununda, bu ve benzeri mahkeme kararlarının davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması hali ayrıca düzenlenmiş ve hukuki sonuca bağlanmıştır. Bu hüküm hem ilk derece mahkemesinde hem de kanun yolu aşamasında uygulanır⁸⁶. Hükme göre, davacının⁸⁷ gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin mahkemeye bildirilmesine⁸⁸ kadar **dava dosyasının işlemde kaldırılmasına**

⁸⁴ D6D, E. 86/1114, K. 86/1197, KT. 24.12.1986, Karar Yayınlanmamıştır.

⁸⁵ “Davalı idarenin talebi üzerine tayin edilen duruşma gününün tebliği için davetiyeye yazılan kayda göre davacı bir süredir firarda olup akıbeti bilinmediğinden, davacı yeni adresini bildirinceye kadar dava dosyasının işlemde kaldırılmasına” karar verilmiştir. AYİM1D, Gensek No: 97/456, E. 97/306, KT. 25.11.1997, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 64.

⁸⁶ Nitekim Danıştay’a göre, temyiz aşamasında davacının temyiz dilekçesinde gösterdiği adrese tebligat yapılamamışsa, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. D10D, E. 86/1417, K. 86/1566, KT. 15.9.1986, **Gözübüyük**, s. 391; **Gözübüyük – Tan**, s. 852; **Gözübüyük – Dinçer**, s. 676.

⁸⁷ Davalıya tebligat yapılamaması hali bu hükmün kapsamı dışındadır. Bu durumda Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilan tebligat yapılması gerekir. **Yenice – Esin**, s. 572.

⁸⁸ Yeni adres davacı veya davalı tarafından da bildirilebilir. Ancak davalının, kendisine karşı açılmış olan ve davacının ihmali yüzünden işlemde kaldırılan bir dosyayı yeniden işleme koydurmak için böyle bir bildirimde bulunabileceği ihtimali zayıftır. **Yenice – Esin**, s. 572-573.

karar verilir. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dava dosyasının yeniden işleme konulması istenmediği takdirde ise **davanın açılmamış sayılmasına karar verilir** (İYUK m. 26/3)⁸⁹. Ayrıca hem dava dosyasının işlemde kaldırılması ve hem de davanın açılmamış sayılması kararları karşı tarafa tebliğ edilir (İYUK. m. 26/4). Bir yargı kararında da belirtildiği gibi “bu hükümle tebligat işlemlerinin olanaksızlığı nedeniyle dosyanın yıllarca işlemsiz olarak bekletilmesi önlenmek istenmiştir. Özellikle yazılı yargılama usulünün uygulandığı idari yargıda işlemde kaldırma kararının davacıya tebliğ edilemediği düşünülürse madde hükmünün uygulanmasının kişileri hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı ve engelleyici biçimde yapılmamasını gerektirdiği sonucuna ulaşılmaktadır”⁹⁰.

AYİM Kanununda da davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar **dava dosyasının işlemde kaldırılacağı** hükmü yer almaktadır (m. 61/2)⁹¹. Ancak AYİM Kanununda, “dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, **davanın açılmamış sayılmasına karar verilir**” hükmü bulunmamaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatları, İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu hükmün Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılan davalar için de geçerli olduğu yönündedir: “Davacının dilekçesinde gösterdiği ev adresinden taşınması nedeniyle kendisine tebligat yapılamaması üzerine, dosyanın işlemde kaldırılmasında karar verilmesinden sonra dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde davacının yeni adresini bildirerek dosyanın işleme konulması isteminde bulunmaması karşısında, [1602 sayılı AYİM Kanununun 56 ncı maddesi aracılığıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26/3 ncü maddesi uyarınca] **davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir**”⁹².

⁸⁹ Danıştay’a göre, gösterilen adrese tebligat yapılamaması durumunda, davanın açılmamış sayılmasına karar verilen dosyada, hukuki yardımda bulunan avukat için avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. D6D, E. 92/1477, K. 92/2841, KT. 16.6.1992, Karar Yayınlanmamıştır.

⁹⁰ D4D, E. 91/2523, K. 92/4175, KT. 1.10.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 262.

⁹¹ Bu konudaki AYİM kararları için bkz. AYİM2D, Gensek No: 2002/1651, E. 2003/546, KT. 18.6.2003, AYİMD, 2004, sy. 19, kitap 1, s. 249-250. Aynı yönde bkz. AYİM1D, Gensek No: 2001/1330, E. 2001/910, KT. 28.3.2003, AYİMD, 2003, sy. 18, kitap 1, s. 138-139; AYİM1D, Gensek No: 2001/1363, E. 2002/91, KT. 12.2.2001, AYİMD, 2002, sy. 17, kitap 1, s. 332-333; AYİM1D, E. Gensek No: 2000/1727, E. 2000/961, KT. 30.1.2001, AYİMD, 2001, sy. 16, s. 107-108; AYİM1D, Gensek No: 2000/563, E. 2000/461, KT. 19.12.2000, AYİMD, 2001, sy. 15, s. 120-121; AYİM2D, E. 99/216, K. 99/449, KT. 9.6.1999, AYİMD, 2000, sy. 14, s. 188-189; AYİM2D, Gensek No: 94/2116, K. 94/1382, KT. 18.1.1995, AYİMD, 1996, sy. 10, s. 257-258.

⁹² AYİM2D, E. 2002/783, K. 2002/821, KT. 30.10.2002, AYİMD, 2003, sy. 18, kitap 1, s. 133-134. Aynı yönde bkz. AYİM3D, E. 2003/386, K. 2002/119, KT. 16.10.2003,

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

Danıştay, bu maddenin uygulanabilmesi ve dosyanın işlemde kaldırılmasına ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, davacının gösterdiği adrese **daha önce hiç tebligat yapılmamış olması şartını aramış**; gösterilen adrese daha önce tebligat yapılmış olması ve daha sonra davacının adresini değiştirmesi ve tebligata elverişli yeni adresini bildirmemesi veya böyle bir adresin saptanamaması hallerinde ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3. maddesinin değil, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 60. maddesinin yollamada bulunduğu Tebligat Kanunu'nun 35. maddesinin⁹³ uygulanacağına karar vermiştir⁹⁴.

Dosyanın işlemde kaldırılmasına ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılması gerekmektedir⁹⁵. İdari yargılama usulünde tebligatlar Tebligat Kanununa göre yapılır. Çünkü İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 60. maddesinde, Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işlerinin Tebligat

AYİMD, 2004, sy. 19, kitap 1, s. 239-AYİM2D, E. 99/221, K. 2003/746, KT. 8.10.2003, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 545; AYİM1D, E. 2000/461, K. 2002/175, KT. 29.1.2002, AYİMD, 2002, sy. 17, kitap 1, s. 321-322; AYİM1D, Gensek No: 2001/1363, E. 2002/91, KT. 12.2.2002, AYİMD, 2002, sy. 17, kitap 1, s. 332-333.

⁹³ Maddeye göre, “Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır. / Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmedeği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılır. / Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır. / Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, taraflar arasında yapılan, imzası resmi merciler önünde ikrar olunmuş sözleşmelerde belirtilen adresler ile kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ticaret sicillerine ve esnaf ve sanatkarlar sicillerine verilen en son adreslerdeki değişiklikler hakkında da bu madde hükümleri uygulanır”.

⁹⁴ DVDDGK, E. 99/150, K. 99/503, KT. 26.11.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 249-252.

⁹⁵ Usulüne uygun yapılmayan tebligata dayanarak dosyanın işlemde kaldırma kararı verilemeyeceğine ilişkin Danıştay kararları için bkz. DVDDGK, E. 2000/4, K. 2000/158, KT. 21.4.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 155-158. Aynı yönde bkz. D4D, E. 97/3121, K. 98/3561, KT. 12.10.1998, DD, 1999, sy. 99, s. 207-210; D4D, E. 98/1154, K. 99/1019, KT. 11.3.1999, DD, 2000, sy. 101, s. 362-365; DVDDGK, E. 2000/325, K. 2001/97, KT. 23.2.2001, Karar Yayınlanmamıştır; DVDDGK, E. 97/420, K. 98/395, KT. 11.12.1998, Karar Yayınlanmamıştır; D11D, E. 97/5107, K. 98/3171, KT. 6.10.1998, Karar Yayınlanmamıştır; D3D, E. 93/2282, K. 94/2846, KT. 28.9.1994, Karar Yayınlanmamıştır; D3D, E. 97/419, K. 98/1, KT. 13.1.1998, Karar Yayınlanmamıştır; D4D, E. 98/1154, K. 99/1019, KT. 11.3.1999, Karar Yayınlanmamıştır; D7D, E. 92/647, K. 95/57, KT. 18.1.1995, Karar Yayınlanmamıştır. Usulüne uygun yapılan tebligata dayanarak dosyanın işlemde kaldırma kararı verilebileceğine ilişkin Danıştay kararları için bkz. D7D, E. 93/528, K. 95/947, KT. 9.3.1995, Karar Yayınlanmamıştır.

Kanunu hükümlerine göre yapılacağı kurala bağlanmıştır. Bu itibarla tebligat, 7201 sayılı Tebligat Kanununa uygun olmalıdır.

Danıştay'ın yerinde bir uygulaması da, yeni adres bildirme dilekçesinin, tebligat yapılamaması nedeniyle verilen işlemde kaldırma kararından bir yıl sonra, ancak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmeden önce dosyaya ibraz edilmesi halinde, dosyanın tekemmülünün sağlanarak davanın görülmesi yönündedir⁹⁶.

Bilindiği gibi tarh edilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarına karşı vergi mahkemelerinde dava açılması halinde, isteme bağlı olmaksızın dava konusu edilen bölümlerinin tahsili durur (İYUK. m. 27/3). *Danıştay*, açılan davada adrese tebligat yapılamaması halinde dosyanın işlemde kaldırılması halinde, süresi içinde verilen yenileme dilekçesinde, işlemde kaldırmayla uygulanmaya başlanan tahsilat işleminin durması için yürütmenin durdurulması talebinin yer alması gerekmediğine karar vermiştir⁹⁷.

SONUÇ

İdari yargılama usulünde tarafların kişilik veya niteliğinde meydana gelen değişikliğin davaya etkisi konusunda şu tespitler yapılabilir:

1) Davanın taraflarında meydana gelen değişme konusu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hem ilk derecede görülen davalarda hem de kanun yollarına bakan yargı yerlerinde uygulama alanı bulur.

2) Tarafların kişilik veya niteliğinde meydana gelen değişiklik nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılmasına "ilgili mahkemece" karar verilir. Bu nedenle, örneğin, davacının davayı açtıktan sonra ölmesi ve bu olaydan mahkemenin haberdar olmaması üzerine uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi "usul hükümlerine uyulmamış olunması" sebebiyle kararın bozulmasını gerektirir.

3) Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir. Bunlar dışında kalan davalarda ise davayı takip hakkı kendisine geçenlerin başvurmasına kadar veya idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. İşlemde kaldırılan dosyalar, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin veya idarenin başvurusu üzerine yeniden işleme konur. Başvurunun özel bir şekli bulunmamaktadır.

4) Yargı içtihatlarında, mirasçılara geçmeyen bazı haklara ilişkin davaların, ölmeden önce gerçek kişi tarafından açılması kaydıyla, ileride malvarlığı haklarına dönüşmesi ihtimali bulunmakta ise mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir. Yani, ileride malvarlığı hakkına dönüşmesi muhtemel

⁹⁶ D4D, E. 91/2523, K. 92/4175, KT. 1.10.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 261-263.

⁹⁷ D11D, E. 97/575, K. 98/1081, KT. 18.3.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 599-602. Aynı yönde bkz. D11D, E. 96/1489, K. 96/1274, KT. 1.4.1996, Karar Yayınlanmamıştır.

İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme

haklarla ilgili olarak, murisin sağlığında açmış olduğu davalar mirasçılar tarafından takip edilebilir.

5) Kanunda, takip hakkı kendisine geçenlerin veya idarenin ne kadar süre içerisinde mahkemeye başvurarak takibi yenilemesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada dava dosyasının ömür boyu açık kalmasının önüne geçilmesi açısından, bir çözüm olarak, mahkemenin ölüm olayından haberdar olmasıyla dosyaya karar numarası vererek kapatması ve dosyanın işlemden kaldırılmasına karar vermesi yolu benimsenmiştir. Takibin yenilenmesi halinde ise yeniden esas numarası verilerek yargılamaya devam edilmesi benimsenmiştir. Karar numarası verilip dosya kapatılmadan önce, takip hakkı kendisine geçenlerin başvurması halinde ise yargılamaya devam edilmektedir.

6) Davacının ölümü nedeniyle işlemden kaldırılan dava dosyasında yürütmenin durdurulması kararı varsa, bu karar dosya işlemden kaldırıldıktan sonra da, dört ay süre ile geçerlidir. Ancak bu süre içerisinde yenileme dilekçesi verilmemişse, yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden ortadan kalkar.

7) Davacının göstermiş olduğu adrese tebligat yapılamaması nedeniyle dosyanın işlemden kaldırılmasına ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılması gerekmektedir.

8) Davacının daha önce gösterdiği adrese hiç tebligat yapılamamış ve gönderilen tebligat da yapılamıyorsa, dava dosyası, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin 3. fıkrasına göre yeni adresin bildirilmesine kadar işlemden kaldırılır. İşlemde kaldırılan dosyanın, işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde yeni adres bildirilerek işleme konulması istenmelidir. Aksi takdirde mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Buna karşılık, davacının tebligat yapılamayan adresine daha önce tebligat yapılmışsa, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükmü değil, Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi hükmü uygulanır.

THE CONCEPT OF *TA'ZIR* (DISCRETIONARY PUNISHMENT) IN THEORY AND IN PRACTICE

Yrd. Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM*

Introduction

This article is based on the *sijills* of the law court of Bakhchisaray. The original registers are located in the Saint Petersburg library in Russia. In Ukraine, the library of Crimean Tatars holds a copy of these registers, where I obtained my copies. The cases to be examined in this article date from 1609 to 1675.

I chose the registers of the Bakchisaray court as a subject of study due to the fact that it was the highest court of the state as cases from the different parts of the Khanate were taken to it. Furthermore, examination of this registers may give us a clue about the relationship between the local and the central court and the hierarchy between them.

Analysis of the documents may show us how *ta'zir* was viewed by the judicial authorities and the way in which offenders were sentenced. Since our aim here is not the study of juristic doctrines, the reader should not expect all the details discussed in *fiqh* books.

It is worth mentioning at the outset that the court was headed by a single qadi who had two primary assistants, namely a clerk and a Muhzir (summoner). Furthermore, he had *shuhud al-hal* who witnessed the proceedings of the court and ensured its fairness and justice. The presence of *shuhud al-hal* in each case indicates that no procedure of the court took place without their attendance. In other words, the qadi did not see the cases without the presence of several witnesses. Our examination of different registers suggests that there were several men who regularly attended the court as *shuhud al-hal*. In some cases,

* Harran Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, recepcigdem@yahoo.co.uk

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

several more joined them when a case involved a man from their own community or they interested in the case for some special reasons.¹

Legal Doctrines:

Although jurists examined *hudud*² and *jinaya* (homicide and bodily wounding) crimes in minute details, they did not do so in *ta'zir*. To put it differently, *ta'zir* was not systematically and fully developed by Muslim scholars. It seems that they deliberately ignored it. This gave the administrative authorities a wide range of powers in legislation. For instance, Ottoman Sultans used this opportunity to enact laws known as *qanuns*. Some such as Togan, Köprülü, and Barkan view these *qanuns* as secular laws contravening the *shari'a* (*fiqh*).³ Some others however see them as additions to *shari'a* without infringing its basic principles. To be precise, Schacht, İnalçik, Akgündüz, Karaman and Gerber share the view that, in terms of *fiqh*, these laws can be classified as *ta'zir*, and that they are not in conflict with *shari'a*.⁴

My examination of the Ottoman criminal code (*qanun*) indicates that it deals with almost all spheres of criminal law giving lip service to the *shari'a*. To give an example, the aforesaid code elaborately defines the outcome of a *zina* (un-marital sexual intercourse) crime paying lip service to *shari'a*. The *qanun* asks the man who violated this provision of the code to pay fine according to his/her economic conditions. Although it says almost nothing about the *rajm* of the criminal, it enumerates in minute detail the amount of the fine which is to be paid by each class of the society. It says: 'If a person commits *zina* and this is proved against him, if the fornicator is married and is rich, possessing one thousand *akçe* or more, a fine of 300 *akçe* shall be collected provided he does not suffer the [death] penalty (*rajm*); if he is in average circumstances, his

¹ R. C. Jennings, "Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri", *Studia Islamica* III (1978); Cigdem, R. *The Register of the Law-Court of Istanbul 1612-1613: A Legal Analysis*, (Unpublished PhD Thesis, The University of Manchester, 2001), pp. 84-60.

² *This* refers to five fixed punishments: *zina* (fornication), its counterpart, *qadfh* (false accusation of *zina*), *shurb al-khamr* (wine drinking), *sariqa* (theft), and *qat' al-tariq* (highway robbery). Al-Marghinani, Burhan al-Din, *Al-Hidaya*, (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi, 1971), vol. 2, pp. 96-135.

³ Togan, A. Z. V. *Umumi Türk Tarihine Giriş*, (Istanbul: İsmail Akgün Matbaasi, 1946), pp. 271, 277, 375; Köprülü M. F. "Fıkıh", *İslam Ansiklopedisi*, vol. 4; Barkan, Ö. L. "Kanunname", *İslam Ansiklopedisi*, vol. 6.

⁴ İnalçik, H. "Mahkeme", *İslam Ansiklopedisi*, vol. 7; Akgündüz, A. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (Istanbul: Fey Vakfı, 1990), vol. 1, pp. 41-135; Karaman, H. *Mukayeseli İslam Hukuku*, (Istanbul: Nesil Yayınları, 1996), vol. 1, pp. 218, 201, 221. For more discussion on this issue, see Schacht, J. *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: The Clarendon Press, 1964), p. 91; Gerber, H. *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, (Albany: State University of New York Press, 1994), p. 35.

property amounting to six hundred *akçe*, a fine of 200 *akçe* shall be collected; if he is poor, his property amounting to four hundred *akçe*, a fine of 100 *akçe* shall be collected; and if he is [in even] worse [circumstances], a fine of 50 or 40 *akçe* shall be collected.⁵ The wording and the structure of this article of the code clearly indicates that a person who committed *zina* crime will receive fine rather than *rajm*. The *qanun* does no more than mention the *rajm*.

I would now like to go over juristic view of *ta'zir*, beginning with its definition. An eminent *Hanafī* scholar, Kasani (d.587/1191) defines *ta'zir* as a “crime which has no specified punishment in *shari'a*. It is a crime either against the right of God such as abandoning the prayer and fasting, or against the right of an individual such as harming a Muslim with a word or deed.”⁶ Maliki jurist Khurashi (d.1101/1690) in his commentary on *Mukhtasar al-Khalil* (d.776/1374) gives its definition as a “punishment [for a crime] which has no [specified retribution]. It differs according to people and their words and deeds [*al-'uquba allati laysa fiyha shay'un ma'lumun bal yakhtalifu bi ikhtilaf al-nas wa aqwalihim wa af'alihim*].”⁷ It is defined by Nawawi (d.676/1277), who is a well known and respected *Shafī* jurist, as a “[punishment awarded] for crimes which have neither *hadd* nor *kaffara* (expiation) [*yu'azzaru fi kulli ma'siyatin la hadda lahu wa la kaffarata*].”⁸ Hanbali jurist Ibn Qudama (d.620/1223) defines *ta'zir* as a “legal punishment for a crime which has no *hadd* [*al-'uquba al-mashru'a 'ala jinayatin la hadda lahu*].”⁹

A qadi is entitled to sentence any criminal, regardless of his sex, social status (free or slaves) or religious affiliation, to *ta'zir* at his discretion.¹⁰ It can appear in various degrees and forms. It can be a warning, summoning to the court, exposing to scorn, expulsion,¹¹ corporal punishment,¹² imprisonment¹³ or

⁵ Heyd, U. *Studies in old Ottoman Criminal Law*, (Oxford: The Clarendon Press, 1973), p. 95.

⁶ Kasani, Abu Bakr b. Mas'ud, *Bada'i al-Sina'i*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Arab 1982), vol. 7, p. 63.

⁷ Muhammad al-Khurashi, [*Sharh*] *al-Khurashi 'ala Mukhtasar Saydi al-Khalil*, (Beirut: Dar al-Sadr, 1900), vol. 8, p. 110.

⁸ Al-Nawawi, Yahya b. Sharaf, *Minhaj*, in the margins of *Mughni al-Muhtaj*, (Egypt: Matba'a Mutafa al-Halabi, 1958), vol. 4, p. 191.

⁹ Ibn Qudama, Abdullah b. Ahmed, *al-Mughni*, ed. Abdul Fattah Muhammad al-Halwa & Abdullah b. Abdul Muhsi al-Turki, (Cairo: Matba'a al-Hijri, 1990), vol. 12, p. 523.

¹⁰ Kasani, *Bada'i*, vol. 7, pp. 3-4.

¹¹ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 99; Al-Khatibi, *Mughni al-Muhtaj*, vol. 4, p. 192; Shams al-Din al-Maqdisi, Abu Abdullah Muhammad, *Kitab al-Furu'*, (Beirut: 'Alim al-Kutub, 1958), vol. 6, p. 110.

¹² Ibn Humam, *Fath al-Qadir*, vol. 5, p. 350; Al-Khatibi, Muhammad al-Sharbibi, *Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani al-Alfadh al-Minhaj*, (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi, 1958), vol. 4, p. 192.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

death (*siyasa*).¹⁴ For instance, according to jurists, the *ta'zir* of a scholar is to inform him of what he has done. If it was an administrative authority, he has to be summoned to the court, and admonished and exposed to scorn. In their view, the *ta'zir* of a middle class man or woman is to summon him/her to the court and to give him/her an imprisonment. The worst goes for the lower class who is to suffer corporal punishment and imprisonment.¹⁵

Here raises the question of whether or not there is a limit for the corporal punishment. In the view of Abu Yusuf (d.182/798), its highest limit is seventy five stripes. Whereas Abu Hanifa (d.150/767) and his disciple, Muhammad al-Shaibani (d.189/805) have the opinion that thirty nine lashes are the maximum.¹⁶ Shafi (d.204/820), however, maintains that it should be less than forty for a free person and less than twenty for a slave.¹⁷ Ahmed b. Hanbal (d. 241/855), the founder of the Hanbali school of law, limits *ta'zir* to ten strokes.¹⁸ Imam Malik (d.179/795), does not set any maximum limit for *ta'zir*, leaving it to the discretion of the qadi.¹⁹

It is worth mentioning here that *ta'zir*, as reported by Ibn Humam (d.861/1456)²⁰ from Abu Yusuf, can be a fine. All other scholars mentioned above oppose to this particular option.²¹ In Ottoman criminal code, most crimes result in fine. This is justified with the view of Abu Yusuf. In other words, taking the view of Abu Yusuf, Ottoman authorities gave priority to fine as a main remedy. It is very clear that their policy was to extract money from the criminals. This could have been the result of economic difficulties facing the state at that time. I will leave this to its experts.

The most important feature of *ta'zir* is that the offender can be forgiven and so does not receive any punishment. Ibn Humam justifies this principle with the following *hadith*: "A man came to the Prophet and said 'I met a woman and

¹³ Ibn Humam, *Fath al-Qadir*, vol. 5, p. 353; Khalil, *Mukhtasar*, p. 332; Nawawi, *Minhaj*, vol. 4, p. 193; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 12, p. 526.

¹⁴ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 102, 134; Abdurrahman b. Muhammad, *Macmu'a al-Fatawa Shaykh al-Islam Ibn Taymiyya*, (Cairo: Al-Faruq al-Hadisa, 1857), vol. 35, p. 405. For a legal and historical study of *siyasa* punishments in the Ottoman Empire, see Mumcu, A. *Osmanli Devletinde Siyaseten Katl*, (Ankara: Ajans-Türk Matbaasi, 1963).

¹⁵ Ibn Humam, Kamal al-Din, *Fath al-Qadir*, (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi, 1970), vol. 5, p. 345.

¹⁶ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 117.

¹⁷ Nawawi, *Minhaj*, vol. 4, p. 193.

¹⁸ Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 12, p. 524.

¹⁹ Khalil b. Ishaq, *Mukhtasar al-Khalil*, (Cairo: Matba'a Mashhad al-Husayni, 1900.), p. 332; Al-Khurashi, *[Sharh] al-Khurashi*, vol. 8, p. 110.

²⁰ Ibn Humam, *Fath al-Qadir*, vol. 5, p. 345.

²¹ *Ibid.* vol. 5, p. 345; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 12, p. 526.

touched her but I did not have sexual intercourse with her,' the Prophet asked him 'Do you pray with us?' to which he replied 'Yes,' the Prophet, then, recited the Quranic verse: 'Virtues clean vices'.²²

There is no liability for death caused while implementing *ta'zir* unless it was intentionally caused.²³ However, according to *Shafi* scholars, the person who caused the death is liable to *diya* (blood-money).²⁴ They see it as a result of intent.

These are the basic points of Muslim jurists. The regulations of *qanuns* are very different. Along with imprisonment and monetary fines, we see pounding to death in mortars, bowstringing, burning, confiscation of offenders' property, castration, bastinado, banishment, penal servitude on the galleys, and so on as forms of *ta'zir* in *qanuns*.²⁵ This indicates that *qanuns* went beyond the limits set out by the jurists. The regulations of the *qanuns* perhaps were the requirement of the penal system of the time.

Lastly, the fatwas of Shaikh al-Islam Abu's-suud (d.982/1574) indicate that long imprisonment and corporal punishment (strokes) were the two common way of *ta'zir* punishment in the Ottoman Empire.²⁶

The court cases

Our document contains 4 cases. One is about the *ta'zir* of a witness who retracted his evidence. The second and the third are about the imprisonment of debtors who avoided the payment of their debts. The last deals with a case in which a man was scared to death and was physically attacked. Let us now see the cases in close scrutiny.

Case 1:

15/?/4²⁷ The case is as follows:

²² Ibn Humam, *Fath al-Qadir*, vol. 5, p. 346. See also Al-Qarafi, Shihab al-Din, *Al-Furuq*, (Beirut: Dar al-Ma'rifa, 1924), vol. 4, p. 181; Nawawi, *Minhaj*, vol. 4, p. 193; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 12, pp. 526-7; Al-Maqdisi, *Furu'*, vol. 6, pp. 114-5.

²³ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 117; Khurashi, *[Sharh] al-Khurashi*, vol. 8, p. 110; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 12, pp. 527-8.

²⁴ Khatibi, *Mughni al-Muhtaj*, vol. 4, p. 191.

²⁵ Heyd, *Criminal law*, pp. 263, 264, 265, 271, 273, 303, 304; See also Tekin, Y. *Şeriyeye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Suç ve Cezaları 1179/1765*, (Unpublished MA Thesis, The Institute of Social Sciences, The University of Marmara 1995).

²⁶ Düzdağ, M. E. *Şeyhulislam Ebussuud Efendi Fetvalari Işığında 16. Asir Türk Hayati*, (Istanbul: Enderun Kitabevi, 1972), pp. 47, 141.

²⁷ This identifies the case as register 15, page? and entry 4. The question mark means that it is illegible.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

From Bordas?, Rıdvan b. (son of) Devin cun brought a lawsuit against a *dhimmi* (non-Muslim residing in Muslim territory) called Tibruz v. (child of) Tort in the court:

“The dark ox which is in the possession of the said Tibruz was my own property. A person called Kurban *gazi* (1), from Akkerman (Belgorad-dnestrovski), claimed [that the ox had belonged to him (*mustahaqq*)]. In the presence of the qadi of Göz[leve?] (Yevpatoriya), he [Kurban (1)] took [the ox] from my possession, with the testimony of [two] witnesses called Şah Timur Aydal and Kurban *gazi* (2). Now, one of the witnesses called Şah Timur [Aydal] retracts his evidence. He [Şah Timur Aydal] should be interrogated according to *shari'a*.”

When evidence about the ox being his own property in the first place was sought from him [Rıdvan], the persons called Sefer *gazi* and Kad testified that the ox had been [Rıdvan's] own property.

When they bore legal witness, their testimony was found acceptable.

In the court, Şah Timur [Aydal] retracted his evidence that the ox had belonged to Kurban *gazi* (1) who had claimed that it had been his own property.

It is recorded that [since he retracted his evidence] after the judgment [of the qadi of Gözleve] and after [Kurban *gazi* (1)] had taken possession of [the said ox], *ta'zir* and reparation are required. [The last judgement is based] on the rule that if one of the witnesses retracts his evidence, he is responsible for the half [of the value of the good.]

[The case was probably recorded sometime in *Rabi' al-Awwal* 1086 (5.1675), the date of the previous entry. R. C.]

Shuhud al-hal: Abdülkerim efendi (title for *madrassa* educated people)²⁸ b. Arslan efendi, Mehmet efendi, [and] Kirimi b. Ismail.

The case involved three men, namely Rıdvan, Kurban, and Tibruz. The function of the former two is clear, one being the plaintiff and the other being the *mustahaqq* (the original owner of the animal). Tibruz was standing in the dock of defendants as he was the present holder of the disputed animal. It is very likely that he purchased the beast from the *mustahaqq* namely Kurban.

The case makes it clear that the plaintiff lost his ox upon a false testimony. It was a man called Şah Timur Aydal who had borne false testimony costing the plaintiff his animal. The plaintiff was able to establish in the court that the beast had belonged to himself and that he had lost it upon false evidence. The bearer of false testimony corroborated his statement bringing the outcome to his favour.

²⁸ Bayerle, G. *Pashas, Beks, and Efendis: A Historical Dictionary of Titles and Terms in the Ottoman Empire*, (Istanbul: The Isis Press, 1997), p. 44.

Since Şah Timur Aydal withdrew his former statement, the court sentenced him to *ta'zir* punishment and ordered him to pay compensation to Kurban. He was condemned to *ta'zir*, because his former statement was false, meaning that he had lied. Here, the court clearly followed the view of Abu Yusuf and Muhammad al-Shaibani who hold that giving false evidence in court merits *ta'zir*.²⁹ Yet, the form of *ta'zir* was not clarified. It is very likely that he was condemned to certain strokes, meaning that he was sentenced to corporal punishment.

For the latter, the court quoted the *Hanafi* rule that “if one of the witnesses retracts his evidence, he is responsible for the half of the value [of the good]”.³⁰ The court gave a reason for his decision with a quotation. This is actually very rare in practice. Çiçek, who studied the conditions of *dhimmi* in the Cyprus court, notes that in some cases the court quoted Hidayat of Burhan al-Din al-Marghinani (d.593/1197), as a basis for his judgments.³¹ My examination of the registers indicates that although the qadi did not give a reason for his judgements, he circumspectly issued his judgements following the Hanafi legal principles.

It is worth noting that the court underlined that retraction of evidence took place in the court, since otherwise it merits nothing.³² It also noted that the ox had been taken into possession by the first claimant as otherwise no reparation is required.³³ These indicate that the court was very much circumspect in his decisions. In other words, before issuing his judgment, the qadi considered each point of the case.

The entry reveals nothing about the *dhimmi* against whom the case was brought. If he was the customer of the first claimant, as we have presumed, he would have had recourse to him³⁴ as he lost the title to the animal as a result of the trial. Actually, Tibruz was the real loser as the animal was stripped of his hands. It is very likely that he was a farmer and needed the ox for ploughing. He spent time to get a new ox. Now, it is all over, he needs to look for a new ox or else has to persuade the new owner namely Rıdvan to hand it over to him as he needs it and has to try a new bargain with him.

²⁹ Ahmed b. Hanbal and Shafi share this view. Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, p. 132; Khatibi, *Mughni al-Muhtaj*, vol. 4, p. 191; Al-Makdisi, *Al-Furu'*, vol. 6, p. 104.

³⁰ Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, p. 133; Düzdağ, *Ebussuud*, pp. 135-6.

³¹ K. Çiçek, *Zimmis (Non-Muslims) of Cyprus in the Sharia Court: 1110/39 A:H. /1698-1726 A.D.* (Unpublished PhD Thesis, The University of Birmingham 1992), Section ‘Preface’.

³² Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, p. 132.

³³ Ibrahim Al-Halabi, *Multaqa*, (Istanbul: Güryay Matbaasi, 1981), p. 307.

³⁴ Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, pp. 67-9.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

It is not clear whether the claimant (*mustahiqq*) Kurban *gazi* (1) and the witness Kurban *gazi* (2) are the same person. He (2) might have been a close relative of Kurban *gazi* (1) bearing the same name as it is legally not allowed for a claimant to be the witness for his own case.³⁵

On the question of what the motives of the false witness were, it is very likely his main motive was to get money. In other words, he was bribed for doing so. There might have been some other motives that we do not know. It is also possible that he made a mistake about the facts of the case. When he realised that he has mistaken in his statement, he retracted it taking upon himself the responsibility of his mistake. It seems to me that he was paid by the second claimant, otherwise why should he withdraw his evidence and receive *ta'zir* punishment. It might have not been easy for Rıdvan to persuade him to take back his testimony. Whatever the reason and the motives might have been, the case evidently shows that people bore false testimony. More research is required in order to be able to estimate how often it occurred and how widespread it was.

The case raises the question of why they did not take the case to the qadi of Gözleve as he heard the case in the first instance. It is highly likely that since the second claimant was not satisfied with his former decision, he wanted the case to be heard in a different court. He chose the Bakchisaray court, as it was situated in the capital of the Khanate and its decision carried heavier weight. Furthermore, it seems that society viewed it as an appellate court.

Lastly, I would like to note that both Muslims and *dhimmi*s are identified by their fathers' name. While the documents identify a Muslim with a reference to his father with the word 'bin (son) of', 'veledi (child) of' was the word for the father of a *dhimmi*. This could indicate that although *dhimmi*s were not segregated in the society as they had next-door Muslim neighbours, they were done so by the bureaucracy.

Case 2:

15/27/4 The case is as follows:

From the residents of Ferahkerman (Perekop), Mehmet b Hamza [illegible] brought a case in the court against a person called Musa b. Hüseyin, from the residents of Gözleve:

"The said Musa owes me seventeen lion coins (*esedi gurus*).³⁶ It needs to be paid. I request that he should be interrogated and that justice should be established."

After interrogation, the aforesaid Musa voluntarily admitted [that] he owes him lion [coins].

³⁵ Düzdağ, *Ebussud*, p. 135.

³⁶ Coins of Holland. Sertoğlu, M. *Resimli Osmanlı Tarihi Ansiklopedisi*, (Istanbul Matbaası, 1958), p. 118.

[The case was probably recorded sometime in *Rabi' al-Awwal* 1086 (5.1675), since one of the entries mentions this date. R. C.]

Shuhud al-hal: Hasan efendi, Abdurrahman *çelebi* (a literate or a tradesman),³⁷ Hacı from Salacık, Ahmet efendi, *Muhzır* (an employee of the court, in charge of bringing criminals to the court),³⁸ [and] Mustafa b. Abdullah, broker (dellal).

The continuation of the same case:

15/27/5, The said debtor, Musa avoids paying his debts.

He has been imprisoned at the request of Mehmet *beşe* (Janissary).³⁹

Shuhud al-hal aforementioned.

Here, we see a man imprisoned for his debts. In detail, a certain Mehmet filed a complaint against a man named Musa, accusing him of not paying his debt of 17 lion coins. After interrogation, the defendant admitted that he had been in debt to the plaintiff. It is to be noted that the court recorded that his confession was a voluntary one. Otherwise, it establishes nothing.

This was a *hüccet* document recording the statement of the plaintiff and the defendant. The second document however was an *ilam* containing the decision of the qadi. As recorded in the entry, the court sentenced the defendant to imprisonment at the plaintiff's request. Legally, the ruling of the court was the requirement of Hanafi law. In particular, it was the view of Abu Hanifa who holds that if a debtor who has properties does not pay off his debts, he, at the request of the creditors, be imprisoned until he does so.⁴⁰ He however does not entitle the judicial authorities to sell the debtors' properties in order to discharge his debts. Whereas his disciples Abu Yusuf and Muhammad hold the opposite view. They maintain that if a debtor avoids selling his goods to discharge his debts, judicial authorities can sell his properties and divide them among his creditors.⁴¹

The judgment of the court does not make it clear for how long he was imprisoned. It is very likely that it was until he paid off his debt. The imprisonment of the debtors was a way of making them pay off his debts. This

³⁷ Ibid. p. 65; Bayerle, *Pashas*, p. 30; Zilfi, M. C. "We do not get along: Women and Hul Divorce in the 18th Century" in *Women in the Ottoman Empire: Middle Eastern Women in the Early Modern Era*, ed. Zilfi, M. C. (Leiden: E. J. Brill, 1997), pp. 280, 294.

³⁸ Heyd, *Criminal Law*, pp. 236, 271; Jenninngs, "Kadi", p. 151; Bayindir, A. *Islam Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması*, (Istanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1986), p. 81.

³⁹ Cigdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*, p. 46.

⁴⁰ Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, p. 285.

⁴¹ Ibid. vol. 3, p. 285; Halabi, *Multaqa*, p. 387.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

makes sense if the debtor had enough property to discharge his debts. Otherwise, there is no point in jailing the debtor.⁴²

On the question of why the court did not issue his judgment when the plaintiff filed his complaint, this is perhaps because he wanted to give them a chance to have a compromise. When they could not reach a deal, and the plaintiff insisted on his imprisonment, the court issued his judgment.

The entry does not reveal what the reason for the debt was and this was not the business of the court. However, the wording of the document suggests that it was for borrowing. There is also possibility that it was the result of a trade. The plaintiff might have sold something for seventeen lion coins but could not get his money. The presence of a tradesman and a broker in the court suggests this possibility.

The presence of a Muhzir among *shuhud al-hal* indicates that the defendant did not voluntarily come to the court. Rather he was brought by the executive authorities. To put it differently, the defendant did not have the intention of coming to the court to face the charges. This in turn suggests that the plaintiff attempted to get his money back outside the court, but he failed. The court became his last resort to recover his money.

Since the plaintiff was a Janissary we see several dignitaries in the court. They came to the court to witness the case and to ensure the fairness of the court and to give their backing to him.

Case 3:

15/27/10 The case is as follows:

Hasan b. Arslan stated in the court in the presence of Abdurrahman b. Osman:

“[Abdurrahman] owes me seventy *akçe* (silver coin)”.

The defendant, Abdurrahman admitted that he owes him seventy *akçe*.

He avoids its payment.

He has been imprisoned at the request of the plaintiff.

[The case was probably recorded sometime in *Rabi' al-Awwal* 1086 (5.1675), since one of the entries mentions this date. R. C.]

Shuhud al-hal: Seyyid (title borne by the descendants of the Prophet Muhammad),⁴³ Fettah b. Mustafa, [and] Mehmet efendi b. Ismail.

As in the case above, we see here a certain Abdurrahman being sent to jail because of his debts. As recorded in the entry, the defendant corroborated

⁴² Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, pp. 104, 286; Halabi, *Multaqa*, pp. 287-8.

⁴³ Bayerle, *Pashas*, p. 136.

the statement of the plaintiff that he had been in debt to him. Since he did not pay off his debt, he was jailed. Although the document does not make it clear to whom the statement 'he avoids its payment' belong, it is quite likely that it was the plaintiff's statement. It was this statement that brought about the imprisonment of the defendant.

This case is very similar to the one examined above except that here the statement of the sides and the decision of the qadi were recorded in the same entry. This suggests that the court did not give them a chance for compromise. Rather it issued his judgment after hearing the case. On the question of why they were not given an opportunity to resolve the matter mutually, it is perhaps because the qadi was aware of the fact that he was not going to discharge his debt should he give him a chance. This in turn suggests that in some cases the qadi relied on his personal knowledge.

These two cases indicate that the judge gave the sides of a case a chance to resolve the matter mutually when he saw that it is going to bring the issue to a satisfactory conclusion, whereas he did not give this opportunity where it would not work. These further show that people did not hesitate to demand the imprisonment of the man who delayed his payment. This raises the question of whether or not it effected the social relation, and how will they see each other when he released from the prison. Although there is no answer to these questions, it is likely that society viewed such demand as normal, and people were aware of the fact that they may go to prison if they failed in their payment. This does not however mean that it will not effect the relations between the debtor and the creditor. Of course, it will be effected, but it can be kept in minimum.

The presence of a Seyyid and an efendi in the court suggests that either the plaintiff or the defendant was an important man. Or else, they were his neighbours, friends or they had some sorts of relation. It is also possible that they were regular attendants of the court as *shuhud al-hal*.

Case 4:

1/?/7 The case is as follows:

Hacı Hüseyin stated in the presence of Mehmet b. Tat Ali:

"The said Mehmet threatened me with a knife (*biçak çikarub*) and tore my beard. He ruined my world? (*dünyanın sarsani? eyledi*).

When the said Mehmet was questioned face to face, he accepted [Hüseyin's accusation].

This happened in the second decade of *Rabi' al-Awwal* 1018 (6.1609).

This is the last entry to be examined in this study. In this document, we see a certain Hüseyin accusing his counter believer named Mehmet of threatening him with a knife and physically attacking him. The defendant's answer to the accusation was positive. This must have brought about a

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

conviction and a punishment. Neither of which was recorded. To speculate over what might have happened to the defendant, it is highly likely that he was condemned to *ta'zir* punishment, perhaps to several strokes, for his intimidation of the plaintiff, as there is no other punishment available in *fiqh* and to *diya* or fine for his physical assault (tearing beard). In the view of Hanafi jurists, "if a person shaves or tears another person's beard and it does not come out again, the criminal is held liable to *diya*".⁴⁴ Whereas according to the Ottoman criminal code, 'if a person unlawfully beats [another person] or tears his beard, [the qadi] shall chastise [him], and from a rich person 20 *akçe*, from a poor person 10 *akçe* shall be collected as a fine'.⁴⁵

On the question of why the plaintiff was intimidated and physically attacked, it is possible that it was the result of a dispute over a serious matter which is undisclosed. Otherwise, why should he assault him? The defendant could not be a mentally sick person as otherwise the court could not have questioned him.

Lastly, no *shuhud al-hal* were mentioned at the bottom of the case. It is possible that the scribe forgot attaching their name to his own copy. It is however very likely that he attached the names of *shuhud al-hal* to the copy handed over to the plaintiff. In this, we cannot be hundred percent sure, as we do not have that copy.

Conclusion

As has been seen, *ta'zir* is a concept which is not well defined and developed by the jurists, giving secular authorities a great scope to regulate criminal sphere of the law. My examination of *qanuns* indicates that criminal law was regulated by secular law paying lip service to *shari'a*. This does not however mean that by doing so they infringed its principles.

Although *ta'zir* can emerge in different forms and degrees, in our document and in the fatwas of Muftis, it appears in the form of corporal punishment and imprisonment.

Although it is very rare, we see the court giving a reason for his judgments quoting Hanafi text books. My examination of the judicial documents further indicates that the qadi was very much circumspect in his decisions considering each point of the case before issuing his judgment. Moreover, we see the court giving the sides of a case a chance to resolve the matter mutually where it will work.

The documents are limited strictly to the legal point. The reason behind the cases did not interest the court as its task was to solve to disputes but not to find out why it broke out. For this reason, they do not provide much about the

⁴⁴ Marghinani, *Hidaya*, vol. 4, p. 180; Halabi, *Multaqa*, p. 467.

⁴⁵ Heyd, *Criminal law*, p. 104.

ÇİĞDEM

circumstances in which crimes were committed and they do not disclose the reasons behind the cases and the crimes. They say almost nothing about the social and pyschological implications of the crimes. However, as indicated in this study, it is certain that people bore false witness causing injustice and leading to the loss of legal entitlements. This study further indicates that the criminals did not voluntary come to the court, rather they were brought to the court by the executive authorities.

Appendix

According to my survey of the registers, the following served in Crimea in 1018/1609:

Director of Finance: Has *agha* b. Gayzor?

Director of Finance: Hüseyin efendi b. Abdi (previously)

Deputy of the Director of Finance: Hüseyin efendi

Head of the Treasury: Said *agha* b. Muslih

Glory of the most eminent and peers:⁴⁶ 'İş Mehmet *agha* b. Karagöz

Paragon among the peers: Sefer *gazi* bey b. Derviş (za'amet⁴⁷ holder?)

Dergahi 'âli Müteferrikasi:⁴⁸ Ibrahim *agha* b. Mehmet efendi

Inspector of Caffa: Mevlana Musa

Mufti⁴⁹ of Crimea: Mehmet efendi

The judge of the Sultan:⁵⁰ Mehmet efendi

Military Judge: Abdullah efendi

Military Judge (dismissed): Davut efendi

The judge of Crimea and Rabat: Hasan efendi b. Mahmut

Judges: 1- Abdulaziz efendi (judge of Gözleve) 2- Abdulaziz efendi b. Shaykh Hisamuddin, (judge of Korlu?) 3- Abdurrahman efendi b. Allah kulu (judge of Yorulca?) 4- Dede efendi (judge of Küçük Karasu-Nijniygorsk) 4- Hasan efendi b. Mehmet (judge of Kerşin) 6- Ibrahim efendi (judge in Kirman) 7- Mahmut efendi (judge of Kagi?) 8- Mehmet efendi (judge of Karkayim?) 9- Mehmet efendi (judge of Korkir) 10- Musa efendi b. Eyüp *çelebi* (judge of Caffa) 11- Mutahhar efendi (judge of Yorulca?)

Mudarris (Professor): 1- Ebulkasim 2- Abdulaziz efendi b. Sihamüddin 3- Halil efendi (in the madrasa of Salacik)⁵¹ 4- Halit efendi b. Hacbi 4- Mehmet efendi (in the madrasa of Olakli)

Scribe: 1- Dede *çelebi* 2- Mevlüt efendi

Katib al-Huruf (The undersigned): 1- Hasan 2- Hizir 3- Hizir *çelebi*

⁴⁶ His job was not specified.

⁴⁷ A military fief with an annual income of between 20.000 and 100.000 *akçe*. He was expected to perform military and administrative duties. Sertoğlu, *Osmanlı Tarihi*, p. 349; Bayerle *Pashas*, p. 163.

⁴⁸ Member of the elite mounted personal escort of Khan.

⁴⁹ Jurist who is competent to issue a fatwa. Ibid. p. 115.

⁵⁰ This probably refers to a post in the Divan (council) of the Khan.

⁵¹ This madrasa is now converted to a hospital for mentally handicapped people.

Va'iz (Preacher in a mosque): Mehmet efendi

Imam: 1-Hacı Eman b. Musa 2-Mustafa *halife*⁵²

Müezzin: Mustafa (in the mosque of [Sahibi giray I] Khan)

Shaykh (Head of a mystic order): 1-Shaykh Hasan b. Shaykh Ali (the following title accompanies his name: Paragon among the followers of spiritual path, may his virtue increase) 2- Islam efendi b. Said? (in the dervish lodge of Aziz)

Muhzır: 1-Fahri 2-Mahmut 3- Mensur 4-Perviz b. Abdullah

Racil:⁵³ 1-Faik (*beşe*) 2-Mustafa b. Hüseyin

In 1020/1611:

Director of Finance: Mehmet efendi

Judges: 1-Abdurrahman efendi (judge in Karasu-Nijniygorsk) 2-Ibrahim efendi (judge in Akmesic/Simferopol) 3-Kasim efendi (previous judge of Bakhchisaray)

Va'iz: 1- Ahmet b. Habib 2-Mehmet *çelebi* b. Abdulkadir

Hatib (Preacher): Abdulgani b. Abdullah [in the mosque of Devlet Giray Khan I (1551-77)]

Mullah: Can b. Abdullah

Müteveli (Administrator of a *waqf*): Musa b. Mehmet (of the *waqf* of Sahibi Giray)

Muhzır: Recep *sufi*

Çavuş:⁵⁴ Ibrahim

In 1021/1612:

⁵² A rank in a *sufi* order or a junior clerk of the treasury. Bayerle, *Pashas*, p. 74

⁵³ Jennings translates '*racil*' as 'soldier' without further definition. It, however, seems to me that it is the synonym of *beşe*, since in many documents from the Istanbul law-court, *racil* and *beşe* were used interchangeably. Jennings, "The Society and Economy of Maçuka in the Ottoman Judicial Registers of Trabzon, 1560-1640" in *Continuity and Change in Late Byzantine and Early Ottoman Society*, ed. Bryer, A. & Lowry, H. (Birmingham: University of Birmingham, 1986), p. 137; Çigdem, *The register of the law court of Istanbul*, Section 'Glossary'.

⁵⁴ "A military grade of soldier of diverse duties". Bayerle, *Pashas*, p. 29.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

Judges: 1-Abdurrahman efendi al-Kirimi (judge in Yorulca?) 2- Dede efendi (judge in Bakhchisaray)

Mufti: Hasan efendi

Katib al-Huruf: 1-Hizir 2-Mevlüt

Imam: 1-Murtaza *halife* b. Musa *halife* 2- Mustafa

Muhzır: 1-Mahmut b. Abdullah 2-Perviz b. Abdullah

In 1077/1667:

Pasha:⁵⁵ Ali

The judge of Bakhchisaray: Abdurrahman [illegible]

Deputy Judge: 1-Hasan efendi 2-Vasif efendi

Scribe: Hasan efendi

Muharrir (scribe of the land and tax registers?):⁵⁶ Mehmet efendi

Va'iz of the mosque of Kuba: Abdullah efendi

Müezzin: Kirim *gazi*

Muhtesib:⁵⁷ 1-Ali *gha* 2-Mehmet Ali

Commander of a Castle: Salih

Subaşı:⁵⁸ Mehmet *çelebi*

Muhzır: Mehmet *gazi*

Veterinary Surgeon: Salih *halife* Ali

In 1082/1671:

Khan (The ruler of Crimea): Selim Giray b. Bahadır Giray

The judge of Bakhchisaray: Ahmet b. Recep

Professor: Hizir efendi

⁵⁵ Title for the highest military and bureaucratic dignitaries. Cigdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*, Section 'Glossary'.

⁵⁶ Sertoğlu, *Osmanlı Tarihi*, p. 214.

⁵⁷ Market inspector who was responsible for checking prices in the markets to ensure that they conform with the official price (*narh*). Ibid. p. 112.

⁵⁸ According to Pakalin, Sertoğlu and Bayerle, *subaşı* executed several functions including that of night guard and police. Pakalin, Z. M. *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, (Istanbul: Maarif Basimevi 1954), vol. 3, pp. 259-61; Sertoğlu, *Osmanlı Tarihi*, p. 298; Bayerle, *Pashas*, p. 238.

Mullah: 1-Abdulfettah b. Mustafa 2-Arslan

Imam: 1-Gayretli Ali 2-Kutlu Ali

Muhtesib: Nasif b. Abdullah

In 1085/1674:

Khan: Selim Giray b. Bahadır Giray

The judge of Bakhchisaray: Mustafa b. Hacı Mehmet (in August)

Shaykh: Abdullah efendi b. Musa efendi

Muhtesib: Ebu Bekir *halife*

Muhzır : Ahmet efendi

Broker: Mustafa b. Abdullah

In 1086/1675:

Professor: Mustafa efendi (in the madrasa of Salacik)

Scribe: Abdülkerim efendi (previously)

The undersigned: Ahmet efendi

Muhtesib: 1-Ebu Bekir *çelebi* 2-Sefer *halife*

Muhzır: 1- Ahmet efendi 2-Bayram b. Ali 3-Bayram Ali b. Zülğaffar

In 1087/1676:

Khan: Selim Giray

Defter al-Sultan (Director of Finance?): Mustafa *agha*

Pride of notables: Ali *agha* [Maliye? Sultan, (Director of Finance?)] 2- Ilyas *agha*

Pride of the peers: 1-Ahmet bey 2- Kasim *agha*

Serasker? *Qadi* (Commander-in-chief of a military campaign):⁵⁹Abdulhamit

Agha of Nogay (Governor?): Mehmet

Military Judge: *Seyyid* Abdurrahman efendi

Judge of Bakhchisaray: 1-Ibrahim efendi 2-Ahmet efendi (previous)

Judge of Man Kefe (Caffa?): Kabil efendi

Professor: 1-Ahmet efendi (in the madrasa of Kubat) 2- Hizir efendi

⁵⁹ Bayerle, *Pashas*, p. 135.

The Concept of Ta'zir in Theory and in Practice

Scribe: 1- Hasan efendi 2- Abdurrahman efendi (in Çorak göz) 3-Mehmet

The undersigned: Mustafa bey

Mullah: 1- Ahmet 2- Bekir 3-Ibrahim b. Hacı Mehmet 4-Abdurrahman (in the village of Çorak) 5-Abdurrahman (from the village of Kırmacı) 6-Gazenfer 6- Kara Ali [b.] Mehmet 7-Selim b. Ramazan (father and son)

Mütevelli: Ibrahim

Shaykh: 1- Ali efendi (from the village of Ediyrat) 2-Süleyman efendi 3-Yahya efendi b. Süleyman

Keeper of a tomb: Ibrahim

Door Keeper: Hasan

Balci Başı (Head of the honey makers?): Ali *agha*

Kethüda:⁶⁰ 1-Çorak 2-Muzaffer

Kethüda of *Koçkar* (ram): Hacı Giray Sultan⁶¹

Chief or commander:⁶² Ali efendi

Muhzır 1- Abdul Baki 2-Karabas 3- Kat 4- Kurt 5-Murat *gazi*

Topçu (Artilleryman): Bekir Mullah

The following served as Khans according to Spuler in the periods given above:⁶³

Selamet Giray I, son of Devlet Giray I (1608-1610)

Canbek Giray, grandson of Devlet Giray I (1610-1623)

Canbek Giray, grandson of Devlet Giray I (1610-1623)

Adil Giray, from the collateral line of Çoban Giray (1666-1671) or Mehmet Giray IV, 2. time, Brother of Bahadır Giray and son of Selamet giray? (1654-1666)

Adil Giray, from the collateral line of Çoban Giray (1666-1671) or Selim Giray I, son of Bahadır Giray I (1671-1678)⁶⁴

⁶⁰ *Kethüda* is defined as the chief or representative of a craft guild. Huart, C. L. "Kahya", *Islam Ansiklopedisi*, vol. 6. For the concept of legal person in Muslim societies, see Cohen, A. "Communal Legal Entities in a Muslim Setting Theory and Practice: The Jewish Community in Sixteenth-Century Jerusalem", *Islamic Law and Society* 3 (February 1996), pp. 75-89.

⁶¹ He was the ruler of Crimea between 1683-1684. It is interesting to find him holding the post of a *Kethüda* in 1676.

⁶² *New Redhouse Turkish-English Dictionary*, (Istanbul: Redhouse Yayınevi, 1994).

⁶³ Spuler, B. "Kırım", *El²*, vol. 5.

⁶⁴ Our document establishes as a fact that Selim Giray was the ruler.

ÇİĞDEM

Selim Giray I, son of Bahadır Giray I (1671-1678)
Selim Giray I, son of Bahadır Giray I (1671-1678)

OSMANLI'DA İSLAM DEVLETLER HUKUKUNDAN BATILI DEVLETLER HUKUKU ANLAYIŞINA: ŞEYBANİ'NİN ES-SİYER'ÜL- KEBİR'İNDEN OTTOKAR'IN HUKUK-I MİLELİNE

Yrd. Doç. Dr. M. Akif KÜTÜKÇÜ*

I. GENEL

Uluslararası hukukun genel tarihi, insanlık tarihinin bir parçasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, insanlık tarihini etkileyen her olay uluslararası hukuk tarihi bakımından bir anlama sahip değildir.¹ Uluslararası hukuk tarihi, tarih disiplininin alt kollarından birini teşkil eder.² Uluslararası hukuk kurumlarının ve uluslararası düzeyde geçerlilik kazanan kuralların ne zaman ve nasıl ortaya çıktıklarını, kuralların oluşumuna etki eden sebepleri yer ve zaman göstererek inceleyen ve değerlendiren tarih koluna, uluslararası hukuk tarihi adı verilmektedir.³ Bu tanımda da vurgulandığı gibi tarih, geçmişte meydana gelen olayları sadece aktarmaktan ibaret olmayıp; aynı zamanda, önemli olayların yorumunu da kapsar.⁴

Uluslararası hukuk tarihi, uluslararası hukuk düzeninden ne anlaşılması gerektiğine bağlı olarak, iki değişik biçimde sunulabilir. Uluslararası hukuktan bağlayıcı güce sahip birçok kuralı kapsayan bir hukuk düzeni anlaşılması durumunda, uluslararası hukuk tarihini 16. ve 17. yüzyıllardan bu yana incelemek doğru olacaktır. Ancak, bir uluslararası hukuk düzeninin evrensel düzeyde geçerliliğini aradığımız an, 16-19. yüzyıllarda yalnızca Avrupalı ve Batılı Devletler için geçerli olan kurumlar ve kurallar söz konusu olduğundan

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2001, s. 35.

² ÜÇÖK, Coşkun, Siyasal Tarih (1789-1960), 3. Baskı, Ankara 1980, s. XVII.

³ AKİPEK, Ömer İlhan, Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç, 3. Baskı, Ankara 1970, s. 37.

⁴ SANDER, Oral, Siyasal Tarih İlkçağlardan-1918'e, 2. Baskı, Ankara 1992, s. 16.

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

evrensel bir uluslararası hukuk düzeni tarihinin 20. yüzyılda ve özellikle Milletler Cemiyeti'nin kurulması ile ortaya çıktığı görülmektedir.⁵

Bununla birlikte, M.Ö. 4000-3000 yılları arasında Mezopotamya ve Nil Vadisinde yaşayan insanlar arasında görülen “uluslararası ilişkiler” diye nitelendirilebilecek ilk temaslardan itibaren insanoğlu, barış ve savaş zamanlarında ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözümlenmeye yönelik kurallar belirlemeye çalışmıştır.⁶ Fakat bu, belki de zamanın bir gereği olarak hukuki olmaktan çok siyasi bir mahiyet arz etmiştir. Dolayısıyla yönetimi temsil eden kişilerin keyif ve takdirine dayalı bir uygulamaya sahip olan ve yaptırım gücünden yoksun bulunan bu kurallara bütün halinde uluslararası hukuk demek mümkün değildir.⁷

Öte yandan İslam hukukçuları, devletler hukukunu yalnızca devletlerarası ilişkilerin zorunlu kıldığı bazı kurum ve kurallardan ibaret basit bir düzen olarak değil de; bütün kurumları ile oluşmuş, bağlayıcı güce sahip ve bazı yaptırımlara da kavuşmuş bir hukuk düzeni olarak ele alınsa bile, İslam hukukunun teşekkül ve tedvinine paralel olarak uluslararası hukukun doğduğu görüşündedir. Zira, uluslararası hukuk ile ilgili ilk gerçek eserler, İslam hukuku ve medeniyet alanı dışarıda tutulursa, 16. yüzyıl gibi çok geç bir tarihte verilebilmiştir⁸. İslam'ın 7. yüzyılda doğuşu ile birlikte, tarih boyunca İslam coğrafyasında iç hukuka paralel olarak uluslararası hukuk da ortaya çıkmış ve konuyla ilgili özel eserler 8. yüzyıldan itibaren yayınlanmaya başlanmıştır.⁹

⁵ PAZARCI, age, s. 35-36.

⁶ PAZARCI, age, s. 36.

⁷ Uluslararası hukukun düzenleme alanına giren her konunun, bu konu ister bir kurum ister bir kural ya da işlem olsun, ilkçağlardan bugüne ayrı özel tarihçelerini ele alıp inceleme imkanı mevcuttur. Bu anlamıyla uluslararası hukuk tarihi, özel her bir konu için inceleme alanını ifade eder. Bununla birlikte gerçek anlamda uluslararası hukuk tarihi, hukuki anlamda egemen ve eşit devletler için sistemli hale getirilmiş normatif düzeni ifade eder (ATALAY, Ahmet Haluk, Uluslararası Hukukun Oluşumu İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648, İstanbul 1997, s. 10). Bu anlamıyla bile uluslararası hukuk tarihinin ne zaman başlayacağı konusu, ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Batılı kaynakların çoğu, başlangıç noktası olarak 1648 Westphalia Barışını almaktadır.

⁸ SERAHSİ, İslam Devletler Hukuku, “Şerhu's-Siyerî'l-Kebir”, (Çev. Prof. Dr. İbrahim SARMIŞ / Prof.Dr.M.Sait ŞİMŞEK, Ed. Doç. Dr. Ahmet YAMAN), Konya-2001, s. 4.

⁹ Devletler hukuku tarihinde İslam'ın yeri ve önemi konusunda dikkate değer bir husus, Batılı ilk müelliflerin, İslam düşüncesinin Endülüs ve Sicilya üzerinden Batıya uzun yıllar ışık tuttuğu bölgeler olan İspanya ve İtalya'dan çıkmış olmasıdır. Üstelik devletler hukukunun en büyük müellifi olan hatta devletler hukukunun babası denilen Hugo Grotius'un bu alandaki birikim ve yetişmesini, İstanbul'da sürgün hayatı yaşarken incelediği İslam hukuku kaynaklarına borçlu olduğu şeklinde iddialar da bulunmaktadır.

II. İSLAM DEVLETLER HUKUKU ANLAYIŞI

Ortaçağda 7. yüzyılın ilk yarısında İslam dini ile birlikte dünyanın bir kesimi yeni ve birtakım farklı etkiler altına girmiştir. Avrupa’da gelişen ve insan mantığı ve iradesine bağlı olarak oluşan Roma hukuku ve benzeri hukuk düzenlerinin aksine, İslam hukukunun yasalarının Allah’ın kutsal iradesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir.¹⁰

Devletler hukukunun kaynakları ile İslam hukukunun asli ve tali kaynakları arasında fazla bir fark yoktur. İslam devletler hukukunun kaynakları: i) Kur’an; ii) Sünnet; iii) Milletlerarası Örf ve Teamül; iv) Andlaşmalar; v) Diğer Tali Kaynaklar (Bunların başında mahkeme içtihatları ve fıkıhçıların görüşü gelmektedir).¹¹

Kutsal niteliği dolayısıyla İslam hukukunun etkisi yalnızca müslüman topluluklar üzerinde kendisini göstermiş ve bugün geçerli olan uluslararası hukukun kurumları ya da kurallarının oluşumu üzerinde pek etkili olamamıştır. Bununla birlikte, İslam hukukunun uygulandığı dönemlerde, bugün geçerli olan kimi uluslararası hukuk kurumlarının uygulama alanı bulduğu bir gerçektir.¹² Örneğin, andlaşmalar hukukunun temelini oluşturan pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesi Kuran’ın çeşitli surelerinde değişik biçimlerde yer almaktadır.¹³ Öte yandan, İslam hukukunda müslüman ülkelerde ya da onların denetimindeki ülkelerde yerleşerek yaşayan ve müslüman olmayan kişilerin (zımmi) “cizye” ve “haraç” denilen vergileri ödemek koşuluyla kendi din, örf ve adetlerine göre yaşamalarına izin verilmesi, uluslararası hukukta azınlıkların durumu konusunda önemli bir örnek oluşturmaktadır.¹⁴

İslam devletler hukukunda ülke kavramı ikiye ayrılmıştır: Darüislam ve darülharp. Bazı hukukçular, üçüncü bir kavramdan daha bahseder; darülahd¹⁵ veya diğer bir ifadeyle darülsulh. Müslümanların hakim olduğu ve şer’i hükümlerin uygulandığı ülke darül islam yani İslam ülkesidir. Halkının çoğunluğunun müslüman olması şart değildir. Darülharp ise, müslümanların hakimiyetinde bulunmayan ve şer’i hükümler tatbik edilmeyen ülkelerdir.

¹⁰ PAZARCI, age, s. 40.

¹¹ CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 1. Cilt, Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul-1995, s. 434-435; HAMİDULLAH, Muhammed, İslam’da Devlet İdaresi, (Çev. Hamdi AKTAŞ), İstanbul 1998, s. 26-43.

¹² PAZARCI, age, s. 41.

¹³ İsra Suresi 34. ayet; (CROZAT, Charles, Devletler Umumi Hukuku [Çev. Edip F. Çelik], Cilt I [Umumi Prensipler ve Tarihçe], İstanbul 1950, s. 200; MERAY, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1968, s. 14, dp. 36; TURNAGİL, A. Reşid, İslamiyet ve Milletler Hukuku, İstanbul 1993, s. 18); ayrıca SERAHSİ’nin şerhinde de bunu destekler durumda ifadeler görmekteyiz. Örneğin, Cilt 1, s. 149, 282.

¹⁴ PAZARCI, age, s. 41; SERAHSİ, Cilt 5, s. 231, 235, 237, 253.

¹⁵ SERAHSİ, Cilt 4, s. 134; Cilt 5, s. 59

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

Konuyu biraz açarsak, devletler hukuku açısından İslam'ın hakim bulunduğu bütün ülkeler, İslam ülkesidir. Fiilen ayrı devletler olsalar bile, hukuken birleşik İslam devletleri ülkesi söz konusudur.¹⁶

Elçiler ve elçilik personelinin dokunulmazlıkları mevcuttur. Can, mal ve namuslarına dokunulamaz; işkence yapılamaz ve hatta rahatsız edilemezler. Elçilik mensupları için de İslam hukukuna göre suçlu sayılan şahıslara bile, yakalanarak ceza verilemez.¹⁷

Devletlerarası anlaşmazlıkların barış yoluyla çözülmesi için tahkim yani hakem usulüne başvurma kabul ve tavsiye edilmektedir.¹⁸

İslam hukukunun uluslararası hukukta savaş hukuku ya da bugün insancıl hukuk diye anılan konularda da birtakım olumlu ilkeleri benimsediği görülmektedir. Gerçi, İslam da savaşı kabul etmektedir.¹⁹ Ama savaşta ölçülü olunması ve hiçbir biçimde eziyet edilmemesi Kuran'da açıkça belirtilmektedir.

Uluslararası hukukun bugünkü aşamaya gelmesinde doğrudan etkileri olmamakla birlikte İslam düşünürlerinin, Batılı düşünürlerin uluslararası hukuktaki öncülerinden çok önceleri, 9. ve 14. yüzyıllar arasında, uluslararası hukukla ilgili çeşitli yapıtlar ortaya koydukları görülmektedir.²⁰ İlk yazarlar, İslamın devletlerarası ilişkilerdeki tavrını belirlemeye yönelik yorumlarını çoğu zaman "siyer", bazen "cihat", bazen de "meğazi" başlıklarıyla ortaya koymuşlardır. Cihad, İslam egemenliğinin yayılması ve din-vicdan hürriyetinin sağlanması için başta savaş olmak üzere müslümanların ifası ile mükellef oldukları ödevlerin bütünüdür. Din için yapılan savaş, devletler hukukunun en önemli konusunu teşkil ettiği için bazı hukukçular bu başlığı kullanmışlardır. Meğazi, savaş demektir ve aynı manayı ifade etmektedir. Çoğu hukukçular tarafından devletler hukukunu ifade etmek üzere kullanılan siyer kelimesi ise, sözlük anlamıyla durum, hal, gidiş veya yol, davranış ve muamele demektir. Hukuk terminolojisinde ise, müslümanların, savaşçı müşrikler, bütün çeşitleriyle gayr-i müslimler, dinden dönenler ve isyancılara karşı olan muamele ve ilişkilerinde takip ettikleri yol ve usul olarak tarif edilmiştir.²¹

Bu konuda ilk eser Şam'lı hukukçu Evzaî'yye (öl. 773) aittir. Daha sonra İmam Muhammed'in (öl. 804) iki eseri bunu takip etmiştir. Birincisi, Es-

¹⁶ MERAY, age, s. 12; CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 440-441. Ayrıca bkz. ÖZEL, Ahmed, İslam Hukukunda Ülke Kavramı, 2. Baskı, İstanbul 1984.

¹⁷ MERAY, age, s. 15; CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 443; TURNAGİL, age, s. 81-83; CROZAT, s. 200; HAMİDULLAH, age, s. 177-185.

¹⁸ TURNAGİL, age, s. 108-110; HAMİDULLAH, age, s. 185-191.

¹⁹ İslam hukukçularının ileri sürdüğü savaşın teorik temelleri için bkz. YAMAN, Ahmet, İslam Devletler Hukukunda Savaş, İstanbul 1998, s. 70-92.

²⁰ PAZARCI, age, s. 42; TURNAGİL, age, s. 18-24.

²¹ CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 433; SERAHSİ, Cilt 1, s. 5-9.

Siyer'üs-Sağir'dir ve devletler hukukunun temel esaslarını özetlemektedir. İkincisi ise, Es-Siyer'ül-Kebir'dir.²² Dikkate değer diğer eserler ise, Ebu Yusuf'un yazdığı ve fetih ve ganimet ile ilgili sorunları inceleyen Kitab-ül Haraç, Burhaneddin Merginani'nin 12. yüzyılda yazdığı savaş hukukuna ilişkin El-Hidaye ve Burhan-el Şeria'nın 1280'de yazdığı ve yine savaş hukukuna ilişkin El-Vikaye'dir.²³

III. ŞEYBANİ'NİN ES-SİYER'ÜL-KEBİR'İ

Bunlardan Es-Siyer'ül-Kebir, belki de dünya hukuk tarihinde ilk defa telif edilen bağımsız devletler hukuku kodudur. Devletler Genel ve Devletler Özel Hukukunu ve başka hukuk konularını da içeren bu kod, Karahanlı hukukçu Serahsi tarafından beş cilt halinde şerh edilmiştir. Bütün müslüman Türk devletlerince, bu sahada en güvenilir kaynak olarak kabul edilmiş ve Osmanlı Devletinin resmi kodu olan Mülteka'da aynı eserin esasları özetlenmiştir. Önceleri eserin orijinalinden yararlanan Osmanlı devleti, II. Mahmud zamanında Gaziantep'te Muhammed Münib tarafından Siyer-i Kebir Tercümesi adıyla Türkçe'ye çevrilmiş, 1828 yılında basılmış ve Sultan tarafından askerin eğitilmesi için alay müftüleri ve tabur imamları tarafından askere okunup açıklanması emredilmiştir.²⁴ 10. asırda müslüman Türk hukukçusu Serahsi tarafından şerh edilen 218 ana başlıktan ve 4573 fıkradan oluşan eserin, ana konusu savaş olup, kısaca içeriği şöyledir:

Müslümanlarla savaş halinde bulunan müşriklerin ilişkileri ve bunlarla ilgili hükümleri ihtiva eder. Doğrusu bu kitap savaşla ilgili meseleleri konu edinen müslümanların devletler hukukudur. Yazar, müslümanlarla müşriklerden bahsetmiş ve erkek olsun, kadın olsun veya çocuk olsun, her iki tarafın esirlerinin hukuku açıklanmış, müşriklerin müslüman olmaları, gayr-i müslimlerin İslam ülkelerine girmeleri, ikametleri, can, mal ve namus güvenliği (eman), eman verilenlerle darülharpten darüislama gelen elçileri, elde ettikleri dokunulmazlıkları, savaş ganimetleri, andlaşmalar, fidye, silah, köleler ve savaş malzemesi, savaşın istila ettiği topraklar, andlaşmaların feshi, savaş suçları ve benzeri konuları anlatmaktadır.

Esere bütün olarak baktığımızda, İslam devletler hukukuyla ilgili bazı tespitler yapabiliriz:

İslam devletler hukukunda, savaşa izin verilmekte, ancak savaşın ölçülü olması gerekmektedir. Ordu komutanlarına yapılan tavsiyeler başlığı altında

²² CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 436; TURNAGİL, age, s. 21; HAMİDULLAH, age, s. 18-19.

²³ PAZARCI, age, s. 42; SERAHSİ, Cilt 1, s. 5-16. İslam hukukçularının uluslararası hukukla ilgili temel eserleri için ayrıca bkz. CROZAT, age, s. 199-200; MERAY, age, s. 18; TURNAGİL, age, s. 20-23; YAMAN, age, s. 18-22.

²⁴ SERAHSİ, Cilt 1, s. 22; CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 436.

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

savaşta küçük çocukların, kadınların ve yaşlıların öldürülmemesi emredilmektedir.²⁵

Düşman devletleriyle ticaret serbest bırakılmakta, diğer taraftan düşmanı askeri açıdan güçlendirecek mallar örneğin silah, silah yapımında kullanılan malzemeler gibi bazı malların satışına izin verilmemektedir.²⁶

Devletler özel hukukunun konusunu oluşturan yabancı ile vatandaş arasındaki ilişkilerden de bahsedilmektedir. Bunu yaparken günümüz vatandaş yabancı ayırımından farklı, müslüman gayr-i müslim arasındaki ilişkileri İslam anlayışı çerçevesinde değerlendirilmiştir.²⁷

Müslümanlarla müslüman olmayanlar arasında kalıcı barış andlaşması olamayacağı inancıyla barış andlaşması için tercih edilen kavram mütarekedir.²⁸

Düşmanla mütareke (ateşkes) yapılmasına şarta bağlı olarak, eğer müslümanlar güçlü değillerse izin verilmiştir.²⁹

Elçilerin müslüman olması şart değildir. Zımmi olabilir, hatta eman verilmiş harp ehlinden birisi olabilir.³⁰ Elçilerin vergi bağısıklığında kural, mütakabiliyet esasına göredir.³¹

Savaş esirlerinin İslam toplumu için yararlı görülme kaydıyla köle statüsüne dönüştürülmesi durumunu görüyoruz. Zaten, İslam hukukunun savaş esirliği dışında köleliği doğuran nedenleri kaldırdığı bilinmektedir.³²

Yazarın bazı düşüncelerinin, çoğunluğun görüşüne aykırı olduğu ve bütünüyle kişisel içtihadından kaynaklandığı görülmektedir.³³

Yine kitapta, medeni hukuka³⁴ ve ceza hukukuna³⁵ ait konulara yer verilmiştir. Bazı konular ise tamamen dini anlayışın ürünü olup devletler hukukunun hiçbir yerinde değerlendirilememektedir.³⁶

²⁵ SERAHSİ, Cilt I, s.63-64; Cilt 4, s. 143.

²⁶ SERAHSİ, Cilt 4, s. 123-135; Cilt 5, s. 1 vd., 231.

²⁷ SERAHSİ, Cilt 4, s. 105 vd.; Cilt 5, s. 1 vd., 291, 295.

²⁸ SERAHSİ, Cilt 4, s. 285.

²⁹ SERAHSİ, Cilt 4, s. 207-234.

³⁰ SERAHSİ, Cilt 2, s. 17-18.

³¹ SERAHSİ, Cilt 4, s. 290-291.

³² SERAHSİ, Cilt 1, s. 255-259; Cilt 2, s. 181-190; Cilt 3, s. 159-166, 277-282, 297-318, 319-332, 341-355; Cilt 4, s.165-184; Cilt 5, 67-90, 91-96, 175-178, 179-181, 367-368, 369-374.

³³ SERAHSİ, Cilt 4, s. 311-312

³⁴ SERAHSİ, Cilt 5, s.17-20.

³⁵ SERAHSİ, Cilt 5, s. 125-132.

³⁶ Örnek olarak bkz. SERAHSİ, Cilt 1, s. 76, 99.

Eserde, İslam devletler hukuku kurallarına uymamanın somut bir yaptırımından söz edilmediği ileri sürülebilir. Oysa bunu İslam hukukunun genel ceza hukuku anlayışı çerçevesinde düşünmek ve ele almak gerekmektedir. Çünkü, binlerce suç içerisinde cezaları nass (Kur'an ve sünnetin açık ve net kuralları) tarafından belirlenen, had cezası denilenlerin sayısı altıdır. Bunlar, hırsızlık, içki içme, zina, yol kesme, idareye karşı isyan ve kıyasdır. Diğer binlerle ifade edilen suçların cezaları ta'zir şeklinde anılan ve bütünüyle otorite makamının yetkisinde kabul edilen düzenlemelere bağlıdır. Bunun sonucunda söz konusu suçların cezaları zamana, coğrafyaya, şartlara ve yerel örf ve adete göre değişebilmektedir. Savaş hukuku kurallarının ihlali durumunda da sözü edilen ta'zir cezaları uygulanmak durumundadır. Şu halde, modern devlet yapılarında yasa çıkarmakla görevli makamların savaş hukukuna ilişkin olarak yaptıkları düzenlemeleri İslam'ın bu genel çerçevesine oturtmak mümkün gözükmemektedir. Çağdaş dünyamızda olduğu gibi eserin hazırlandığı dönemde uluslararası yetkili organizasyonlar olmadığından kapsamlı ve etkin bir yaptırımdan söz etmek fazla iyimserlik olur. Diğer taraftan, İslam'ın genel anlayışı içerisinde düşünülürse, bu kuralların ihlalinin beraberinde büyük manevi yaptırım ve uhrevi sorumluluk yüklediğini unutmamak gerekir.

Yazar, bazı konulara özel bir ağırlık vermiştir. Bunlar Eman, Ganimet ve Darülharp-Darüislam ayırımıdır.

Eman konusunda: emandan sonra gayr-i müslimlerin saldırıya uğraması; eman sayılmayan şeyler; şartlı eman; eman lafızları; eman sayılan ve sayılmayan şeyler; şüpheli olan eman; eman konusunda muhayyerlik; başkası için eman istemek; para yahut başka bir şey karşılığında eman için anlaşma yapmak; elçinin verdiği eman; kişinin sözlerinden eman sayılan ve sayılmayanlar; esirler ve darülharbe girenlerin sözlerinden eman sayılan ve sayılmayanlar; kaledeki düşmana müslüman kişinin karşılıklı veya karşılıksız eman vermesi; şartlı eman; müslümanlar eman vermeden eman altında sayılan kişiler; devlet başkanının izni dışında ve yasaklamasından sonra verilen eman; müslümanlardan birinin vereceği hükme razı olarak teslim olan düşman hakkında verilecek hüküm başlıkları örnek verilebilecek konu başlıklarıdır.

Ganimet konusunda: ganimetler bölümü; ganimet tahsisi ve Rasulallah'ın özel payı, savaş alanında ganimet tahsisi; ordu komutanının yapacağı tahsis; tahsisin geçerli ve geçersiz olduğu yerler; Ganimet tahsisinde ortaklık ve hesapla alınan pay; ganimet tahsisinde istisna ve özel tahsis; piyade ve süvarilerin payı; darülharpte atın payı; darüislamda süvarinin iki payı ve ganimette ortaklık; ganimetlerin taksimi; ganimette ortaklık; ganimetten çalmak (hıyanet) başlıkları örnek verilebilir.

Darülharp-Darüislam ayırımı, buralarda uygulanacak düzeni ve bu ayırımın ortaya çıkardığı farklılıklar, darülharbde İslamı kabul edip darüislama hicret etmemiş olanların durumu; darülharpte eman altındaki müslümanın darülharp ehli ile ilişkileri; darülharpte müslümanın şahitliğinin kabul edileceği

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

ve kabul edilmeyeceği yerler; kölenin eman olarak yahut müslüman veya zimmi olarak darülslama gelmesi; darülharpte götürülmesi mekruh olan ve olmayan şeyler; darülharpte mekruh olan ve olmayan şeyler; darülslamda caiz olup darülharpte caiz olmayan şeyler; darülharpte Kuran'ın belirttiği (had) cezalarının uygulanması; ve devlet başkanının harp ehlinden eman olarak askerlerle birlikte darülharbe girmesi ve arkasından başka bir askeri birliğinin eman olarak oraya girmesi başlıkları altında incelenmiştir.

IV. OSMANLI DEVLETLER HUKUKU ANLAYIŞI

Osmanlıların uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilebilecek nitelikteki yabancı devletler ve yurttaşları ile ilişkileri, birinci çerçevede Osmanlı devletinin yabancı devletler ile genel ve siyasal ilişkilerini kapsamakta olup özellikle diplomasi ve hukuk kurumları ile ilgili, ikinci çerçevede ise Osmanlıların Batılı Hristiyan devletler yurttaşlarına tanıdıkları ayrıcalıklı durumları ve kapitülasyon ilişkilerini içermektedir.³⁷

Tanzimat öncesi dönemde geçerli olan hukuk düzeni, İslam hukuku anlayışı üzerine kurulmuştur. Bu dönem hukuk kurumları açısından Avrupa hukuku anlayışına ve ondan kaynaklanan uygulanan uluslararası hukuka henüz kapalı bir dönemdir.³⁸

Bununla birlikte, Osmanlıların siyasal, askeri, diplomatik ve ekonomik nedenlerle uluslararası hukukun kimi kurumlarına başvurmak durumunda da kaçınılmaz olarak kaldıkları görülmektedir. İlke olarak, Osmanlı Devleti'nin 1299'da kuruluşundan 1606'da Avusturya ile imzalanan Zitvatorok Andlaşmasına kadar geçen dönem içinde Osmanlılar uluslararası ilişkilerini yalnızca kuvvet üzerine oturtmuşlardır. Bu andlaşmaların çok büyük bir bölümü Osmanlıların kuvvet yoluyla kazandıklarını andlaşma yoluyla da karşı tarafa kabul ettirme biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bunun tek kuraldışılığını Osmanlıların Avrupalı devletlere tanıdıkları kapitülasyonlar oluşturmaktadır. Osmanlıların 1606 Zitvatorok Andlaşmasından 1798 Osmanlı Rus Andlaşmasına varıncaya dek yaptıkları andlaşmalar ise, yabancı devletlerle eşit biçimde sürdürülen görüşmelerin ürünüdürler. Ancak, bunlar genellikle Osmanlı Devleti'nin çıkarlarını kabul ettirmesine ya da kendisini korumasına ilişkin olup hiçbir zaman bir siyasal ya da askeri işbirliği düzenlemesi değildir. Başka bir ifadeyle, o tarihe kadar Osmanlılar tek başlarına bir dış politika yürütmeye çalışmışlardır. Oysa, 1798 Osmanlı-Rus Andlaşması ve 1799 Osmanlı-İngiliz Andlaşması ile Osmanlı Devleti, Fransa'nın Doğu Akdeniz'deki emellerine engel olmak üzere, ilk kez bir ittifak içine girmeyi kabul etmektedir.³⁹

³⁷ PAZARCI, age, s. 65.

³⁸ PAZARCI, age, s. 65-66.

³⁹ PAZARCI, age, s. 66-67.

Osmanlıların dış ilişkileri bakımından ilk iç örgütlenmeye gitmeleri bile Kanuni Sultan Süleyman dönemine varmaktadır. Nitekim, ilk kez 1524 yıllarında dış ilişkileri yürütmek üzere bir kişinin Reisülküttap adıyla görevlendirildiği görülmektedir.⁴⁰ İlk dışişleri bakanlığı biçiminde bir örgütlenme ise 1835'te Hariciye Nezareti'nin kurulması ile gerçekleşmektedir.⁴¹

Diplomasi temsilcilerine karşı Osmanlıların davranışı da önceleri tek-tarafli tanınan bir ayrıcalık biçiminde değerlendirilerek, savaş zamanlarında bu ayrıcalığın yine Osmanlı Devleti'nin tek-tarafli bir işlemleri ile kaldırıldığı gözlenmektedir.

Osmanlıların yabancı devletlerle düzenli diplomasi ilişkileri içine girmesi de bir hayli geç gerçekleşmiş bulunmaktadır. Avrupalı Devletlerin, Osmanlı Devleti'nde sürekli elçi bulundurmaya 16. yüzyılda başlamış olmasına rağmen ilk Osmanlı elçileri III. Selim tarafından 1793'te Londra'ya ve sonra da Paris, Viyana ve Berlin'e gönderilmişlerdir. Bu uygulama otuz yıl kadar sürmüş ve daha sonra elçiler geri çekilmiştir. Elçilerin yeniden atanması 1834'te olmuştur.⁴²

Osmanlı tarihinde Osmanlı Devletinin uluslararası hukuk düzenini tamamen kabul ederek bu düzenin taraflarından biri olması, 3 Mart 1856 Paris Andlaşması ile gerçekleşmiştir. Paris Andlaşmasını hazırlayan Konferans Osmanlı Devleti'nin çok tarafli bir andlaşma yapmak üzere birçok devletle birlikte katıldığı ilk uluslararası konferans olmaktadır. Bu Andlaşmanın 7. maddesi bir taraftan Osmanlı Devleti'ni o dönemde Avrupalılarca "Avrupa kamu hukuku" diye adlandırılan uluslararası hukuk düzeninin tam taraflarından biri olarak kabul ederken, diğer taraftan, Osmanlı Devleti'nin egemenliğini ve ülke bütünlüğünü tanımakta ve garanti etmektedir.⁴³

Osmanlı'da Tanzimat dönemine kadar, devletler hukuku ile ilgili hükümler, cihad, meğazi veya siyer başlıkları altında veya fıkıh kitaplarında bu isimlerle müstakil bölümler halinde; yahut aynı isimlerle yazılan müstakil eserlerde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁴⁰ Reisülküttaplık kurumu üzerinde yapılan değerlendirmelerde, bu kurumun ne zaman oluşturulduğu konusunda tarihçiler fikir birliği içinde değildir. Reisülküttaplık kurumuna Fatih Kanunnamesinde rastlandığı için bu kurumun Fatih dönemine ya da daha önceki bir döneme ait olduğu ileri sürülmüştür. Diğer bir görüşe göre, Kanuni Sultan Süleyman zamanında, çeşitli kanunname çalışmaları nedeniyle, nişancının yükünü hafifletmek üzere oluşturulan bir kurumdur. 16. yüzyıl başlarında Reisülküttap, nişancının emrinde çalışan, Divanı Hümayun'da görevli bir grup katibin yöneticisini ifade etmekteydi (AHISKALI, Recep, Osmanlı Devlet Teşkilatında Reisülküttâblık (XVIII. Yüzyıl), İstanbul 2001, s. 2-4).

⁴¹ PAZARCI, age, s. 66-67.

⁴² PAZARCI, age, s. 66-67.

⁴³ PAZARCI, age, s. 69.

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

Şer'îye Sicilleri, Osmanlı padişahlarının akdettiği andlaşmalar ve bütün Osmanlı kanunları, Tanzimat'a kadar müslüman Türk devletlerinde, devletler hukuku alanında, İslam devletler hukukuna ait şer'î hükümlerinin uygulandığını ve bunların diğer tali kaynaklarla desteklendiğini göstermektedir. Tanzimattan sonra ise, durum tamamen değişmiş ve Avrupa'da yeni yeni gelişen konuyla ilgili hükümler, Osmanlı hukukunda da tesirli olmuştur.⁴⁴

V. OTTOKAR'IN HUKUK-I MİLEL'İ

Osmanlı hukukçularının uluslararası hukukla ilgilenmesi de Tanzimat döneminde Avrupa hukuku anlayışının kabullenilmesi ile başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde uluslararası hukuka Avrupa anlayışında ilk ilgi, Gülhane Fermanının kabulü sıralarında çevirmen Halis Efendi tarafından gerçekleştirildiği zannedilen, Vattel'in "Le droit des gens" adlı kitabının 2 cilt olarak çevirisi ile başlamaktadır. El yazması bu çeviriden sonra, ilk Türkçe yazılmış uluslararası hukuk kitabı Almanca bir uluslararası hukuk kitabından büyük ölçüde yararlanılarak Avusturya'nın İstanbul Elçiliği çevirmeni olan Baron Schlecta Ottokar tarafından kaleme alınan Hukuk-ı Milel adlı kitap⁴⁵ olmaktadır.⁴⁶

Ottokar tarafından hazırlanan Hukuk-ı Milel kitabının düzeltilmiş, birtakım ilavelerle ikinci baskısı Hicri 1295 tarihinde İstanbul'da Bab-ı Âli karşısında Elcevaib matbaasında basılmıştır. İki cilt ve bir ekten oluşan kitap 190 sayfadır.

Kitabın birinci cildi, giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Devlet Çeşitleri ve Politika Usulü,⁴⁷ İkinci Bölüm, Genel Olarak Devletlerin Ülke Hukuku⁴⁸ ve Üçüncü Bölüm ise Devletlerin Aralarındaki Dostluk Bağının Kuvvetlendirilmesini Sağlayan Çeşitli Düzenlemeler⁴⁹ başlıklarını taşımaktadır.

Kitabın ikinci cildi ise, giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Savaşan Devletlerin Birbirleri Karşısında Durumları,⁵⁰ İkinci Bölüm, Yardım etme ve Yardım gönderme Esbab-ı Tedarikini Yüklenmiş Olan Müttefik Devletlerin Durumu,⁵¹ Üçüncü Bölüm, Tarafsızlık Usulünü Tercih Eden

⁴⁴ CİN / AKGÜNDÜZ, age, s. 434.

⁴⁵ Bu kitap, iki ayrı kısım olarak, 1837'de Viyana'da basılmıştır. Kitabın iki kısmı birleştirilerek bir ikinci baskının 1879'da İstanbul'da gerçekleştirildiğine tanık olunmaktadır. İncelediğimiz nüsha bu ikinci baskıdır.

⁴⁶ PAZARCI, age, s. 69-70.

⁴⁷ OTTOKAR, Birinci Cilt, Birinci Bölüm, s. 6-21 arasında 11 benden oluşmaktadır.

⁴⁸ OTTOKAR, Birinci Cilt, İkinci Bölüm, s. 21-52 arasında 22 benden oluşmaktadır.

⁴⁹ OTTOKAR, Birinci Cilt, Üçüncü Bölüm, s. 52-99 arasında 30 benden oluşmaktadır.

⁵⁰ OTTOKAR, İkinci Cilt, Birinci Bölüm, s. 104- 135 arasında 21 benden oluşmaktadır.

⁵¹ OTTOKAR, İkinci Cilt, İkinci Bölüm, s.136-143 arasında 4 benden oluşmaktadır.

Devletlerin Durumu⁵² ve Dördüncü Bölüm ise Barış Maddesine Dair Geçerli Olan Bazı Genel Usuller⁵³ başlıklarını taşımaktadır.

Kitabın ekinde ise, Asya devletleri, Afrika devletleri ve Amerika devletleri başlıklarıyla o dönemde varolan devletlerin nüfus, yüzölçümü, ekonomik durumu ve askeri gücü hakkında bilgiler verilmektedir.

Kitabın içeriğine girmeden önce bazı hususlara dikkat çekmek gerekmektedir.

Kitapta kullanılan terminolojiye baktığımızda milletlerarası hukuk disiplininin 40 kez bahsedilmekte, fakat milletlerarası hukuk uzmanlarından iki istisna dışında bahsedilmemektedir. Bunun yerine politika bilimi ve uzmanlarından bahsedilmektedir. Genellikle günümüz devletler hukuku kavramlarının tanımlamaları verilirken politika bilimi terimi olarak bahsedilmekte ve politika bilimi uzmanlarından bahsedilmektedir. Bu şekilde tam 33 kez politika bilimi uluslararası hukuk bilimi olarak ifade edilmiştir. Kitabın tamamında yalnız bir yerde devletler hukuku terim olarak kullanılmıştır.

Kitap bir bütün olarak ele alındığında, o dönemde uluslararası hukuk, uluslararası ilişkiler ve uluslararası görgü kurallarının kesin çizgilerle birbirinden ayrılmadığını, hatta birlikte uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirildiğini düşünebiliriz. Kitabın sistematığına baktığımızda ise, genel olarak, birbiriyle bağlantılı konular sırasıyla verilmektedir.

Sırasıyla bölümleri ana hatlarıyla incelediğimizde;

Birinci cilt; ağırlığını uluslararası hukukun oluşturduğu, uluslararası ilişkiler, devletler özel hukuku ve uluslararası görgü kurallarının iç içe geçtiği bir kitap görünümündedir.

Birinci bölüm, bir taraftan devlet çeşitleri ve yönetim şekillerinden diğer taraftan da denge politikası, andlaşmalara dayalı sistem ve hegemonya sisteminden yani o dönemde var olan uluslararası ilişkiler kuramlarından bahsetmektedir.

İkinci bölümde, uluslararası hukukta ülke ve sınır kavramı, ülke kazanım şekilleri, vatandaş-yabancı ayrımı, vatandaşlığın kazanımı, yabancıların malları ve bunlar üzerinde ülke devletinin yetkileri, suçluların iadesi, deniz hukuku, bu çerçevede sahildar devletler, bunların hakları, devletlerin deniz üzerindeki hakları ve bununla bağlantılı diğer hususlar ve milletlerarası işbirliği konuları incelenmektedir. Bu bölümde uluslararası hukuk, devletler özel hukuku ve uluslararası görgü kuralları iç içe geçmiş durumdadır.

Devletlerarası ilişkilerin yürütülmesini sağlayan, bunları geliştiren elçilik kurumunun yanısıra konsolosluk kurumu ve andlaşmalar hukuku üçüncü

⁵² OTTOKAR, İkinci Cilt, Üçüncü Bölüm, s. 143-165 arasında 14 bendden oluşmaktadır.

⁵³ OTTOKAR, İkinci Cilt, Dördüncü Bölüm, s. 165-172 arasında 5 bendden oluşmaktadır.

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

bölümün ana konularıdır. Bu bölümde elçilerin sınıf ve dereceleri, sayı ve niteliği, kabul eden devlette sunacakları itimatnamenin içeriği ve itimatnamelerin sunulması, elçilere gösterilmesi gereken saygı, öndegelme sorunu, elçilerin görevleri ve sorumlulukları, dokunulmazlıklar ve bağısıklıklar, elçiliklerin kapatılması, elçilerin istenmemesi, görevlerinin sona ermesi, konsolosluklar, andlaşmaların hazırlanması, andlaşma çeşitleri, andlaşmaların sona ermesi, uyuşmazlıkların çözümü ve mukabele-i bilmisil uygulaması konuları incelenmiştir. Bu bölüme genel olarak bakıldığında konular, bir iki istisna dışında uluslararası hukukun ana konularıdır.

Yazar, ikinci ciltte bütünüyle günümüz uluslararası hukuk konularını dönemine uygun olarak değerlendirmektedir.

Savaşan devletlerin birbirlerine karşı durumları ana başlığını taşıyan birinci bölüm, savaş, savaşın çeşitleri, savaşın sebepleri, savaş kuralları, savaş ilanı, savaş çıktığında ülke dışındaki vatandaşların ülkeye dönmeleri ve düşmanla ilişkilerin kesilmesi, düşman devlet vatandaşları ve malları hakkında uygulanacak kurallar, düşmanı öldürmek, düşmanı hapsedmek, casuslar, asiler, düşman devlet hükümdarı, ailesi ve yakınları hakkında uygulanacak kurallar, düşman malları, istila ve yağma, ateşkes, rehin verilmesi gibi konular ayrıntılarıyla incelenmiştir.

İkinci bölüm ise, kısa bir bölüm olup, savaşta yardım etme ve yardım göndermeyi yüklenmiş olan müttefik devletler ana başlığıyla, yardım etme ve yardım gönderme konularında andlaşma çeşitleri, müttefiklerin birbirlerine karşı yüklendikleri çeşitli yükümlülükler, düşman devlete karşı müttefiklerin durumu konuları ayrıntısıyla incelenmiştir.

Üçüncü bölüm, savaşta tarafsız olan devletler ana başlığı altında, tarafsızlık usulünün anlamı, çeşitleri, tarafsızlığı seçen devletlerin yüklendikleri yükümlülükler, düşman vatandaşının tarafsız ülkeden gönderilmesi, savaşan devletlerin askerlerinin tarafsız bulunan devlet ülkesine kabul edilmesi, tarafsızlığı seçen devletlerin halkı ve bunların emlak ve malları hakkında yürürlükteki kurallar, tarafsız devletlerin ticari işleri hakkında geçerli olan kurallar, tarafsız gemi kavramı, tarafsız gemilerin taşıdıkları mallara dair geçerli olan kurallar, taşınması yasak mallar, tarafsız gemilerin araştırılması, tarafsız gemilerin zabt edilmesi ve yağmalanması, abluka ve savaş zamanında zabt edilen tarafsız gemiler hakkında yürürlükteki kurallardan bahsedilmektedir.

Barış hususunda bazı genel usuller, dördüncü bölümün başlığıdır. Bu başlık altında barışın yapılma şekli, barışa ilişkin andlaşma çeşitleri, barışın esası, barış andlaşmalarında bulunan çeşitli hususlar, barışın ne şekilde ilan ve icra olunduğu alt-başlıkları çerçevesinde barış ana hatlarıyla irdelenmiştir.

Kitabın ekinde⁵⁴ ise günümüzde bir kısmının varlığı devam eden, bir kısmının ise tarihte kaldığına şahit olduğumuz 15 Asya devleti, 4 Afrika devleti ve 12 Amerika devletinden bahsedilmektedir. Bu bölümde Amerika Birleşik Devletlerinin süper güç olma yolunda işaretler verdiğini görüyoruz.

VI. DEĞERLENDİRME

Uluslararası hukuk, henüz gelişimini tamamlamamış, gelişmekte olan bir hukuktur. Uluslararası hukukun bir hukuk sisteminde bulunması gereken olanaklardan tamamen olmasa bile kısmen yoksun olduğu herkesçe kabul görmektedir. Günümüze ulaşıncaya kadar siyasi yapı, ekonomik yapı, dini ve ahlaki değerler, kültürel değerler ve teknik ve teknolojik verilerden etkilenecek geliştigi de genel kabul görmektedir. Bunlardan dini değerlerin bilhassa insancıl hukuk bağlamında uluslararası hukuka katkısı inkar edilemez. Hakkında çok fazla kaynak bulunduğu halde, uluslararası hukukun en az bilinen ve incelenen konulardan birisi, uluslararası hukukun alt başlıklarından İslam devletler hukukudur. Bu duruma en önemli sebep olarak, günümüz uluslararası hukukun sistematigi ile İslam devletler hukukunun sistematigi arasındaki ciddi farklılıklar gösterilebilir. Diğer taraftan Osmanlı'nın Tanzimat'la birlikte Batıyla beraber olma çabaları, 1856 yılında Avrupa Kamu Hukukunun bir parçası olması, Osmanlı'da özellikle Tanzimat'tan sonraki dönemde uluslararası hukuk ile alakalı eserlerde tamamen Batıdaki gelişmelere yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu uluslararası hukukun kendi içinde sahip olduğu farklılığı, bunun yanısıra geçirdiği evrimi İslam anlayışının ilk dönemlerinin ürünü olan ve Osmanlı'nın son dönemlerine yakın bir zamana kadara yararlandığı bir eser ile İslam hukukunu yaşamış ve yaşatmış olan Osmanlı Devletinin son döneminde yararlandığı bir eseri bir arada inceleyerek çok rahat anlayabiliriz.

Şeybani'nin Es-Siyer'ül-Kebir'i kazuistik yöntemle hazırlanmış bir eserdir. Günümüz uluslararası hukuk konularından hem içerik, hem de kapsam itibarıyla çok farklıdır. Bir kere konu itibarıyla dar kapsamlıdır, savaş hukuku ve bu çerçevedeki konular ana konusu iken, Ottokar'ın Hukuk-ı Milel'i savaş hukukunun yanısıra, deniz hukuku, elçilik ve konsolosluk gibi günümüz uluslararası hukukun diğer konularını da kapsamaktadır.

Es-Siyer'ül-Kebir'de sistematik olarak alt başlıklar bulunmamakta ve somut örneklere cevaplar verilmekte iken, Hukuk-ı Milel yukarıda belirttiğimiz gibi alt başlıklar altında teorik çerçeveyi vermektedir.

Her iki eserde de kuvvet kullanmayı bir hak olarak görmekteyiz. Kuvvet kullanma, buna bağlı olarak şekle ve esasa ilişkin konular her iki eserin ana konularıdır diyebiliriz.

⁵⁴ OTTOKAR, Ek, s. 173-190.

Osmanlıda İslam Devletler Hukuku

Hukuk-ı Milel, laik uluslararası hukuk anlayışının bir ürünüdür. Bu eserde dine dayalı bir uygulama tasarlanmamıştır. Es-Siyer'ül-Kebir ise zaten kitabın Türkçe isminden de anlaşıldığı gibi İslam Devletler Hukukudur. Bu kitapta devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde ölçüt, darülharp-darüislam ayrımına bağlıdır. Zaten teorik olarak tek bir İslam ülkesinden bahsedilmektedir. Bu ülkeye bağlı insanlar da yine dinlerine göre bir ayrıma tabidirler.

Her iki eser de uluslararası hukuk dışında başka konuları da kapsamaktadır. Ancak Hukuk-ı Milel'deki uluslararası hukuk dışı konular, uluslararası hukukun etkilendiği, bağlantılı olduğu diğer sosyal bilimlerle ilgili iken, Es-Siyer'ül-Kebir uluslararası hukuka tamamen uzak konuları da işlemiştir.

SONUÇ

Uluslararası hukukun genel tarihi, insanlık tarihinin bir parçasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, insanlık tarihini etkileyen her olay uluslararası hukuk tarihi bakımından bir anlama sahip değildir. Bazı olaylar vardır ki, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak uluslararası hukuku etkilemiştir. Uluslararası hukukun gelişimini etkileyen olaylardan birisi de dinlerin ortaya çıkmasıdır. Dinler, sahip olduğu anlayışa uygun olarak bir hukuk düzeni ortaya koymuştur.

İslam hukukunun etkisi yalnızca müslüman topluluklar üzerinde kendisini göstermiştir. Müslümanların uluslararası hukuka dair olarak Orta Çağdan itibaren telif ettikleri eserlerin çokluğuna rağmen bugün geçerli olan uluslararası hukukun kurumları ya da kurallarının oluşumu üzerinde pek etkili olamamıştır.

Şeybani tarafından hazırlanan Es-Siyer'ül-Kebir, belki de dünya hukuk tarihinde ilk defa telif edilen bağımsız devletler hukuku kodudur. Devletler Genel ve Devletler Özel Hukukunu ve başka hukuk konularını da içeren bu kod, Karahanlı hukukçu Serahsi tarafından beş cilt halinde şerh edilmiştir. Bu eser İslam dünyasında uzun süre ana kaynak olarak kabul edilmiştir.

Osmanlı'da Tanzimat öncesi dönemde geçerli olan hukuk düzeni, İslam hukuku anlayışı üzerine kurulmuştur. Bu dönem hukuk kurumları açısından Avrupa hukuku anlayışına ve ondan kaynaklanan uygulanan uluslararası hukuka henüz kapalı bir dönemdir. Tanzimattan sonra ise, durum tamamen değişmiş ve Avrupa'da yeni yeni gelişen konuyla ilgili hükümler, Osmanlı hukukunda da tesirli olmuştur.

Bu etkileşimin bir sonucu olarak Avrupa'nın sahip olduğu değerle Osmanlı tarafından kabul edilmeye başlanmıştır. İlk Türkçe yazılmış uluslararası hukuk kitabı Almanca bir uluslararası hukuk kitabından büyük ölçüde yararlanılarak Avusturya'nın İstanbul Elçiliği çevirmeni olan Baron Schlecta Ottokar tarafından kaleme alınan Hukuk-ı Milel adlı kitap olmaktadır.

KÜTÜKÇÜ

Bu eser, Osmanlı Devleti'nin diğ er alanlarda oldu ğ u gibi uluslararası hukuk alanında vermiş oldu ğ u Batılılaş ma mücadelesinin bir göstergesidir.

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

On ne doit pas tirer sur des moineaux avec un canon.

Walter Jellinek

Arş. Gör. A. Ziya ÇALIŞKAN*

Introduction

Le principe de proportionnalité est un principe fondamental pour structurer juridiquement le champ de la liberté laissée à l'administration. C'est à la juridiction administrative d'y avoir recours, pour parvenir à ce résultat¹.

Le principe de proportionnalité existe quasiment dans tous les systèmes juridiques des pays européens. La nature de l'existence n'est pas toujours la même, mais nous pouvons la constater explicitement ou d'une façon implicite dans leurs droits. Le principe de proportionnalité est né dans les pays germaniques et fût aussi développé par les jurisprudences de la Cour administrative suprême de Prusse dès le début du siècle. Son champ d'application était auparavant, pour un début, l'exercice des mesures de police et la protection des libertés publiques, comme cela a été le cas en France. Avec La Loi Fondamentale Allemande de 1949, le principe de proportionnalité prend une nouvelle dimension et obtient une valeur constitutionnelle et devient un principe fondamental du droit public en Allemagne.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ Pour une étude approfondie, voir: **Philippe**, X. Le Principe de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Française, Economica, Marseille 1990; **Xynopoulos**, G. Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Légalité en France, Allemagne et Angleterre, Thèse; Université Paris II, 1993.

Le Juge Administratif Français Et Le Principe De Proportionnalité

Le principe de proportionnalité est défini généralement, comme une exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise.

Ce travail consistera à voir si le principe de proportionnalité, qui est pour la plupart des Etats européens un principe général du droit public, est utilisé ou pas par le juge administratif français et si « oui », dans quelle rigueur. Une première partie sera consacrée aux fondements et au contenu du principe tout en évoquant l'exigence de rationalité et d'équité dans le fonctionnement de l'action administrative et une deuxième partie s'agira du contrôle de la légalité des actes administratifs en droit administratif français.

I. La proportionnalité ; une exigence de rationalité et d'équité dans l'action administrative

La manifestation la plus courante du principe de proportionnalité correspond à une fonction contentieuse. La proportionnalité permet de guider le juge dans son appréciation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration. A chaque fois que le juge est appelé à se prononcer sur les faits ou les décisions de l'administration, il doit vérifier l'exactitude de l'équilibre qui devrait avoir entre l'objectif, c'est-à-dire le but poursuivi par l'administration et les moyens employés pour y parvenir. Cette idée d'équilibre logique dans l'application de l'action administrative qui résulte du principe de proportionnalité, oblige ce dernier à réagir dans son action avec une certaine rationalité et une certaine équité².

A. Les fondements variables du principe de proportionnalité

La nature du principe de proportionnalité varie d'un pays à l'autre. Dans la plupart des pays, la seule source du principe est la jurisprudence. Encore faudrait-il distinguer les pays où la jurisprudence utilise l'expression « principe de proportionnalité » ou « proportionnalité » comme c'est le cas en Autriche par exemple, de ceux où c'est la doctrine qui utilise ces expressions dans son analyse ou sa synthèse de la jurisprudence, comme c'est le cas en Belgique ou en France. Nous pouvons constater des pays qui consacrent formellement une place au principe dans leur système juridique comme c'est le cas en Hollande ou au Portugal et aussi des pays où le principe n'est reconnu que par la jurisprudence. La France fait partie des pays dont le principe n'est reconnu que par la jurisprudence. Mais contrairement à d'autres pays, en France, même la jurisprudence ne parle pas explicitement de ce principe. L'idée du principe est évoquée par d'autres termes. C'est soit l'idée du « strict nécessaire » qui est en

² **Guibal**, M. « *De la Proportionnalité* », AJDA, 1978, p. 478-479.

cause et qui nous rappelle le principe, soit on parle de « moyens disproportionnés » dans le fonctionnement de l'action administrative³.

Dans le droit français aucun texte ne consacre de disposition traitant du principe de proportionnalité. Il n'a toujours pas été connu comme principe général du droit public. Il n'a été affirmé comme tel ni dans la législation ni dans la jurisprudence ; mais on ne peut pas dire qu'il n'y joue aucun rôle. Le terme de « proportion » a été employé à plusieurs reprises, dans les arrêts du Conseil d'Etat. Les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions, et la doctrine dans ses commentaires, ont recours au terme. Même lorsqu'elle n'apparaît pas expressément, l'idée est sous-jacente. En fin de compte, le juge administratif français a appliqué le principe sans le savoir, ou plus exactement, sans le dire⁴.

L'erreur manifeste d'appréciation et une théorie appelée la théorie du bilan⁵, ont été pris par la doctrine comme des moyens pour remplir la fonction du principe de proportionnalité. La doctrine a découvert des applications du principe dans différents arrêts rendus par le juge administratif. Etant donné que le terme de proportionnalité n'était quasiment jamais cité par le juge, la doctrine a prétendu que les arrêts dont le raisonnement reposait sur l'erreur manifeste d'appréciation ou sur l'application de la théorie du bilan étaient, en effet, le recours implicitement fait au principe de proportionnalité.

B. Contenu du principe de proportionnalité

Le contenu du principe de proportionnalité correspond à une conception des rapports entre l'individu et la puissance publique. L'hétérogénéité du principe de proportionnalité le présente sous des formes différentes, mais il est défini généralement par la doctrine comme l'exigence d'un rapport, d'une adéquation et d'un équilibre entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise. Mais ces deux éléments ne suffiraient pas pour une définition complète, il faudrait y ajouter aussi la situation de fait à laquelle s'applique la décision administrative⁶.

Le principe comporte trois exigences en son contenu; une certaine aptitude, une nécessité et un rapport de proportion stricto sensu dans chaque cas où le juge a recours au principe. Il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision. L'application du principe consiste en effet de contrôler l'administration dans ses relations avec les administrés afin de trouver un rapport raisonnable entre les mesures prévues, le but poursuivi et la

3 **Fromont**, M. « *Le Principe de Proportionnalité* », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 158.

4 **Braibant**, G. « *Le Principe de Proportionnalité* », Mélanges Marcel Waline, Tome II, LGDJ, Paris 1974, p. 298-299.

5 Voir note de bas de page, n°. 16.

6 **Braibant**, p. 298.

Le Juge Administratif Français Et Le Principe De Proportionnalité

situation de fait, dans son fonctionnement. L'objectif est de ne pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire. « *La règle est la liberté, la restriction l'exception* »⁷.

Le contrôle du pouvoir discrétionnaire est à la base du principe et y donne son aspect fondamentale. Le principe a pour effet de structurer juridiquement le champ de la liberté d'appréciation laissé à l'administration. Les premières applications du principe, que ceux soient en France ou dans les autres pays européens, étaient souvent en matière de police. Il en résulte que la logique de l'application du principe, donc le reflet du contenu, était de vérifier, cas par cas, si les mesures de police étaient nécessaires dans les situations pour lesquelles elles étaient prévues pour parvenir aux objectifs et buts poursuivis. Si elles étaient appropriées et si elles demeuraient dans des justes proportions par rapport aux buts poursuivis⁸. La fonction du juge administratif en faisant recours au principe, en appliquant le principe, était de vérifier si l'administration imposait à la liberté des restrictions qui excédaient ce qui était nécessaire.

En bref, appliquer le principe de proportionnalité, c'est de vérifier l'exigence d'une adéquation à la fin de l'intérêt public poursuivi. Plus exactement, quelque soit l'étendu du pouvoir administratif, c'est le fait d'exiger un certain équilibre dans les décisions administratives entre les intérêts en présence. C'est-à-dire, mettre en balance les objectifs des décisions administratives et les intérêts en cause, dans le champ d'application de ces décisions, qui en subiront les conséquences.

II. Le contrôle de la légalité des actes administratifs et le principe de proportionnalité

Contrairement à d'autres pays comme l'Allemagne ou la Suisse, en France le principe de proportionnalité est dépourvu d'une reconnaissance textuelle. La juge est amené à exercer un contrôle d'une façon beaucoup plus timorée. Comme nous l'avons déjà vu, le juge français utilisait le contrôle de proportionnalité sans le savoir et plutôt sans le dire.

C'est à partir du contrôle de la légalité des actes administratifs que le Conseil d'Etat a commencé à mieux dessiner le contenu de la notion de proportionnalité.

La proportionnalité trouve ses origines au sein du droit administratif, plus précisément dans le domaine de la légalité des actes administratifs. C'est là une garantie importante pour les citoyens, car l'action administrative doit se dérouler selon une règle de référence préétablie et non de façon arbitraire. On va d'abord

⁷ Conc. Corneille, sur CE 10 août 1917, *Baldy*, cité par; **Chapus**, R. Droit Administratif Général, Tome 1, 15^{ème} édition, Montchrétien, Paris 2001, p. 727.

⁸ **Chapus**, p. 1078.

analyser les aspects généraux du contrôle de légalité en France, pour que l'on puisse mieux comprendre l'évolution de celui-ci.

A. Les aspects généraux du contrôle de légalité

Le contrôle de légalité est, en effet, l'une des tâches les plus importantes du juge administratif. En France, il est effectué principalement dans deux cas ; le recours pour excès de pouvoir, qui doit être déposé dans les deux mois qui suivent la publication de l'acte et l'exception d'illégalité, qui ne peut être invoqué que lors d'une instance juridictionnelle, sans condition de délai.

C'est au travers d'une lente évolution que le juge déterminera les différents cas d'ouverture, c'est-à-dire les catégories d'arguments que le demandeur peut invoquer à l'appui d'une requête en annulation d'acte.

Au sens large on peut parler de deux modalités de vices de légalité. D'une part, un acte administratif peut être annulé en fonction d'un vice d'incompétence ou d'un vice de forme (illégalité externe⁹). De l'autre, il se peut aussi que l'illégalité découle soit d'une erreur de droit soit d'une erreur de fait ou même d'un détournement de pouvoir (illégalité interne¹⁰).

L'évolution du contrôle de légalité des actes administratifs en France, est du au caractère jurisprudentiel du droit administratif français et à la croissance des techniques du contrôle par le juge administratif.

B. D'un contrôle restreint à un contrôle normal ou maximum

Dans le contrôle interne de la légalité, lié à « l'erreur de fait », si l'administration s'est fondé pour prendre sa décision sur des faits inexacts, alors qu'elle n'aurait pas pris la même décision si elle avait connu la réalité des faits, l'acte administratif serait annulé par « erreur de fait ». C'est avec l'arrêt Camino¹¹ du 14 janvier 1916 que le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier la matérialité des faits sur lesquels l'administration s'est fondée.

Deux années auparavant, le juge administratif avait déjà décidé qu'il devait opérer la qualification juridique des faits dans l'arrêt Gomel¹² (CE 4 avril 1914, Rec. 488). Ainsi depuis cet arrêt, le recours pour excès de pouvoir permet de vérifier la bonne application de la loi aux circonstances de l'espèce. Cependant ce contrôle n'était envisageable qu'en cas de compétence liée de

⁹ **Chapus**, p. 1023 et s.

¹⁰ **Chapus**, p. 1039 et s.

¹¹ **Long, M./ Weil P./ Braibant G./ Dévolvé, P./ Génevois, B.** Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, GAJA n° 31, 14^{ème} édition, Dalloz, Paris 2003, p. 182 et s.

¹² GAJA, n° 30, p. 173 et s.

Le Juge Administratif Français Et Le Principe De Proportionnalité

l'administration, c'est-à-dire dans une situation où il n'existe aucune marge de manœuvre.

Dans la célèbre décision du 19 mai 1933, Benjamin¹³, le Conseil d'Etat a annulé une décision par le maire pour le motif que ; « il résulte de l'instruction que l'éventualité des troubles, allégué par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

Dans l'arrêt Benjamin le Conseil d'Etat a affirmé que le maire, devait concilier les mesures prises en obéissance à ses obligations posées par la loi de maintien de l'ordre avec le respect de la liberté de réunion, garantie par la loi elle aussi.

Le contrôle restreint de qualification, souvent appelé contrôle minimum, s'est alors développé à partir des années 1960, dans des domaines qui relevaient jusque là du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il est caractérisé par la vérification que n'a pas été commise une « erreur manifeste d'appréciation ». Cette conception s'agit d'une disproportion entre les motifs de fait de la décision et le contenu de celle-ci ; mais simplement, pour que le juge puisse utilement la relever, la disproportion doit être manifeste, c'est-à-dire encore une fois évidente et grave tout ensemble.

Seules les erreurs grossières sont sanctionnées par le juge. Le juge ne se prononce pas sur l'appréciation des faits elle-même, mais sur l'erreur qui a pu entacher cette appréciation ; lorsque cette erreur est évidente, lorsqu'elle pourrait être décelée par le simple bon sens. Ce contrôle restreint, malgré son nom, réalise un progrès dans le contrôle du juge. Il s'agit en effet du stade le plus avancé du contrôle juridictionnel sur l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par l'administration.

Les évolutions du contrôle avec la généralisation du domaine de l'erreur manifeste, se font essentiellement lorsque sont en cause des droits fondamentaux, tels que les droits de propriété et les libertés essentielles.

D'abord utilisé dans le contentieux de la fonction publique¹⁴ et dans celui du remembrement rural, la notion « d'erreur manifeste » a été ensuite généralisée à la quasi-totalité des appréciations qui échappent au contrôle de la qualification juridique. Auparavant, même avec une volonté claire du législateur manifestée par l'ordonnance du 2 novembre 1945, le Conseil d'Etat refusa l'exercice de tout contrôle, se contentant d'exercer un contrôle restreint de qualification. Il y a donc une autolimitation du juge.

A partir de la découverte d'une condition légale, le juge exerce son « contrôle de qualification normal ou restreint ». Là où le législateur avait laissé

¹³ GAJA, n° 48, p. 294 et s.

¹⁴ CE 22 février 1963, Maurel, p. 119 ; CE 9 juin 1978, Lebon, p. 245.

le choix du motif ou de la mesure à l'administration, le contrôle peut être renforcé, au-delà de la lettre des textes. La notion d'erreur manifeste est principalement utilisée dans deux domaines ; les mesures de haute police et les appréciations techniques.

En effet depuis l'arrêt Librairie François Maspero du 2 novembre 1973¹⁵, le juge accepte de censurer les erreurs manifestes de l'administration dans l'appréciation des exigences de l'ordre public.

Il faut préciser que cette limitation du contrôle du juge ne porte que sur l'appréciation de l'opportunité de la mesure. Il y a toujours un contrôle sur les autres éléments de la décision ; incompétence, violation du droit, erreur de fait, détournement de pouvoir, vice de procédure et violation des formes substantielles.

Par ailleurs, toujours dans l'idée de renforcer l'étendue du contrôle du juge, s'ajoute une nouvelle construction jurisprudentielle traduite par la théorie du « bilan-coût-avantages »¹⁶. Selon la théorie du bilan, pèse les avantages et les inconvénients d'une décision ; c'est une application du principe de proportionnalité.

Cette jurisprudence est le fait de mettre en œuvre un contrôle de l'intérêt public, qui est de mettre en balance les avantages et les inconvénients, au regard de l'intérêt général, d'une décision administrative attaquée. Il s'agit effectivement d'assurer l'existence d'un réel intérêt public qui doit résulter du solde positif produit par la comparaison entre tous les inconvénients présentés par la mesure (atteintes à des droits, atteintes à des intérêts publics autres que ceux visés par la mesure, coût financier) et l'avantage obtenu par la promotion de l'intérêt public visé par la mesure. Dans cette jurisprudence, le juge abandonne une conception binaire des relations administration – citoyen (intérêt public-liberté) et adopte une conception multipolaire des relations dans lesquelles s'inscrit l'autorité administrative qui agit ; plusieurs intérêts s'affrontent, plusieurs intérêts privés (ceux dont les droits sont affectés négativement par la mesure prise et ceux qui vont en bénéficier) et plusieurs intérêts publics (outre celui dont l'autorité agissante à la charge, les autres intérêts publics dont sont responsables d'autres autorités publiques, y compris l'intérêt financier de la collectivité¹⁷).

¹⁵ GAJA, n° 90, p. 614 et s.

¹⁶ **Lemasurier**, J. « *Vers un Nouveau Principe Général du Droit ? Le Principe « Bilan-Coût-Avantages »* », Mélanges Marcel Waline, Tome II, LGDJ, Paris 1974.

¹⁷ **Ziller**, J. « *Le Principe de Proportionnalité* », AJDA, n° spécial, 1996, p. 185 et s.

Le Juge Administratif Français Et Le Principe De Proportionnalité

Cette jurisprudence du bilan, qui pour la première fois a été appliquée dans l'arrêt Ville Nouvelle Est du 28 mai 1971¹⁸, en est devenue une théorie du bilan. Le Conseil d'Etat, dans des matières telles que l'expropriation pour cause d'utilité publique, les dérogations aux plans d'urbanisme, les mesures de protection d'un site ou encore les refus d'autorisation de licenciement de salariés protégés, entre autres met en balance l'intérêt de la mesure attaquée et les inconvénients qu'elle présente. Ceux-ci peuvent résulter des atteintes à la propriété privée, du coût de l'opération, le cas échéant des ses inconvénients d'ordre social, ou encore des atteintes aux intérêts en présence. Le raisonnement du juge contient bien ainsi un bilan, dont l'actif est représenté par les avantages de la décision administrative, par son intérêt et le passif par son coût au sens large, par ses inconvénients¹⁹.

L'arrêt Ville Nouvelle Est du 28 mai 1971 ainsi a posé en principe qu' « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

Cette solution rendue en matière d'expropriation, quant à la notion d'utilité publique, a été étendue dans d'autres domaines tel que le contrôle des licenciements²⁰.

En somme, le principe de légalité conduit le juge à exercer une influence sur l'action administrative : le jugement qu'il porte sur celle-ci dépasse parfois un simple contrôle de légalité pour se réduire à un contrôle d'opportunité.

C'est dans ce contexte que le notion de proportionnalité apparaîtra d'une façon un peu nuancée ayant, au fond, les trois degrés de contrôle : un contrôle restreint, normal ou maximum. On voit donc que le principe de proportionnalité est sous-jacent à trois grands domaines d'intervention du juge de l'excès de pouvoir²¹.

Conclusion

En droit administratif français, l'apparition du principe de proportionnalité date du début du siècle, il trouve son premier champ

¹⁸ CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, Rec. 409; GAJA n° 89, p. 601 et s.

¹⁹ **Costa**, J.P. « *Le Principe de Proportionnalité dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat* », AJDA, 1998, p. 435-436.

²⁰ CE Ass. 5 mai 1976, *S.A.F.E.R. d'Auvergne et Ministre de l'Agriculture/Bernette*, Rec. 232 ; GAJA, n° 91, p. 625 et s.

²¹ **Costa**, p. 436.

d'application en matière de police. Le Conseil d'Etat, d'un point de vue pragmatique pose la règle en prenant comme base le concept du strict nécessaire. Cette règle avait été inaugurée dans une affaire mettant en cause la liberté des cultes.

Cette jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de s'appliquer tant aux mesures restreignant la liberté d'aller et de venir ou la liberté d'expression.

Le contrôle de proportionnalité a été exercé aussi à propos de l'examen du bien-fondé des décisions administratives approuvant ou non des règlements intérieurs d'entreprise. Dans des arrêts relatifs à ce sujet, le Conseil d'Etat n'a pas pensé à prendre en compte une adéquation précise entre la décision de l'autorité de police et les nécessités de l'intérêt général ou de l'ordre public. La rédaction des arrêts impliquait seulement que l'autorité administrative devrait rechercher une conciliation « raisonnable », c'est-à-dire suffisante, entre les différents intérêts et libertés en cause.

Ce principe n'a jamais été présenté, par le juge administratif français, comme un principe général du droit, pourtant le droit administratif repose bien sur des règles de droit objectif. Nous pouvons conclure en disant que le principe de proportionnalité n'a jamais existé formellement dans le droit administratif français, mais par contre ce principe existait depuis le début du siècle, mais était évoqué que d'une façon implicite.

karar incelemesi

**ÜCRET ARTIŞINI YETERSİZ BULUP İŞTEN AYRILAN İŞÇİNİN
İŞ AKDİNİN FESHEDİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU *

I- KARAR METNİ

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

ESAS NO : 2003/15604
TARAR NO : 2004/4330
TARİHİ : 8.3.2004

DAVA : Davacı ihbar, kıdem ve kötünıyet tazminatlarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, istek doğrultusunda karar vermiştir. Hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü.

KARAR : Davada iş akdi fesh edilen işçi haksız bir feshin bulunduğunu beyan etmiş; kıdem ve kötü niyet tazminatı istemiştir. Davalı ise; davacının verilen zammı kabul etmeyip fiili olarak işi bırakmak suretiyle akdi sona erdirdiğini söylemiştir. Dinlenen tanıklar davacının davalı tarafında yapılan zammı yeterli bulmayarak işyerini terk ettiğini beyan etmişlerdir. Yerel mahkeme tanık beyanlarını kabul ederek, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesine hükmetmiştir. Yetersiz olduğu iddia edilen davacıya yapılan zammın toplu sözleşmeden kaynaklanmayıp, tamamen işverenin isteğine bağlı ve işverenin takdir hakkını kullanarak işçilerine münasip bir zam yaptığı anlaşılmaktadır. Yapılan zammın yetersiz olduğu gerekçe gösterilerek işçinin fesih hakkı haklı görülmediğinden davanın reddi gerekirken mahkemenin aksine hareketle davanın kabulüne karar vermesi bozmayı gerektirmiştir.

* S.Ü. Hukuk Fakölteesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Karar İncelemesi

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 058.03.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

(Karar metni Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2004 tarihli 297nci sayısında yayınlanmıştır).

II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Karara konu olan olayda, davacı işçi, işveren tarafından yapılan ücret artışını yetersiz bulup işyerini terk etmiş ve iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiği iddiasıyla ihbar, kıdem ve kötüniyet tazminatlarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

İş uyuşmazlıkları işçi ile işveren arasında mevzuat, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ile taraflara sağlanan hakların uygulanmamasından veya eksik uygulanmasından veya bu haklara ilişkin bir hükmün yorumlanmasından veya mevcut hakların değiştirilmesi veya yeni haklar ihdas edilmesi için çıkan uyuşmazlıklardır¹. Bunlar, taraflarına ve muhtevasına bakılarak, hak ve menfaat uyuşmazlıkları ile bireysel ve toplu iş uyuşmazlıkları şeklinde ayrımlara tabidir².

Hak uyuşmazlığı, işçi ve işveren ilişkilerinde taraflardan birinin, diğerinin mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ihlal etmesi veya uygulamaması sebebiyle meydana gelen uyuşmazlığı ifade eder. Bu durumda, mevcut haklara ilişkin olarak, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara hak uyuşmazlığı denir. Menfaat uyuşmazlığı ise, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya mevzuat ile sağlanan hakların üzerinde yeni haklar sağlanması, mevcut hakların değiştirilmesi veya yeni haklar meydana getirilmesi nedeniyle ortaya çıkan iş uyuşmazlığıdır.

İş uyuşmazlıkları, tarafları göz önünde tutularak, bireysel iş uyuşmazlığı ve toplu iş uyuşmazlığı ayırımına tabi tutulur. Bireysel iş uyuşmazlıkları, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Toplu iş uyuşmazlıkları ise, işveren sendikası veya işveren ile işçi arasında çıkan uyuşmazlıklardır³.

¹ Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2003, s. 533; Haluk Hadi SÜMER, Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991, s. 535; Nurhan SÜRAL, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Ankara 1982, s. 1-4; Ercan AKYİĞİT, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, 4. B., Ankara 2005, s. 506.

² Turhan ESENER, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 540; ÇELİK, s. 533; SÜMER, s. 535; SÜRAL, s. 5,6; AKYİĞİT, s. 506.

³ ÇELİK 533,534; ESENER, s. 541; SÜMER, s. 537-538; SÜRAL, s. 9 vd. Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 459; Adil İZVEREN, İş

Uyuşmazlıklara ilişkin yapılan bu tanımlardan hareketle, olaydaki uyuşmazlık, bireysel menfaat uyuşmazlığıdır. Ancak Türk İş Hukukunda, bireysel uyuşmazlıkların konusunun menfaat uyuşmazlığı olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bireysel iş uyuşmazlıklarının iş sözleşmesinden veya mevzuattan kaynaklanabileceğini belirtmek suretiyle, bireysel iş uyuşmazlıklarını hak uyuşmazlıkları ile sınırlandırmaktadır⁴. Bazı yazarlar ise, hem hak uyuşmazlıklarının hem de menfaat uyuşmazlıklarının bireysel iş uyuşmazlıklarına konu olabileceğini ileri sürmektedir⁵.

Kanaatimizce, menfaat uyuşmazlıkları, hak uyuşmazlıkları gibi bireysel uyuşmazlıklara konu olabilir. Nitekim olayda, sözleşme ile tespit edilen ücretin ödenmemesi değil, ücrete ilişkin mevcut hakkın yeniden düzenlenmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda teorik olarak bireysel menfaat uyuşmazlığı söz konusu olmakla beraber, bu tür uyuşmazlıklarda toplu menfaat uyuşmazlıkları için öngörülen barışçı çözüm yollarına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. İşçi bu uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvuramaz ve toplu menfaat uyuşmazlığı haline dönüştüremez⁶. İş Mahkemelerinin görev alanını belirleyen İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi de bireysel iş uyuşmazlıklarını, sadece bireysel hak uyuşmazlıkları açısından ele almıştır⁷.

Belirtilen sebeplerden dolayı, bireysel menfaat uyuşmazlıklarının yargı yolu ile çözümü mümkün değildir. İşçinin bu durumda, grev, işi yavaşlatma gibi mücadelecî çözüm yollarına başvurması da söz konusu olamaz. Aksi halde, işveren iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir⁸. İşçinin bu durumda sadece iş sözleşmesini yenilememe veya usulüne uygun bir şekilde iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı vardır⁹.

Somut olaydaki uyuşmazlığın temeli ücrete zam yapılması konusuna dayanmaktadır. İş sözleşmesi ile düzenlenen ücretin yeniden tespit edilmesi

Hukuku, C. 1,2,3, Ankara 1974, s. 381; Fatih M. GÜMÜŞ, Türk Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972, s. 164.

⁴ Kenan TUNÇOMAĞ, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaştırma ve Tahkim, İstanbul 1973, s. 3; Nuri ÇELİK, İş Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, s. 381; ESENER, s. 548. İZVEREN, açık olarak menfaat uyuşmazlıklarının bireysel iş uyuşmazlıklarına konu olamayacağını belirtmektedir. İZVEREN, s. 380.

⁵ Metin KUTAL, Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Barışçı Yollarla Çözümlemesi, Sosyal Siyaset Konferansları, 19. K., İstanbul 1968, s. 221; Kemal OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. I, 4.B., İstanbul 1986, s. 112; SÜRAL, s. 9; SÜMER, s. 538.

⁶ SÜRAL, s. 9; SÜMER, s. 538.

⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, İş Yargılaması, IHFM, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1976, s. 400 vd.

⁸ OĞUZMAN, s. 112; SÜRAL, s. 9; SÜMER, s. 538.

⁹ KUTAL, s. 221; OĞUZMAN, s. 112; SÜRAL, s. 9.

Karar İncelemesi

hususlu bireysel menfaat uyuşmazlığı olarak kabul edilmektedir. İşçinin bu durumda başvurabileceği tek yol, iş sözleşmesini yenilememe veya usulüne uygun bir şekilde sona erdirmektir. Dolayısıyla olayda işveren tarafından yapılan zammın yetersiz olduğu gerekçesiyle işçinin işi fiilen bırakması, usulsüz fesih olarak kabul edilmelidir. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunumuza göre, işçinin ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatlarının ödetilmesini talep edebilmesi mümkün değildir. Bireysel iş uyuşmazlığının konusu “ücrete yapılan zam” değil de, ücretin işveren tarafından kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi olsa idi, hak uyuşmazlığı söz konusu olacaktı. Bu durumda işçi, sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahip olabilirdi. (4857 İş K.md. 24)

2- Olayda tartışılması gereken bir diğer nokta ise, iş sözleşmesini fesheden tarafın belirlenmesi hususudur. Daha önce belirttiğimiz gibi, aradaki uyuşmazlık, bireysel menfaat uyuşmazlığı olduğu için, işçinin yargı yoluna veya mücadeleciler çözüm yollarına başvurması mümkün değildir. Sadece sözleşmeyi usulüne uygun bir şekilde feshedebilir. İş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmiş olması farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bu sebeple kararda sözleşmeyi fesheden tarafın doğru olarak belirlenmesi gerekir.

Fesih beyanı her zaman açık ve belirgin olmayabilir. Nitekim, bazen tarafların davranışlarından da sözleşmeyi feshettiği anlaşılabilir. Doktrinde olayın şartlarına ve özelliklerine göre, fesih niyetinin yeterli ölçüde açıklandığı ve güven teorisine göre muhatabın bu davranışının feshe ilişkin bir irade olarak yorumlandığı hallerde fesih beyanının yapıldığı kabul edilmektedir¹⁰. Kararda işçi, iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürmekte ve ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatları talep etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sözkonusu olayda, işçinin verilen zammı kabul etmeyip, fiili olarak işi bırakmak suretiyle sözleşmeyi feshetmesini haklı görmemektedir. Nitekim işçinin işten ayrılması halinde, sözleşmenin işveren tarafından değil, işçi tarafından usulsüz olarak feshedildiğinin kabulü gerekir. İş sözleşmesini haklı bir neden olmadan fesheden işçinin işverenden ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatlarını talep edebilme hakkı yoktur^{11 12}.

¹⁰ Kenan OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 170-171; Haluk Hadi SÜMER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 93-94; EKONOMİ, s. 166-167; TUNÇOMAĞ, s. 201.

¹¹ Münir EKONOMİ, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 186; NARMANLIOĞLU, s. 279; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 1999, s. 212-213.

3- Olayda dikkatimizi çeken bir diğer nokta ise, ücret zammı konusunda işverenin toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri dışında serbest olup olmadığı, varsa bu serbestliğin sınırıdır.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 2. maddesine göre "Toplu iş sözleşmesi, iş akdi yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşmedir. Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir". Bu tanımdan hareketle, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler bakımından işveren, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen ücret artış oranlarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Ancak toplu iş sözleşmesinin tarafları değişen ekonomik durumlar karşısında sözleşmede değişiklikler yapmak ve sözleşmeyi yeni şartlara uyarlama imkanına sahiptirler¹³. Ülkemiz uygulamasında ücret zamları, fazla çalışma ücretleri, primler ve ikramiyeler gibi paraya ilişkin sözleşme hükümlerinin ihtiyaçlar ölçüsünde taraflarca değiştirildiği görülmektedir. Bu durumda sözleşme taraflarının değişen ekonomik koşulları göz önüne alarak işçiler için henüz bir hak olarak doğmayan sözleşmenin sonraki yılına ve dönemine ait ücret zamlarında değişiklik yapabileceklerini kabul etmek gerekir¹⁴.

İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu değil ise, işçi ile işveren iş sözleşmesi ile ücret miktarını açıkça belirleyebilir. Olayda "...yapılan zammın toplu sözleşmeden kaynaklanmayıp, tamamen işverenin isteğine bağlı ve işverenin takdir hakkını kullanarak işçilerine münasip bir zam yaptığı" anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işveren sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmamasından dolayı, yönetim hakkı çerçevesinde ücret artış oranını belirlemiştir. Yargıtay kararında "münasip bir zam" kavramına yer verilmiştir. İşverenin içinde bulunduğu olumsuz bir ekonomik durum, genel kriz gibi bir sebep yokken, özellikle enflasyon oranının altında bir artışın işveren tarafından belirlenmesi, işçinin lehine bir durum değildir. Bu durumda işçi sözleşmeyi yenilemeyebilir veya sözleşmeyi usulüne göre feshedebilir. Dolayısıyla yapılan

¹² Yargıtaya göre, ücret artışının yeterli olmaması ve zam isteğinin kabul edilmemesi, yahut ücretinin az olması nedeniyle işten ayrılan işçi ihbar ve kıdem tazminatı isteyemez. Y. 9HD, 24.9.1996 E. 1996/8892 K. 1996/17737, Tekstil İşv. D., Şubat 1997, s. 15; 24.12.1997, E. 1997/18437 K. 1997/22430, İşv. D., Temmuz 1998, s. 15; 19.2.1998, E. 1998/2241 ve N. Binnur TULUKÇU'nun incelemesi, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999, s. 1-2, s. 379-384; 3.7.1998, E. 1997/9357 K. 1998/11210, Tekstil İşv. D., Aralık 1999, s. 21.

¹³ ÇELİK, s. 511; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 330.

¹⁴ ÇELİK, s. 511; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 2.B., Konya 2000, s. 275.

Karar İncelemesi

zammin “münasip” olup olmadığı, her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

III- SONUÇ

Ücret artışını yetersiz bulup işten ayrılan işçi ile işveren arasında, iş sözleşmesinden kaynaklanan bireysel menfaat uyumsuzluğu söz konusudur. Bireysel menfaat uyumsuzluklarının yargı yolu ile çözümü mümkün değildir. Ancak taraflardan biri, sözleşmeyi usulüne göre sona erdirebilir.

Olayda işçinin ifadesinden sözleşmeyi işverenin feshettiği sonucu çıkarılamaz. İşçinin yapılan ücret zammını yeterli bulmayarak fiilen işi bırakmak suretiyle “ekonomik sebeplerle” İş Kanunu md. 17’ye göre sözleşmeyi feshettiğinin kabulü gerekir. Bu da işçiye ihbar ve kıdem tazminatı talep etme hakkı vermez.

Yerel mahkemenin işçinin ihbar, kıdem ve kıdem tazminatlarına ilişkin taleplerini kısmen hüküm altına alması hatalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin, işçinin sözleşmeyi usulsüz feshettiği kabul ederek, tazminat taleplerini reddetmesi yerindedir.

Seminer ve tebliğ metinleri

HUKUKUN BİLİMSELLİĞİ SORUNU*

Yrd. Doç. Dr. Ali Şafak BALI**

Giriş

Bu çalışmada, çağdaş dünyada ağırlıklı pozitif hukuk ile eşdeğer görülen hukuk kavramının, gerçekten de “olan hukuk” a indirgenip indirgenemeyeceği tartışmasına odaklı olarak, bir başka temel sorun, hukukun bilimselliği sorunu ele alınacaktır. Hukukun kendisine özgü bir bilim olduğu iddiası sorgulanacak, yani, “pozitif hukuk bilimi” denilen bilgi disiplinin gerçekte bu niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılacaktır.

Bu tartışma, hukukun yapılması, uygulanması ve değiştirilip yenilenmesi süreçlerinde bilimsel yöntemlerin rolünü anlamamızı sağlayacaktır. Bilim hukuk için ne ölçüde gereklidir? Gerekliliği ölçüsünde elverişli midir? Bilimsel nitelikli hukuk faaliyetleri hukukun gelişimine nasıl bir destek sağlamaktadır? Hukukun toplumsal ihtiyaçlar ve toplum üyelerinin hukuktan beklentilerine karşılık verip vermemesinde bilimin işlevi ne olacaktır? Bu çalışmada bütün bu sorulara önemli ölçüde açık ve anlaşılır cevaplar verilmeye çalışılacaktır.

Önce ana hatlarıyla toplumsal düzen kuralları ve hukuk normları arasındaki niteliksel ilişkiye bakmak ve bu ilişkiyi bilimsellik iddiası ile karşılaştırmak yararlı olacaktır. Sonra sırasıyla, Bilim nedir? Hukuk nedir? Hukuk bilim olabilir mi? sorularına cevap aranacaktır.

Toplumsal Düzen Kuralları ve Hukuk

Hukuk, günümüz toplumlarının en temel yapı taşlarından birisidir. Çağdaş toplumlar, “hukuk devleti” olmakla, “hukukun üstünlüğü” ilkesine bağlı kalmakla övünmektedir. Hukuksuz bir toplum düşünülemez. Bununla birlikte, hukuk toplumsal hayatın yegane düzenleyicisi ve belirleyicisi değildir.

* Bu çalışma 3-5 Aralık 2003 tarihinde Türk Sosyal Bilimler Derneği tarafından düzenlenen 8. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi’nde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş metnidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi ABD. Öğretim Üyesi

Hukukun Bilimselliği Sorunu

İnsanoğlunun toplum halinde yaşamaya başlamasıyla birlikte, mitolojik söylemlerden, dinsel kurallara, alışkanlıklardan gelenek ve örfelere, sübjektif değerlerden, ahlaki ilkelere pek çok farklı normatif düzen unsuru da toplumsal yaşantının şekillenmesinde pay sahibi olmuştur. Bu anlamda, toplumsal yaşam içerisindeki insan davranışlarını çok farklı ilke ve inanışların belirlediği söylenebilir. Örneğin, insanlar dini inanışları yada ahlak anlayışları öyle gerektirdiği için, kendilerini akraba ve komşularına yardım etme yükümlülüğü altında hissedebilir, yalan söylemekten kaçınabilir. Yine insanlar örf-adet ve görgü kuralları uyarınca yanlış olduğuna inandıkları için büyükleri yanında sigara ve içki içmekten çekinebilir. Başkasının canına, ırzına ve malına zarar vermemek, hırsızlık, dolandırıcılık yapmamak, adam öldürmemek için de benzer şeyler söylenebilir. Bu davranışların pek çoğunun hukuk düzenince de paralel biçimde düzenlenmiş olması (yasaklanmış yada izin verilmiş olması) insanların davranışlarını, hukuka uymak dışında, başka saiklerle, örneğin, ayıplanmamak, günah işlememek, görgüsüz sayılmamak ve benzer diğer bazı düşüncelerin etkisiyle belirledikleri gerçeğini değiştirmez. Zira pek çoğumuzun, yalan söylemekten hoşlanmadığımız gibi, hırsızlık yapmıyor olmamız da, onun hukuk düzenince yasaklanmış bir eylem olmasından çok, bizatihi hırsızlığın “*kötü*” ve “*yanlış*” olduğuna ilişkin değer yargılarımızdır ve bu değer yargılarımızı biz hukuk öğretisinden ziyade toplumsal kültürden ediniriz.

Bu noktada şu soru akla gelmektedir. Her toplumda din, ahlak, örf-adet ve benzeri düzen kuralları yanı sıra hukuk kuralları niçin vardır? Hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmasının teorik olmaktan ziyade pratik nedenleri vardır. Bunlardan birisi, diğer toplumsal düzen kurallarının toplumsal değişime ayak uydurabilecek, değişen toplumsal şartları hızlı biçimde düzenleyebilecek nitelikte olmamasıdır. Bir başka ifade ile, toplumların dinamik yapısına karşın, hukuk dışındaki toplumsal düzen kurallarının nispeten statik bir yapısı vardır. Bunlardaki değişim çok yavaş bir biçimde ve kendiliğinden gerçekleşir. İnsanlar istese de, din, ahlak, örf-adet kurallarını birkaç gün, yada birkaç ay içerisinde değiştirebilmelerine olanak yoktur.

İkinci olarak diğer toplumsal düzen kurallarına uyulmaması halinde, kuralı ihlal edene uygulanabilecek belirli ve düzenli bir yaptırım söz konusu değildir. Hukuk kuralları dışındaki toplumsal düzen kurallarının hepsinde, kuralın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar belirsiz ve arızı niteliktedir. Bu ise, özellikle, bu toplumsal düzen kuralının artık sosyal ihtiyaçları karşılayamaması durumunda, insanların yoğun olarak kuralı ihlal etmesi ihtimalini artıracak, dolayısıyla toplum düzeninin önemli ölçüde bozulmasına ve düzensizliğin giderek kaosa dönüşmesine yol açabilecektir. Oysa hukuk kurallarına uyulmaması durumunda devlet tarafından desteklenen belirli ve güçlü nitelikte maddi yaptırımlar söz konusudur ve bu yaptırımlar, kurallar yürürlükte kaldığı sürece etkin olarak uygulanma potansiyeli taşırlar.

Bunlar dışında, başka bazı sebeplerle de hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, diğer toplumsal düzen kurallarının düzenlemediği alanlarda ilk düzenleyici olarak hukuk kuralları ortaya çıkmaktadır. Bankacılık işlemlerini belirleyen hukuk kuralları, uzay yada bilgisayar teknolojisi kullanımı dolayısıyla ortaya çıkan yeni davranış modellerini belirleyen ve düzenleyen hukuk kuralları buna örnek gösterilebilir.

Hukuk kuralları diğer toplumsal düzen kurallarından farklı olarak, toplumda kendiliğinden oluşan kurallar değildir. Toplumsal hayatta ihtiyaç baş gösterdikçe, insanlar tarafından, belli organlar ve belli usuller uyarınca bazı davranış kurallarının kabul edilip, yazılı hale getirilmesiyle oluşturulurlar. Hızlı biçimde oluşturulabilir ve değiştirilebilir olmasının yanı sıra ihlal edilmeleri halinde devlet tarafından desteklenen belirli ve güçlü yaptırımlar içerirler.

Toplumda hukukla birlikte ve insan davranışlarını belirlemek açısından hukuktan daha etkin olarak var olan diğer düzen kuralları ile bilim arasında doğrudan bir ilişki kurmak gereği duyulmazken, hukukun bilimsel bir disiplin olabileceğine yönelik iddialar acaba ne derece anlamlıdır? Gerçekten de benzer nitelikleri taşıdıkları ve aynı işlevi yerine getirdikleri halde, diğerlerinin aksine hukukun bilim olma iddiasını açıklamak kolay değildir. Örneğin, kimse dinin bilimselliğinden, pozitif ahlak biliminin mevcudiyetinden, örf-adet ya da geleneklerin bilimsel nitelik taşıdığından bahsetmemektedir. Oysa özellikle akademik çevrelerde hukukun kendine özgü bir bilim olduğu iddiası yaygındır. Örneğin, TÜBİTAK'ın Türkiye'de Cumhuriyet dönemindeki bilimsel gelişmeleri belirlemek amacıyla, seçkin (akademisyen) bilim adamlarının katkısıyla hazırladığı çalışmada, hukuka ilişkin makalesinde, Prof. Dr. Ahmet Mumcu şüpheye yer bırakmayacak bir dille şöyle demiştir: "Hukuk, elbette bir bilimdir; hem de çok önemli bir bilim." Bu ifadedeki kesinlik ve yazarının kimliği birlikte dikkate alındığında hukukun bilimselliği konusunda bir tereddüde yer olmadığı düşünülebilir. Ancak ne var ki yine aynı makalede, hukukun bilimselliğinden şüphe etmeyi gerektirebilecek bir yaklaşım sergilendiğini söyleyebiliriz. Yazar, alıntılanan cümlesinin hemen peşinden gelen cümlesinde doğa bilimlerindeki kesinliğin hukuk biliminde olmadığını söyler. Yine hemen takip eden cümlesine de, "ayrıca" diye başlayarak hukuk biliminin sosyal bilimlerdeki kimi özellikleri taşımadığını da belirtir.⁶⁷⁶ Şu halde hukuk nasıl bir bilimdir? Hukukun doğa bilimleri gibi olmadığı konusunda şüphe yoktur. Hukuk olsa olsa beşeri bilimler veya sosyal bilimler kategorisi içerisine yerleştirilebilir. Ancak ne var ki, bilim olduğu iddiasında olan yazarın kendisi bile hukukun sadece doğa bilimlerinden değil sosyal bilimlerden de ayrı olduğunu söylemektedir. Bu ise oldukça şaşırtıcı bir yaklaşım tarzıdır. Ona göre hukuk kendisine özgü bir bilimdir. Halbuki, aşağıda da işaret edileceği gibi, bir

⁶⁷⁶ Ahmet MUMCU (1997), "Hukuk", *Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Bilim "Sosyal Bilimler"*, Türkiye Bilimler Akademisi Yayını, Ankara 1997 içinde, s. 121.

Hukukun Bilimselliği Sorunu

alanın bilimsel olup olmadığını o alanın kendine özgülüğü ile açıklama imkanı yoktur.

1. Bilim nedir?

İnsanoğlu dünyada varlık bulduğundan beri kendisi ve evreni anlama gayreti içerisinde olmuş, bu yöndeki merakını tatmin etmek için sorduğu sorulara cevap bulma arayışına girişmiştir. Aradığı cevaplar bazen ilahi güçler tarafından sunulmuş, bazen de bunun için yoğun zihinsel çabalar sarf edilmesi gerekmiştir. Tarih boyunca insanoğlunun cevap bulmak istediği soru ve sorunlar çok az değiştiği halde, cevaplar, hem zaman içerisinde, hem de bilgi edinmede başvurulan kaynaklar ve kullanılan araçlar nedeniyle sürekli biçimde değişmiştir. Cevapların değişmesi, edinilen bilgilerin doğruluğuna olan inancı defalarca sarsmış olmasına rağmen insanoğlu bu yöndeki arayışından asla vazgeçmemiştir. İnsan, çaba sarf ederek elde ettiği cevapların yanı sıra, hatta onlardan da önce kuşaktan kuşağa aktarılan mitolojik söylemlerdeki doğrularla merakını gidermiştir. İlk çağdan günümüze, hakikati kavramak açısından mitolojik anlatılar ve dinler çok önemli bir fonksiyon ifa etmiş ve her dönemde, insanın hakikati bilme ihtiyacına belli ölçüde karşılık vermiştir. Buna rağmen, insan dinsel ve mitolojik söylemlerin sunduğu yada bunlarla karışmış sözlü bilgeliğin ürünü cevaplarla yetinmeyip, gerçekliği kavramak dürtüsüyle bilgi (hakikat) arayışını sürdürmüştür. Bu arayışı çerçevesinde, bazen zahmetsiz yollardan bazen de oldukça yoğun zihinsel çalışmalarla yeni bilgiler üretmiştir. Zahmetsiz yoldan edinilen bilgi amiyane yada gündelik bilgi olarak adlandırılabilir. Bu, insanın, doğal akışında sürüp giden gündelik hayatın basit gözlem ve tecrübeleri ışığında edindiği, içinde yaşadığı kültüre özgü, kulaktan kulağa yayılarak genişleyen, toplumsal yaşamın gerekleri çerçevesinde diğer insanlarla paylaşılan ve çoğunlukla pratik ihtiyaçları karşılamak için başvurulan bir bilgi türüdür. Bu bilginin değeri insan hayatını kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı, bir başka ifadeyle insanlara fayda sağlayıp sağlamadığı ile ölçülür. Doğruluğu veya yanlışlığı ciddi biçimde sorgulanmaz. Diğer ve asıl önemlisi ise, sistematik bir gözlem ve düşünce ürünü olarak elde edilen, bütünsel, tutarlı, kapsayıcı nitelik taşıyan, bütün insanlık için doğruluk değeri taşıdığına inanılan, insana ve evrene ilişkin hakikati kavramaya yönelmiş felsefi bilgidir.

Her ne kadar felsefi bilgi insan zihninin bir ürünü olarak tanımlanıyorsa da, onu vahiy yoluyla inen bilgiden (ve mitolojik söylemlerden) bütünüyle soyutlayabilme imkanı olmadığını söylemek gerekir. Zaten, ortaçağın sonuna gelinceye kadar felsefenin, dinden uzak durmak gibi bir kaygısı olmamıştır. Hatta dine ve tanrıya ilişkin hakikatin de felsefe aracılığı ile kavranmaya çalışıldığı, bu anlamda dinsel doğmaların rasyonel bir zemine bağlanmasına yönelik çalışmaların felsefenin bir alt bölümünü oluşturduğu söylenebilir. Din ve felsefenin, insanoğluna “hakikatin” kapılarını açmayı amaçlamış olmak açısından da yolları kesişmektedir. Sunuş biçimleri farklı olmakla birlikte her

ikisindeki tek bir “hakikat”in mevcudiyetine ilişkin temel inanç aynıdır. Felsefe bu hakikati, insanın zihinsel çabasıyla “bulmaya çalışırken”, din, onun tanrı sözlerinde “açıklandığını” belirtmektedir. Belirtilen nitelikteki ortak tavırlarının dinler ile felsefeyi aynı çizgiye taşıdığı iddia edilebilir.

Din ile felsefenin birbirinden kopmaya başlaması, gözlem ve deneyi aklın önüne taşıyan pozitif bilim anlayışı ile başlamıştır. 17. Yüzyıldan itibaren önce fizik, kimya, biyoloji gibi doğa bilimleri ve takip eden dönemlerde ise antropoloji, sosyoloji ve psikoloji gibi beşeri ve/veya sosyal bilimler birbiri ardına felsefeden ayrılarak kendilerine özgü inceleme alanları ve yöntemler geliştirmiştir. Böylece yukarıda belirtilen bilgi türlerine yeni tür olarak bilimsel bilgi eklenmiş bulunmaktadır. Bilim felsefeden doğmuş olmakla birlikte, bir taraftan dine karşı tavrı almış, diğer taraftan ise felsefe karşısında bağımsız bir bilgi disiplini olduğunu ilan etmiştir.

Bilim, bilgi edinmede kullandığı yöntemler ve bilgi nesnesine ilişkin yaklaşımı nedeniyle ürettiği bilginin felsefi bilgi karşısında daha güvenilir ve kesin nitelikli bir bilgi olduğunu ileri sürmüştür. Özellikle doğa bilimleri, tabiata ilişkin maddi gerçekliğin anlaşılması temel hedefi doğrultusunda, doğada olup biten her şeyi, nedensel ilişkiler çerçevesinde açıklama fonksiyonunu üstlenmiştir. Tersinden ifade etmek gerekirse, bilim varolanı açıklamanın ötesinde başka bir misyon üstlenmediği gibi, varlığa yönelik ilgisini de sadece maddi gerçekliği açıklamak işlevi ile sınırlı tutmuş, bir anlamda gerçekliğin sadece bir yönünü açıklamayı hedef edinmiştir. Bununla birlikte, elde edilen bilgi, somut nitelik arz ettiği ve teste tabi tutulabildiği, bir başka ifadeyle “görünür” ve “denetlenebilir” kılınabildiği için, varlığa ilişkin gerçekliği tümüyle kavrama ve açıklama iddiasında olmamasına rağmen, inandırıcılık bakımından felsefi bilgiye tercih edilir hale gelmiştir. Günümüzde pek çok kişi, doğayı ve evreni doğru biçimde kavrama konusunda mümkün olan tek açıklama biçiminin bilimsel yöntemle elde edilen bilgi (bilimsel açıklama) olduğunu kabul etmektedir. Oysa bunun yanıltıcı olduğu, doğa bilimlerinin ve özellikle de sosyal bilimlerin kısa tarihine bakıldığında kolaylıkla görülebilir. Eğer, bilimsel nitelikli hipotezlerin doğa bilimleri tarafından 17. yüzyıl başlarından itibaren, sosyal bilimlerden 19. Yüzyıldan itibaren gerçek bilgi olarak ortaya konulduğunu hatırlayacak olursak, pozitif bilim tarihinin felsefe tarihinden çok daha kısa olduğunu ve fakat buna rağmen bugün hala 17. yüzyıldan beri geçerliliğini koruyan çok az bilimsel önerme hatırlayabildiğimizi şaşkınlıkla görürüz. Zira bugün maddi gerçekliği yansıttığına inandığımız bilimsel hipotezlerin, yarının bilimsel zihniyeti ve teknolojik gelişimi karşısında geçerliliklerini yitireceklerini söylemek de kâhin olmayı gerektirmez.

Bilimi, felsefeden ayıran en temel özellik metafizik alanla ilgilenmemesidir. Özellikle doğa bilimleri fizik alemin gerçek bilgisini belli başlı yöntemleri kullanarak üretmeye çalışır. Doğa bilimlerden farklı olmakla birlikte, sosyal bilimlerde metafizikle ilgilenmezler. Sosyal bilimlerin amacı da olanı, olguyu açıklamaktır. Bunu yaparken değer yargılarından kaçınmak, gerçekliği tüm

Hukukun Bilimselliği Sorunu

çıplaklığıyla tespit etmek zorundadır. Ancak, sosyal bilimlerin bu anlamda doğa bilimleri kadar başarılı oldukları söylenemez. Gerçi, antropoloji, sosyoloji, psikoloji, sosyal psikoloji gibi kendisine özgü araştırma yöntem ve teknikleri geliştirebilmiş olanlar bu tartışmada kendilerini savunacak donanıma sahip bulunmaktadır. Oysa ekonomi, siyaset ve hukuk bilimi açısından aynı şeyi aynı rahatlıkla söylemek mümkün değildir.

Son on yıllarda “bilimsellik” kavramı her ne kadar, sadece sosyal bilim alanları için değil, doğa bilimlerine ilişkin olarak da tartışmaya açık bir hale gelmişse de, buna sığınarak bilimselliği bütünüyle göz ardı etme imkanı yoktur. Herhangi bir faaliyetin veya bilgi üretiminin “bilimsel” sıfatını haiz olabilmek için belli başlı süreçler ve unsurları içermesi gerekir. Elde edilen bilginin gündelik bilgiye kıyasla nitelikli bilgi olması onu otomatik olarak bilimsel bilgi yapmaz. Bilimsel bilgidен bahsedebilmek için bilim felsefesine başvurmalıdır. Bilim felsefesi, bilimi nitelerken belli başlı unsurlara öncelik vermiştir.

Her şeyden önce bilim *olgusal*dır. Bilimin başta gelen ve onu felsefe, din, mantık ve matematik gibi diğer düşünce disiplinlerinden ayırt eden özelliği olgusal oluşudur. Bilimsel önermelerin tümü gözlemlenebilir olguları dile getirmelidir.

İkinci olarak bilim, *mantıksal*dır. Bunun anlamı bir taraftan bilimin ortaya koyduğu sonuçların, kendi içinde tutarlı olması ve her türlü çelişkidен uzak olması, diğer yandan da bir hipotez veya teorinin doğrulanması işleminde mantıksal düşünme ve çıkarsama kurallarından yararlanılmasıdır.

Üçüncü olarak, bilim *objektiftir*. Bilimin objektifliği mutlak anlamda alınmamakla birlikte, ulaşılan her sonuç veya doğrunun güvenilir olması, kişisel değerlendirmelerden etkilenmemesi, herkes tarafından denetlenebilmesi anlamına gelir.

Dördüncü olarak, bilim *eleştiricidir*. Bilim, ne denli makul olursa olsun, olgularla desteklenmeyen her bir hipotez, teori veya kuralı, herkesçe benimsenmiş olup olmadığına bakmaksızın değiştirmek, düzeltmek yada ortadan kaldırmak zorundadır. O kural hakkındaki bireysel düşünceler yada toplumsal inançlar bilimin eleştirel tutumunu etkilememelidir.

Beşinci olarak bilim *genelleyicidir*. Bilim tek tek olaylarla değil, olay grupları, olgularla ilgilenir ve bunlara ilişkin genel ilke ve prensipler ortaya koyar.

Yetkili bilim alanının eleştiri ve denetimine kapalı olan ve kişiye özgü nitelik taşıyan her türlü bilgi, bulgu yada “doğrular” bilimsel nitelikten yoksundur.

Bilim bazı *genel inanışlar ve varsayımlar* üzerine temellenmiştir. Doğa bilimleri ya da sosyal bilimler için geçerlilik taşıdığına inanılan bu varsayımlar şunlardır: (1) Kendi dışımızda bir olgular dünyası vardır (2) Bu dünya bizim için

anlaşılır niteliktedir. (3) Bu dünyayı anlamak ve açıklamak biçim için değerlidir.⁶⁷⁷

2. Hukuk Nedir?

Hukukun ne olduğu sorusu özü itibarıyla ontolojik bir sorundur. Bu nedenle 19. yüzyıla gelinceye kadar sadece felsefe tarafından çözümlenmeye çalışılmıştır. Felsefe tarihi boyunca hukukun ne olduğuna (niteliğine) ilişkin tartışmalar iki farklı hukuk kavramı üzerinde yoğunlaşmıştır. Bunlardan ilki, gözlem verilerini esas alan epistemolojik yaklaşımın ürettiği, belli bir ülkede belli bir zamanda yürürlükte bulunan (uygulanmakta olan) hukuku anlatmak üzere “olan hukuk” ya da “pozitif hukuk” kavramı; diğeri ise, akli esas alan epistemolojik yöntemin ürünü niteliğindeki, pozitif hukukun da yansıtması gerektiğine inanılan, adalet idesine karşılık gelmek üzere kullanılan “olması gereken” ya da “ideal hukuk” kavramıdır.

19. Yüzyıldan itibaren felsefi pozitivistlerin etkisiyle hukuku bağımsız bir bilim yapmak iddiası ile yola çıkan hukuki pozitivistler hukukun kendine yeterli pozitif bir bilgi disiplini olduğunu göstermeye çalışmıştır. Hukukun felsefeden bağımsız bir bilim disiplini olarak kurulabilmesi için, hukukun niteliğinin pozitif bilim anlayışına uygun tarzda yeniden yapılandırılması gerekmiştir. Bu süreçte felsefi pozitivism, hukuki pozitivistlerin gerek duyduğu teorik altyapıyı hazırlamış ve hukukun bağımsız bir bilim olma iddiasına elverişli zemin sağlamıştır. Felsefi pozitivistlerin ontolojik açıdan hukukun niteliğine ilişkin değerlendirmelerini kendilerine çıkış noktası olarak alan hukuki pozitivistler, hukuk bilimi için öngörülen bilgi objesini “pozitif hukuk”, yani “egemen gücün koyduğu şeklen geçerli kurallar” olarak görmek gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bir başka ifadeyle hukuk nedir sorusuna “yürürlükteki kurallardır” cevabını vermişler, bu anlayış çerçevesinde olması gereken hukuk yada adalet gibi kavramların metafizik sorunlar olması nedeniyle hukuk bilimi incelemesi dışında tutmak gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Bu iddia bir yönüyle doğrudur. Zira gerçekten de metafizik sorunlar bilimsel inceleme konusu yapılamaz. Ancak acaba, bilimsel incelemeye konu yapılamayacak olması, pozitif hukukun dışında bir hukukun olmadığı anlamına mı gelecektir? Eğer cevabımız hayır ise, hukukun bilimselliğini sağlamak çabası daha başlangıçta ciddi bir ikileme karşı karşıyadır. Zira bu halde, hukuk, ya olduğundan başka bir şeye indirgenecek ya da bilimsellik iddiasından vazgeçilecektir. Zira bilim *olgusalılık* niteliği gereği olanı açıklamaktan öte bir işlev üstlenemez. Ancak, acaba hukuk gerçekten de pozitif hukuka indirgenebilir ve hala hukuk olarak nitelendirilebilir mi? Yoksa hukuk bilimi hukukun sadece bir cephesine yönelik, dolayısıyla hukuk gerçekliğinin sadece bir kısmını ele

⁶⁷⁷ Bilimin niteliğine ilişkin yapılan bu açıklamalar için bkz. Cemal Yıldırım, (1985), *Bilim Felsefesi*, İstanbul 1985, s. 16.19.

Hukukun Bilimselliği Sorunu

alan, bir açıklama çabasından mı ibarettir? Şimdi öncelikle bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

a) Hukuk yürürlükteki kurallar toplamı mıdır? (Ya da hukuk, pozitif hukuka indirgenebilir mi?)

Hukuku pozitif bir bilim kimliğinde görmek isteyen hukuki pozitivistlere göre, gerçek hukuk pozitif hukuktur. İnsanlık tarihi içerisinde önce pozitif hukuk uygulaması ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla hukuk, bu uygulamalarda somutlaşan “olan hukuk” olarak anlaşılmalıdır. Zira, olması gereken hukuka ve adalete ilişkin düşünceleri doğuran pozitif hukukun bu gözlemlenebilir varlığı olmuştur. Başka bir ifade ile, insanların ideal hukuk konusundaki arayışları ve değerlendirmeleri pozitif hukuktan kaynaklanmıştır. İnsanlar ancak pozitif hukuk düzenlerinin işleyişini gözledikten sonra, bu düzenleri belirleyen hukuk normları ve uygulamaların haklılığı, haksızlığı yada adalete uygun olup olmadığı üzerinde durmuşlar ve böylece “olması gereken hukuk” fikrine ulaşmışlardır.

Bu felsefi iddia, iç mantıksal tutarlılığı açısından geçerli gibi görünmekle birlikte, yine mantık ilkelerine başvurulacak çürütülebilecek niteliktedir. Bir an için hukukun, gerçekten de önce hukuk uygulamaları biçiminde somut bir varlık kazandığını varsaysak bile (ki gerçekte böyle olduğundan asla emin olamayız) yine de olması gereken hukuk veya adalete ilişkin görüşlerin bu uygulamaların bir ürünü olduğunu söylemek imkanı yoktur. Çünkü, eğer hukuk sosyal hayatın zorunlu sonucu niteliğinde kendiliğinden ortaya çıkmış ise o halde, onu değerlendirmek için ona kaynaklık etmiş şartlara bakmak gerekecektir. Bu ise, bizi başlangıç noktasına geri götürecektir ve mevcut olan kuralları, hukuk olarak onaylamanın ötesinde bir sonuç sağlamayacaktır. Halbuki iddia, varolan kuralların değerlendirilmesi sayesinde başka bir hukuk fikrinin oluşabileceği şeklindedir. Bu yaklaşım, eleştiri ve değerlendirme mantığına aykırı bir yaklaşımdır. Sosyal bilim mantığının, olandan hareketle, olması gerekene ulaşamayacağı tezini göz ardı etsek bile, önceden daha iyi, daha güzel, daha doğruya ilişkin kapsayıcı bir fikre sahip olmaksızın herhangi bir şeyi eleştirme veya değerlendirme imkanı olmadığı gerçeğinden kaçma imkanı yoktur. Başka şekilde söylemek gerekirse, neyin hukuk olabileceğine ilişkin kapsayıcı bir ön (hukuk) fikre(ne) sahip olmaksızın, mevcut olanın hukuk olup olmadığını değerlendirmek mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında yukarıdaki iddianın mantıksal açıdan geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Burada idealist felsefenin *a priori* bir hukuk kavramının varlığına ve hukukun normatifliğine ilişkin argümanlarını da hatırlatarak, ontolojik açıdan hukukun salt “kanun koyucunun iradesi” ya da “sosyal şartlar” olarak ifade edilebilecek pozitif hukuka indirgenmesi, hem felsefi düşüncüyü bütünüyle görmezden gelmek anlamına gelmekte, hem de insanların davranışlarını iyiye, doğruya ve haklıya yöneltmek isteyen, bu açıdan, onların ödev duygularına hitap etmek durumunda olan hukuk gerçekliği ile bağdaşmaz nitelik taşımaktadır. Bu konuda şimdilik daha fazla

ayrıntıya girme gereği duymaksızın gerçek hukukun olan ve olması gerekeni içeren üst bir kavram olarak karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Şu halde, hukuk bilim olarak nitelendirilecekse eğer, “olması gereken” ile de ilgilenmek zorunda kalacaktır. Oysa bilimin bunu yapmasına olanak yoktur.

b) Hukuk biliminin konusu nedir?

Peki bu noktada olması gereken hukukun hukukilik niteliğini reddetmeksizin, yine de, bilimin kendisine konu olarak sadece pozitif hukuku, belli bir zamanda belli bir toplumda yürürlükte olan veya mahkemelerce oluşturulan hukuk kurallarını alabileceğini ve incelemelerini bu alana hasredebileceğini kabul edemez miyiz? İlk bakışta olanaklı gibi görünen bu düşünce de, hukuk ve bilimin niteliklerine yönelik dikkatli bir analize tabi tutulduğunda geçerlilik taşımamaktadır. Zira hukukun bilimselliği sorunu, daha önce de işaret edildiği üzere, hukukun ne olduğu sorunu ile doğrudan bağlantılıdır. Hukuk biliminin sadece pozitif hukuku kendisine konu olarak alacağını kabul etsek bile, pozitif hukukun niteliği, bilime özgü unsurları taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla bağımsız bir bilim olup olamayacağı sorunu hala çözülme beklemektedir.

Şurası açıktır ki, hukuk biliminin konusunu sadece pozitif hukuk oluşturur. Hukuk biliminin görevleri şu şekilde belirtilmektedir: Hukuk bilimi ya da aynı anlama gelmek üzere hukuk dogmatikliği, pozitif hukuku, barındırdığı değerlerden bağımsız bir biçimde, mantık ve muhakeme aracılığı ile ele alır ve inceler. Bu sayede, gerçekleşen veya farazi hukuk uyuşmazlıklarında somut olaya uygulanacak hukuk kuralının ne olduğunu tespit etmeye çalışır. Kuralların birbirleriyle ilişkilerini, bağlantılarını ortaya koyar; boşlukları tespit eder ve doldurur. Ayrıca, yine dogmatik hukuk bilimi, bir takım toplumsal gerçeklikleri ve ilişki biçimlerini bazı kavramlar vasıtasıyla tiplerleştirir, sınıflar ve bu sayede benzer hususların aynı hukuk kurallarına tabi olmasına imkan sağlar. Dogmatik hukuk bilimi hukuku belli bir sistematik çerçevesinde inceler. Örneğin, kamu hukuku ve özel hukuk dallarını birbirinden ayırt eder. Özel hukuk alanında, medeni hukuk, borçlar hukuku, eşya hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku gibi, kamu hukuku alanında ise, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku gibi alt hukuk kategorilerini birbirinden ayrı olarak sistemleştirerek açıklamaya çalışır.⁶⁷⁸

Hukuk bilimi bütün bu incelemelerini pozitif bilim kimliği ile yapmak zorunda olduğu için, bilimsellik sıfatına uygun bir yaklaşımı tercih etmek zorundadır. Her şeyden önce, konusunun olgusal nitelik taşıması, gözlem ve deneye elverişli olması gerekmektedir. Acaba hukuk biliminin temel konusu olarak pozitif hukuk kuralları bu anlamda olgusal nitelik taşır mı? Belli bir ülkede belli bir dönemde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının toplumsal

⁶⁷⁸ Pozitif Hukuk Biliminin konusuna ilişkin olarak bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2003, s. 1-4

Hukukun Bilimselliği Sorunu

şartların bir ürünü olduğu, toplumsal olgudan etkilendiği ve toplum hayatını etkilediği bu açıdan da olgusal bir boyut taşıdığı söylenebilir. Yine hukuk kurallarının kanun koyucunun iradesinden ibaret olduğu, bu açıdan da bilimsel incelemeye imkan veren maddi bir görünüm taşıdığı da iddia edilebilir. Ayrıca tarihsel bir realite olarak da hukukun bilimsel inlemeye konu olabilecek maddesel bir varlığa sahip olduğu ileri sürülebilir.

Ne var ki, hukukun, pozitif hukuk olarak sosyal şartların bir ürünü, tarihsel bir olgu yada kanun koyucunun iradesi olarak algılsa bile, olanı değil, olması gerekeni gösteren normlardan oluştuğu inkar edilemez. Zira basit bir gözlem bile, kanun koyucunun sosyal hayatın düzenini yada güvenliği sağlamak amacıyla hukuk kuralları yaparken, düzenlediği sosyal ilişkileri olduğu gibi kurallaştırmadığını, onları belli bir değerlendirme süzgecinden geçirdikten sonra, aralarından tercihler yaptığını göstermektedir. Özetle, hiçbir kanun koyucu toplumsal ilişkileri dondurmak, olduğu gibi muhafaza etmek amacıyla hukuk yapmaz. Mevcut sosyal ilişkileri belli bir ölçüt çerçevesinde değerlendirir ve daha ideal (bu objektif bir *iyi* anlamında değil, belli bir ideolojik tercih anlamında da anlaşılabilir) bir toplumsal yaşam, (kendi tercihi çerçevesinde) daha iyi işleyen bir sosyal düzen oluşturmak düşüncesi ile (yani olması gerekeni, ideal insan davranışlarını gösteren kurallar biçiminde) hukuk normlarını oluşturur. Bir başka anlatımla, pozitif hukukun biliminin konusu olan yürürlükteki hukuk bile özü itibarıyla olanı göstermez, yani toplumda gözlemlenebilir maddi bir karşılığı bulunmamaktadır.

Zaten, hukukun niteliğine yönelik felsefi ve bilimsel çalışmalardan hemen hepsinde hukuk kuralının üç unsurdan müteşekkil olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki *sosyal olgu*, ikincisi *etik değer* ve sonuncusu da *norm* unsurlarıdır. Bu bağlamda, hukuk biliminin sorunu, hukuku sadece sosyal olgu boyutuna indirgemek değildir. Zira zaten bu boyutuyla hukukun incelenmesi, hukuk biliminin değil, uzmanlık alanı hukuk ve toplumsal hayat arasındaki ilişkiyi belirlemek olan hukuk sosyolojisinin, yada tarihsel bir gerçeklik olarak ele almak, hukuk tarihinin işidir. Hukuk ve etik değerler arasındaki ilişki ise hukuk felsefesinin uzmanlık alanına girmektedir. Bu durumda hukuk biliminin uzmanlık alanı olsa olsa hukukun norm boyutu olacaktır. Zaten bu yüzden de hukuk bilimi, yaygın olarak “normatif bir bilim” olarak nitelendirilmektedir. Ancak hukukun normatifliği, onun ahlaki bir içeriğe sahip olduğu ve insanlara kendisine uyulma konusunda ödev ve sorumluluk yüklediği anlamına gelir. Ödev kavramı ise özü itibarıyla ahlaki bir yükümlülüğe işaret etmekte ve bilime tamamıyla yabancı bulunmaktadır.

Hukuk kuralları ve onlara kaynaklık eden toplumsal ilişkiler sürekli bir değişim içerisinde olduğu için, hukuk sisteminin de sürekli olarak yenilenmesi, ortaya çıkan boşlukların doldurulması gerekmektedir ve bu yukarıda belirtildiği üzere, dogmatik hukuk biliminin en başta gelen işlevlerindedir. Ancak bu bilim dalı, doğası gereği, hukuk kurallarının toplumdaki gerçek kaynaklarının,

özünün, gerçekleştirmeye çalıştığı nihai amacın ne olduğu, bu kurallarda ortaya çıkan moral (etik ve ahlaki) değerlerin bulunup bulunmadığı soruları ile ilgilenmez. Özetle hukuk bilimi hukuku sadece dogma olarak alır ve onu kaynağı, niteliği, amacı sorunları ve içerdiği değerlerden bağımsız olarak inceler.

Varolan hukuku, kaynak sorunu ve içeriğinden bağımsız olarak açıklamaya çalışmanın ne denli bilimsel bir faaliyet olacağı şüphelidir. Zira, farklı toplumlarda hukuk yapım süreçleri göz önünde bulundurulursa, böyle bir hukukun en önemli kaynağının, toplumsal şartlar veya etik değerler değil, kanun koyucunun iradesi olduğu görülecektir. Şu veya bu sebeple kanun koyucunun keyfi irade ve arzusunun ürünü olarak ortaya çıkması muhtemel kuralların hukuk normu biçiminde formüle edilmiş olsa da gerçek hukuk mahiyetini taşımayacağı, bu nedenle bunları açıklamaya yönelmiş bilgi disiplininin de bilimin zorunlu niteliklerinden olan *objektiflik*ten uzak olacağı aşikardır. Bu çerçevede, hukuk bilimi kendisine konu olarak aldığı pozitif hukuka ilişkin olsa bile bilimsel mahiyette bir bilgi üretememektedir diyebiliriz.

3. Hukuk bilim olabilir mi?

Çağımızda sosyal bilimlerin yeniden yapılandırılması gereğine işaret edilen Gulbenkian Komisyonu raporunda hukuktan “hiç bir zaman tam anlamıyla bir sosyal bilim olamayan ... alan” olarak söz edilmektedir. Komisyon üyeleri bu kanaatlerine sebep olarak, sosyal bilimlerin varoluşundan önce de üniversitelerde hukuk fakültelerinin var olduğunu ve ders programlarının öğrenci yetiştirme işlevine yönelik bulunmasını göstermişlerdir. Yine raporda, nomotik sosyal bilimcilerin içtihadı kuşku ile karşılamaları, hukukun normatif yapısının ampirik araştırmaya elverişli olmaması ve kanunların bilimsel nitelik taşınamaması açısından da hukukun bilimsellik sıfatı taşımadığını düşündüklerine işaret edilmektedir.⁶⁷⁹

Raporda da belirtildiği gibi, hukukun üniversite programlarında yer alması ve sistemli bilgiler bütünü olarak öğretilerilebilir olması tek başına onun bilim olduğunu göstermez. Zira, “her sistemleştirilmiş bilgiler topluluğu bilim değildir. Bunların bilim olabilmesi için somut bir gerçekliği, yani zaman ve yer bakımından belirli olan, ampirik olarak denenmesi olanaklı olguları kavraması gereklidir. Bilimin kullandığı kavramların da somut bir gerçekliğe sahip olması, gözlem ve deneyle kavranabilecek olguları dile getirmesi zorunludur. Kısacası, bir bilgiler topluluğunun ya da kümesinin bilim niteliğini taşıması için her şeyden önce konusunun, gözlenebilir bir varlık alanını içermesi ve bu konu

⁶⁷⁹ Gulbenkian Komisyonu (2003), *Sosyal Bilimleri Açın* (Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor), Çeviren : Şirin Tekeli, 4. Basım, Metis yayınları 2003, s. 33.

Hukukun Bilimselliği Sorunu

üzerinde üretilmiş sistemli ve düzenli bilgilerin birikiminden oluşması gerekmektedir.⁶⁸⁰

Hukukun sistematik bir bilgi bütünü haline getirilmesi, belli kategoriler içerisinde ele alınması hukuk öğretimi ve uygulaması açısından pratik yarar sağlayabilir. Ancak belirtildiği üzere sistemleştirilmiş her bilgi bilim değildir. Ayrıca, işaret edildiği üzere, hukuk her şeyden önce emredici nitelikteki normlardan oluşmaktadır. Hukukun normatif olması onun emir ve yasaklar içermesi anlamına gelmektedir. Oysa bilim emir ve yasak kavramına tamamıyla yabancıdır.

Bunun ötesinde, hukuk özü itibarıyla insan davranışlarını düzenlemekte olduğundan doğrudan doğruya değerlerle ilgili bulunmaktadır. İnsan davranışlarını adalet ideali çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutmakta, onları doğru-yanlış, iyi-kötü, haklı-haksız olarak nitelendirmekte, yani doğrudan doğruya değer yargıları içermektedir. Hukukun bilimsel incelemesinde bu değerlerin de göz önünde bulundurulması bilimin amacı olan hukuk gerçekliğinin tespiti açısından zorunlu bulunmakla birlikte, bilimin değerlendirme yapabilmesine olanak yoktur. Sadece içerisinde değerleri barındırması açısından değil, aynı zamanda, belirtildiği üzere, olanı, olguyu açıklamak yerine, olması gerekeni, idealize edilmiş insan ilişkileri ve toplumsal düzeni öngörmesi açısından da yine hukukun bilimsel incelemeye konu olabileceği şüphelidir.

Bütün bunların ötesinde, bilimsel kaygının hukukun işleyişini mekanikleştireceği belirtilebilir. Hâlbuki doğrudan insana, insan eylemine yönelik bir alanın mekanik bir işleyişe kavuşturulması doğru değildir. İnsan çeşitli açılardan bilimin konusu olabilmekle birlikte, diğer bilim dallarının insana ilişkin incelemeleri ile hukuk biliminin insana bakışı arasında önemli bir nitelik farkı vardır. Her şeyden önce, hukuk insanı, onun doğa bilimleri ya da diğer sosyal bilimlere konu olmasından çok farklı bir tarzda ele almaktadır. İnsan diğer pozitif bilimler karşısında bir nesne konumunda iken, hukuk karşısında bir süje, haklara sahip olan, hakkı ihlal edilen, hukuka uygun ya da aykırı davranan bir özne konumundadır. Bu nitelik farkı, hukuk biliminin hukuk kurallarını değerlerden arındırmak yönündeki yaklaşım tarzı ile birlikte dikkate alındığında, hukukun bilimselleştirilmesi çabası çerçevesinde hukukun düzenlediği bilinçli insan davranışlarını belirleyen, onların belli davranışları yapma ya da yapmama biçimindeki tercihlerini olanaklı kılan, sadece insana özgü ve onu doğadaki canlı cansız diğer varlıklardan farklılaştıran unsurların (manevi dinamikler, iç saikler vs.) göz ardı edildiğini götürür. Bu ise insanı, tıpkı bir makine ya da sadece içgüdüleriyle hareket eden bir hayvan gibi algılamak anlamına gelecektir ki bu da hukukun kendi iç mantığı ile tutarlı değildir.

⁶⁸⁰ <http://www.anthropology-works.org/sosyal/alanaras/hamamkoy/hkoy02.pdf>

Yine, doğa bilimlerinin ürettiği bilginin bile kesinlik taşıyıp taşımadığının tartışıldığı bir dönemde, hukukun bilimselliği yönündeki ısrarın, hukukun nedensel ilişkiler çerçevesinde değişiminden ziyade, durağanlığına, statikliğine hizmet etmekten öte bir anlam taşıdığı söylenemez. Çünkü bilimin inceleyeceği konunun nispeten kararlılık göstermesi, belli bir düzenlilik arz etmesi gerekmektedir. Oysa hukuk sistemindeki değişimin, bilimin varsaydığı doğrusallıkta bir işleyişe sahip olması mümkün değildir. Sadece yasama organı (parlamento) tarafından kanun çıkarılması durumda değil (ki her gün yeni kanunlar çıkarılmakta, mevcut olanların bazı maddeleri değiştirilmektedir) hukuk uygulaması sırasında da hukukun yeniden üretilmesi söz konusu olmaktadır. Buradaki kaygı başka bir şekilde şöyle de dile getirilebilir: Bilimsel olabilmek için hukukun sistemli bilgi niteliğindeki temel yapıya kavuşturulması şartsa eğer, o zaman hukuksal değişikliklerin de bu sistemli bütüne uygunluk arz etmesi beklenir. Oysa genellikle, yalnızca bilimsel kaygılar değil, toplumsal olgular ve (o kadar) toplumsal değerler hukukun oluşmasında etkili olmaktadır. Gerçi iyimser bir bakışla, hukukun toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde değişmesinin, hukuk sosyolojisinin bulguları ışığında bilimsel bir niteliğe kavuşturulabileceği ileri sürülebilir. Oysa hukukun toplumdaki hakim değerleri yansıtmasını bilimsel bir yöntemle sağlayabilmek mümkün olmadığı gibi, hukuku değerlerden bağımsız bilimsel bir analize tabi tutmanın da bir yararı yoktur. Her şeye rağmen, hukukun uygulandığı toplumsal yapıya uygunluğu adına olumlu sayılabilecek bu etkinin arkasında çoğu zaman siyasi ve ideolojik çekişmelerin yattığı, yasama organındaki hakim ideolojinin hukuka da ağırlıkla yansıdığına şahit olunmaktadır. Hukukun aynı yasama dönemi içerisinde bütünüyle değiştirilebilmesine olanak bulunmadığı dikkate alınacak olursa, tutarlı bir bütün arz etmesi beklenen hukuk sisteminin farklı zamanlarda farklı yasama organlarınınca yapılmasının, bir yandan onun *objektivitesi* ve *rasyonelliğine*, diğer yandan da *tutarlılık*, *bütünsellik* ve *çelişmezliğine* şüphe düşüreceği açıktır.

Burada hukuk biliminin tavrı, hukukun yapılması sürecini hukuk biliminin ilgi alanı dışında bırakmak yönündedir. Bir başka ifade ile, hukukun olağan prosedür çerçevesinde yapılmasının bilimsel olmadığı, bu yüzden hukuk politikasının işi olduğu vurgulanmaktadır. Ancak, acaba aynı şey hukuk biliminin konusu olan hukuk uygulaması açısından da söylenebilir mi?

Gerçi hukukun yapılması ve uygulanması süreçlerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılıp ayrılamayacağı sorunu önemli bir sorundur. Ancak yine de bir tarafa bırakılabilir. Böyle bir ayırım yapmanın olanaklı olduğunu varsaysak bile az önce işaret edildiği gibi, hala çözülmesi gereken bir sorun vardır. Hukukun siyasal etkilere açık bir organ tarafından yapılmasının bilimsel bir faaliyet sayılmayacağı açıktır. Bununla birlikte hukukun uygulanması süreci içerisinde, yani bilimsel faaliyetlerin yürütülmesi aşamasında, toplumsal dinamiğe ayak uyduramayan hukukun, tarafların katkılarıyla mahkemelerce sürekli biçimde yeniden üretilmesi söz konusu değil midir? Bu durumda, hukukun oluşmasını,

Hukukun Bilimselliği Sorunu

bilimsel faaliyet alanında gerçekleştiği için bilimsel bir faaliyet sayacak mıyız? Bu durumda karşımıza daha da önemli bir problem çıkmakta, bir taraftan bilimsel usullerle yapılan hukuk, diğer yandan ise bilimsel olmayan bir yöntemle yapılan hukuk aynı sistemli bütün içerisinde nasıl birbiriyle bağdaşacaktır.

Sonuç

Sonuç olarak hukukun bilim olarak nitelendirilmesi, bir taraftan hukukun niteliği ile bağdaşmazken, diğer yandan da hukukun toplumsal işlevini tam olarak yerine getirmesinde önemli aksaklıklara yol açar. Bilim gözlemlenebilir olgulara dayalı hipotezler üretmektedir. O hipotezi bilimsel bilgiye dönüştüren ise, doğrulanabilir olması değil yanlışlanamaz olmasıdır. Bütün kuğular beyazdır hipotezi ancak başka renkli bir kuğuya rastlandığında bilimselliğini yitirir. Hukukta hipotezler ise hukuk normlarıdır. Onları sınama alanı, laboratuvar ise mahkeme salonlarıdır. Hukukun bilimselliği iddiası, bizi, aynı koşullarda ve aynı biçimde gerçekleşen her olayın farklı mahkemelerde (laboratuvarlarda) olsa bile aynı hükme bağlanması gerektiği fikrine götürmelidir. Yani, eğer hukuk uygulaması bilimsel bir faaliyet ise, aynı hukuksal olay için farklı iki mahkemede iki farklı karar çıkmamalıdır. Başka şekilde ifade edilmek gerekirse, aynı biçimde gerçekleşen her olay, aynı hukuk kuralına aykırılık teşkil etmeli ve aynı biçimde cezalandırılmalıdır. Oysa, tek bir olayda bile, aynı dava dosyasını inceleyen iki farklı yargıcın (hukuk bilimcisinin) farklı kararlar vermesi hiç de şaşılacak bir durum değildir.

Bu açıdan hukukun bağımsız bir bilim dalı olmaya elverişli nitelik taşımadığını söyleyebiliriz. Ancak hukuk bağımsız bir bilim olamaz demek hukukun hiçbir şekilde bilimsel inceleme konusu yapılamayacağı anlamına gelmediği gibi, onun yapımı ve uygulanması süreçlerinde bilimsel verilerden yararlanamayacağı anlamına da gelmemektedir. Daha önce de işaret edildiği gibi hukuk toplumsal olgu boyutuyla, hukuk sosyolojisinin, etik değer boyutuyla hukuk felsefesinin konusunu oluşturur. Tarihsel bir gerçeklik olarak da hukuk tarihi tarafından incelenebilir. Hukukun farklı veçhelerine yönelik bütün bu bilimsel inceleme verileri birlikte değerlendirildiğinde hukukun oluşturulması ve uygulanması süreçleri daha rasyonel hale kavuşturulabilir.

Açıklandığı üzere, bilimler doğaları gereği farklı alanlara ilişkin reel bilgiye ulaşma çabasıdır. Dolayısıyla gerçekleşen bir olayın hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek açısından çeşitli bilim dalları (doğa bilimleri ve sosyal bilimlerin çeşitli branşları) farklı usul ve yöntemlerle olayın niteliklerini ortaya koyabilirler. Yine olaya uygulanacak hukuk normunun içeriği de yine, örneğin dilbilim, anlambilim gibi farklı bilim dalları ve hukukçular tarafından açıklanabilir. Farklı bilim dallarının kendi uzmanlık alanları çerçevesinde hukukçunun kullanımına sunduğu bu parça bilgileri bütünselliğe dönüştürmek ise hukuk felsefenin işidir. Çünkü bilim bir taraftan farklı uzmanlık alanına ilişkin bilgileri bir bütünsel bir düzleme taşıma yeterliliğine sahip olmadığı gibi,

BALI

diğer yandan tespit ettiği olguların ahlaki bir değerlendirmesini de yapamaz. Oysa hukuki yargılama faaliyeti sonunda yapılması gereken tam da budur. Bir yargıç bilimin kendisine sağladığı tüm verileri birlikte değerlendirecek ve daha sonra bu olgusalılık ile genel ve soyut hukuk kuralı arasında bir uyum olup olmadığına bakacak ve kararını felsefi bir değerlendirme neticesinde verecektir.